

Contratación estatal. Del principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia: una visión multidisciplinaria

John Fredy Silva Tenorio

PÚBLICO 27

John Fredy Silva Tenorio

Profesional en Derecho, especialista en Derecho Administrativo y Tributario de la Universidad Externado de Colombia y máster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, candidato a doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Amplio conocimiento en contratación estatal propiamente dicha, como de aquella sometida al derecho privado. Ha sido asesor jurídico de instituciones de educación superior, contratista de entidades gubernamentales nacionales y territoriales y consultor en temas de derecho administrativo y contratación estatal en el sector privado. Docente universitario de pregrado, especialización y maestría.

IUS-Público es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las problemáticas del derecho público actual; propicia y abre espacios para la consulta, la discusión y la divulgación de los aspectos que afectan a nuestra sociedad en lo pertinente al derecho TIC, el derecho internacional, el derecho constitucional o el derecho administrativo.

De esta manera, y en reconocimiento de la importancia de las transformaciones en el derecho público, la Universidad Católica de Colombia pone a disposición de la comunidad educativa y de la sociedad en general esta colección, con la convicción de contribuir al debate y la mejora del sector público a nivel nacional e internacional.

OTROS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN:

- La contratación estatal: presupuestos teóricos, eficiencia y necesidad de reforma
- Derecho y Big Data
- Responsabilidad internacional y protección ambiental
- El acto administrativo en los procesos y procedimientos
- La inversión extranjera directa: estudio de casos y lecciones aprendidas para su aplicación en Colombia
- Desafíos contemporáneos para la protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano

John Fredy Silva Tenorio

Contratación estatal.
Del principio de planeación en el sistema
de compras públicas en Colombia:
una visión multidisciplinaria

B
PÚBLICO 27



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Silva Tenorio, John Fredy

Contratación estatal : del principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia: una visión multidisciplinaria / John Fredy Silva Tenorio ; Presentación de Diego Baracaldo Amaya (Juez Contencioso Administrativo) ; Prólogo Martín Bermúdez Muñoz (Consultor y Conjuez de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado). – Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2019

156 páginas. — (Colección Jus Público; no. 27)

ISBN: 978-958-5456-45-7 (impreso)

ISBN: 978-958-5456-46-4 (digital)

Título II. Serie

Administración Pública 2. Derecho Administrativo

Dewey 352.65 SCDD ed. 21

Proceso de arbitraje

1.º concepto de evaluación:
19 de junio de 2017

2.º concepto de evaluación:
27 de agosto de 2018

© Universidad Católica de Colombia

© John Fredy Silva Tenorio

Primera edición, Bogotá, D. C.
Febrero de 2019

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección ortotipográfica

Viviana Zuluaga Zuluaga

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Andrés Mauricio Enciso Betancourt

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S. A.

Bogotá, D. C., Colombia

Cómo citar esta obra

En APA:

Silva Tenorio, J. F. (2019). *Contratación estatal. Del principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia: una visión multidisciplinaria*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

En Chicago:

Silva Tenorio, John Fredy. *Contratación estatal. Del principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia: una visión multidisciplinaria*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2019.

Facultad de Derecho

Calle 47 N.º 13-32

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72, piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Grupo de investigación
Derecho Público y TIC

Línea de investigación
Derecho administrativo

Proyecto de investigación
Transformaciones del derecho público en la actualidad (fase II)

RESUMEN

La contratación estatal es uno de los temas más controvertidos y dinámicos en el sistema jurídico colombiano, partiendo ello de la lectura de la legislación local, la doctrina, la jurisprudencia especializada en la materia hasta llegar al denominado derecho blando de los contratos estatales.

Así y para un análisis adecuado de aquella actividad estatal, resulta necesario el acercamiento a los principios del sistema de contratación pública en Colombia, dado que constituyen verdaderas reglas de conducta para los participantes del sistema de compras públicas que permiten regularizar y materializar los fines estatales.

En particular y el cual es objeto de este estudio, se resalta la importancia del principio de planeación en la confección de los negocios estatales, como núcleo central del ejercicio de aquella actividad administrativa - pese a su no definición legal-, presentando a su vez sus elementos estructurales, pero más importante aún, su entendimiento desde una visión multidisciplinar, esto es, desde el plano teórico-práctico, judicial (contencioso administrativo y penal) y administrativo (disciplinario y fiscal).

Bajo aquella perspectiva, se intenta entonces presentar una institución autónoma y cambiante, a través de cada uno de esos campos de estudio, sin ahondar en ellos por imposibilidad dogmática y teórica.

En conclusión, este estudio busca presentar la naturaleza jurídica, versátil y necesaria del principio de planeación desde varias ópticas jurídicas, constituyendo de tal forma un primer acercamiento a una investigación más extensa y futura, dada la urgencia jurídica, dogmática y sobre todo práctica de analizar la institución más importante en el país en materia de compras públicas.

Palabras clave

Contratación Estatal, principios, interés general, planeación contractual, control judicial, control administrativo

ABSTRACT

State contracting is one of the most controversial and dynamic issues in the Colombian legal system, including aspects that range from a reading of local legislation, doctrine, and specialized jurisprudence on the topic to the so-called soft law of state contracts.

Thus, for an adequate analysis of this state activity, it is necessary to study the principles of the public procurement system in Colombia, since they constitute true rules of conduct for those participating in this system that allow regularizing and materializing state purposes.

In particular, as the subject of this study, the importance of the planning principle is highlighted in the preparation of state businesses, as the core element of exercising this administrative activity—despite its non-legal definition—, describing in turn its structural elements, but more importantly, its understanding from a multidisciplinary perspective, that is, from the theoretical-practical, judicial (contentious, administrative, and criminal), and administrative (disciplinary and fiscal) perspectives.

Based on this perspective, an attempt is made to characterize an autonomous and changing institution through each of these fields of study, without delving into them due to dogmatic and theoretical impossibility.

In conclusion, this study seeks to present the legal, versatile, and necessary nature of the planning principle from various legal perspectives, establishing thus a first approach to a more extensive future research, given the legal, dogmatic, and, above all, practical need to analyze the most important institution in the country in terms of public procurement.

Keywords

State contract, principles, general interest, contractual planning, judicial control, administrative control

Agradecimientos

A la Universidad Católica de Colombia por permitirme ser parte de esa gran familia y por contribuir en la difusión de las ideas presentadas en esta obra.

A mis estudiantes de pregrado y posgrado, que con sus reflexiones contribuyeron significativamente a que esta obra vea la luz.

A los doctores María Alejandra Ramírez, Diego Baracaldo Amaya y Julio César Padilla por sus inmensas contribuciones y lectura de los documentos iniciales.

A los doctores Martín Bermúdez Muñoz y José Luis Benavides Russi por su disponibilidad al poner sus altos conocimientos en la materia a disposición de la revisión de los documentos finales e imprimir con sus discusiones cambios de importancia mayúscula al presente texto.

A los que siempre han estado ahí, porque sin ellos esta idea no hubiera sido posible.

CONTENIDO

Presentación	13
Prólogo	19
Introducción	23
Consideraciones preliminares a este estudio	27
Capítulo 1. El principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia	31
Presentación.....	31
Acercándonos al concepto de principio.....	32
Aproximación conceptual al principio de planeación	35
El principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia	39
Concreción y divergencias como conclusión de este capítulo	43
Capítulo 2. El principio de planeación a la luz de la jurisdicción contenciosa administrativa	47
Presentación.....	47
El principio de planeación y su entendimiento por parte del juez contencioso administrativo	48
El principio de planeación visto como un postulado de doble dimensión por parte del juez contencioso administrativo.....	55
El principio de planeación y su inobservancia como elemento constitutivo de la declaratoria de nulidad judicial del contrato estatal.	62
Concreción y divergencias como conclusión de este capítulo	73

Capítulo 3. El principio de planeación en materia de compras públicas visto a la luz del ejercicio del control fiscal en el ordenamiento jurídico colombiano	75
Presentación.....	75
El control fiscal como ejercicio de potestades autónomas e independientes en la gestión de la actividad estatal: contexto genérico y aplicable al Sistema de contratación pública	76
La responsabilidad fiscal como resultado del control fiscal: ejercicio de una potestad con incidencia patrimonial aplicable al Sistema de Contratación Pública.....	79
La responsabilidad fiscal como resultado del control fiscal: un vistazo a su declaratoria en el sistema de contratación pública a partir del principio de planeación	87
Concreción y divergencias como conclusión de este capítulo	92
Capítulo 4. El principio de planeación en materia de compras públicas visto a la luz del ejercicio de control disciplinario en el ordenamiento jurídico colombiano	95
Presentación.....	95
El control disciplinario como actividad estatal autónoma e independiente; su naturaleza y delimitación.....	96
El control disciplinario como actividad estatal autónoma e independiente aplicable al sistema de compras públicas por vulneración del principio de planeación.....	103
Concreción y divergencias como conclusión de este capítulo	113
Capítulo 5. El principio de planeación en materia de compras públicas visto a la luz del ejercicio del control penal en el ordenamiento jurídico colombiano	117
Presentación.....	117
El control penal del Estado, breve aproximación a su naturaleza y extensión en materia de compras públicas	118
El control penal del Estado, una doble dimensión: entre el control social y los fines superiores en el sistema de compras públicas y su relación con el principio de planeación	126
Del tipo penal de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.....	126
Del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos	129

De la celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales	134
Concreción y divergencias como conclusión de este capítulo	139
Conclusiones	143
Bibliografía	147

PRESENTACIÓN

Diego Baracaldo Amaya

Juez contencioso administrativo

Exconjuez de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Recibo con beneplácito el honor que me hace el doctor John Fredy Silva Tenorio de presentar su obra titulada *Contratación estatal - Del principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia: una visión multidisciplinaria*, profesor de la materia y acucioso investigador, a quien su entusiasmo por los temas del derecho público le permite abordar con suficiencia y la profundidad que lo amerita, una visión de una de las principales actividades que materializan la función administrativa: como es la contratación estatal, y que para este caso concentra su atención en una de las etapas trascendentales que irradia no solo el proceso de selección, sino su ejecución y hasta la liquidación del mismo: como es la planeación contractual.

La excesiva reglamentación que existía antes de la vigencia de la Ley 80 de 1993 y la estrecha interpretación que se hacía respecto de las normas vigentes para ese momento, condujeron a que en el año de 1993 y acorde con los entonces recientes postulados constitucionales de la función pública que inspiran a la Carta Política de 1991, el Congreso de la República se dio a la tarea de expedir un nuevo estatuto contractual que permitiera una eficiencia en el gasto público, a través de un sistema normativo que permitiera una contratación ágil y justa dentro de un marco de objetividad y transparencia.

De esta manera el nuevo Estatuto de la Contratación que se expidió en 1993 se funda en una serie de principios rectores que permiten la realización de los fines estatales y que al día de hoy y cerca de 25 años después se mantienen incólumes, en tanto su atención se centra en la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas.

En este marco de principios, la planeación contractual se erige como uno de los pilares del sistema normativo de la contratación pública, en tanto permite a las entidades contratantes no solamente conocer las necesidades y problemas que se pretenden solventar a través de un sistema de compras públicas, sino que da luces a las entidades para determinar la manera como se ejecutarán los recursos públicos.

Si bien la discusión inicial consistió en determinar el alcance normativo de este principio en tanto no contenía norma expresa en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el problema fue resuelto precisamente a la luz del carácter normativo del que gozan los principios, pasando de ser no solo una declaración programática, sino el reconocimiento de estar dotados de fuerza normativa y suficiente para la aplicación de los casos en particular.

A esta conclusión llega el autor al final de su primer capítulo, cuando sostiene que aunque este principio no fue expresamente nominado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en una interpretación sistemática del artículo 209 de la Constitución y de la propia Ley 80 de 1993 y normas posteriores, se desprende la necesidad de asignar un deber de conducta a cargo de las entidades del Estado en adelantar el proceso de contratación, teniendo en cuenta las necesidades a satisfacer, el objeto a contratar y los recursos disponibles para la ejecución del contrato.

No obstante, el documento que hoy se presenta no se limita a hacer una descripción del principio de planeación y de la obligación por parte de las autoridades administrativas de desarrollar una correcta administración de los recursos públicos, sino que en los capítulos posteriores analiza cómo el principio de planeación trasciende los diferentes campos de aplicación del operador jurídico en sus distintos niveles de control: judicial, disciplinario y fiscal.

Este es precisamente el aporte intelectual y la valía de la presente obra no solo para los *iuspublicistas*, sino para la comunidad académica y jurídica, en tanto que desde diferentes puntos de vista y en punto de la actividad de control que ejercen

los organismos del Estado, presenta al lector una visión acerca de la naturaleza del mismo, aludiendo a las decisiones más representativas en el ámbito de aplicación de cada uno de ellos.

En este sentido, resulta oportuno cómo el autor presenta la discusión que al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en cabeza del Consejo de Estado se ha presentado en relación con la participación de los contratistas en la planeación del contrato estatal, lo que supone una serie de cargas para los mismos derivada del principio de colaboración entre las partes del contrato estatal y que a voces de algún sector de la jurisprudencia, están relacionadas con el deber de estos en poner de presente e ilustrar a la entidad contratante las deficiencias de los pliegos de condiciones, y de hacer observaciones que permitan una ejecución del contrato.

Hecho que a su turno conlleva que el contratista ante un daño que le produzca la ejecución del contrato no pueda obtener el reconocimiento y pago de perjuicios derivados por una planeación errónea, en tanto que su propia condición de partícipe y conocedor del mercado al que pertenece, le permite conocer las falencias de que ha sido objeto la identificación de necesidades y el pliego de condiciones.

Posición frente a la cual el presente texto fija postura al considerarla inconveniente y, por ende, sin vocación de ser aplicada, restando solamente decir que no siempre el enfoque del proponente y futuro contratista será el mismo del de la entidad por la diversidad de intereses que le asiste a unos y otros, sino que además podría ponerse en plano de desigualdad al atribuirle una corresponsabilidad frente a una actividad en la que no solamente no participó de forma activa, sino que la entidad pública con personal idóneo y por varios meses adelantó, todo ello sin perjuicio del mensaje adverso que se le envía a los empresarios que contratan con el Estado, lo cual desmotiva en muchos de los tipos contractuales la presentación de ofertas y la participación en procesos de selección al asumir una responsabilidad compartida.

No menos interesante resulta la presentación que hace el autor respecto al principio de planeación en los ámbitos del derecho sancionatorio, específicamente en asuntos relacionados con responsabilidad fiscal, responsabilidad disciplinaria y responsabilidad penal.

En el primero de ellos y luego de exponer los elementos propios para la atribución de responsabilidad fiscal hace notar la insuficiencia de estos respecto de

las diferentes conductas que se esperan del servidor público que ejecuta recursos públicos –dentro del marco de la gestión fiscal y en lo que a la responsabilidad disciplinaria se refiere– por la desatención del principio de planeación, hace énfasis en que este tipo de control se fundamenta en la conducta del servidor público respecto de sus deberes funcionales y legales diferenciándolo de aquel cuyo centro de atención está referido al detrimento patrimonial.

El conocimiento de estas disciplinas por parte del profesor Silva Tenorio y su pericia en la defensa y aplicación práctica, le permite afirmar que en materia de derecho sancionatorio, concretamente la responsabilidad disciplinaria, los deberes de los servidores públicos y particulares que cumplen funciones administrativas quedan en un amplio margen de generalidad y discrecionalidad por parte del operador jurídico disciplinario, quien para cada caso deberá realizar un análisis de cuáles eran los deberes en cabeza de las autoridades administrativas que fueron incumplidos, hecho que a su turno deriva en una transgresión al principio de legalidad propia de este tipo de asuntos.

Por último, el autor se encarga de estudiar las implicaciones penales que genera la desatención del principio de planeación haciendo análisis de tipos penales como el de la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no solo como limitaciones a la capacidad de las personas para participar en procesos de selección y contratar con el Estado, sino llamando la atención en que su descripción normativa no se agota en las disposiciones de la ley de contratación, sino que involucra otros ordenamientos jurídicos, todos ellos inspirados en el deber de objetividad y transparencia que debe inspirar la función administrativa.

Pero tal vez es en el tipo de celebración indebida de contratos, en el que el legislador penal es consciente de la virtud del principio de planeación y en donde el derecho penal y el derecho administrativo convergen para materializar uno de los principales fines del Estado: la satisfacción del interés general.

Este tipo penal refleja el sentimiento del derecho administrativo y constitucional en cuanto a uno de los mayores vicios de la contratación y que a la postre no solo deriva en la nulidad absoluta de contratos, sino que constituye causal de nulidad de los actos administrativos por desviación de las atribuciones propias de la autoridad administrativa que se traduce en desviación de poder.

El elemento teleológico del contrato estatal fundado en el bienestar de la comunidad y el cumplimiento de los cometidos estatales es uno de los principales

bienes a proteger y al que el legislador ha pretendido identificar en cualquier tipo de contrato en donde el principal elemento es el interés público, independiente de su objeto contractual. En este punto adquiere relevancia el principio de planeación, a través de la motivación de los estudios previos, razonados en realidades fácticas y cuyo único propósito es el de brindar respuestas a las necesidades de la comunidad.

Lo propio puede decirse del tipo penal que sanciona penalmente a quien tramite un contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos. El legislador penal en consonancia con los postulados del derecho administrativo, resalta el deber del servidor de ceñirse de manera irrestricta a las normas para la celebración y ejecución de contratos, requisitos legales que son calificados como de orden sustancial o esenciales que, entre otras, conducen a la nulidad absoluta del contrato.

Contratación estatal. Del principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia: una visión multidisciplinaria es el resultado del valioso esfuerzo y de la consagración de su destacado autor, quien desde el aula de clase y en su vida profesional y carrera académica ha demostrado el rigor académico que lo caracteriza, para admiración de quienes fuimos sus docentes y ejemplo para quienes son sus discípulos y siempre oportuno en momentos en donde es indispensable prevenir actos de corrupción que se reflejan en la prospección del contrato estatal.

Bogotá, mayo de 2017

PRÓLOGO

Martín Bermúdez Muñoz

Consultor y conjuuez de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado

El trabajo realizado por John Fredy Silva Tenorio que tengo el honor de prologar es un aporte muy importante a la doctrina de la contratación estatal y se refiere a un tema que genera, en la actualidad, muchas inquietudes en las labores de las entidades estatales, de los funcionarios públicos y de los particulares que participan como proponentes y luego como contratistas.

Lo primero que se revela en el estudio, es el análisis del alcance de la planeación y la importancia de la misma en el desarrollo del contrato estatal. La visión del autor es multidisciplinaria y muy acertada en relación con los conceptos relacionados que provienen de otras disciplinas: la planeación implica tener en cuenta todos los elementos pertinentes para tomar las decisiones y no solo comprende la etapa precontractual, sino que se trata de una noción transversal que debe iluminar toda la ejecución del contrato.

Se establece de este modo, en todo su contexto, una afirmación sobre la cual no parece existir discusión: en la contratación estatal (o en el sistema de compras públicas) la planeación resulta esencial en todos los aspectos que ella comporta y, particularmente en el relativo a la obligación de invertir de modo eficaz y eficiente los recursos públicos.

Esta primera constatación tiene un efecto que me parece esencial resaltar y es que nos saca del equivocado concepto según el cual la planeación solo se relaciona con la obligación de realizar “estudios previos”. Pensar cómo se hacen las cosas, considerar todos los efectos que generan nuestras decisiones, es un asunto que debe estar presente en todos los momentos del contrato: al elaborar las estipulaciones, al determinar los riesgos, al definir las garantías, al establecer la necesidad de prórrogas o adiciones, entre otros aspectos del contrato.

La segunda constatación que realiza el autor es el carácter de *principio* deducido de la normativa general que rige los contratos estatales, esto es, sin una norma precisa que determine su alcance y sus contornos. Esa característica es, tal vez, la que genera mayores dificultades en la aplicación de la noción de planeación contractual, cuando se aborda el estudio de las implicaciones del principio en relación con la nulidad del contrato o, con las consecuencias penales y disciplinarias de su desconocimiento. La vía, como acertadamente lo sugiere Silva Tenorio, no consiste en proponer una reforma legislativa que la determine o que lo vuelva regla. La noción de planeación, como conducta general cuyo alcance solo puede determinarse en cada contrato concreto, no permite ciertamente encerrarla en reglas.

Establecida la importancia del principio, el amplio concepto que él comprende, y resaltado el aporte de la jurisprudencia reciente dirigida a relevarlo, en el trabajo se aborda el aspecto más problemático que él genera, que son las denominadas implicaciones del principio de planeación. Aquí se tratan las consecuencias que el mismo debe tener, particularmente desde la perspectiva de la validez del contrato y de las consecuencias penales, disciplinarias y fiscales por su desconocimiento.

La visión de conjunto que se realiza del tema en la estructura del trabajo no solo permite tener un marco de referencia adecuado y completo para discutirlo, sino que nos conduce a mirarlo de manera distinta o desde una perspectiva diferente y mucho más amplia, incluyendo todas las aristas que ayudan a determinar, de manera más adecuada, la naturaleza del problema.

Tratar las implicaciones del principio es problemático y difícil. Pero, al mismo tiempo, se trata de una discusión necesaria, y yo diría que urgente.

- Considerar la falta de planeación como causal de nulidad, que es la consecuencia real a la que ha llegado la jurisprudencia en algunos de los fallos analizados, es una consecuencia difícil de asimilar en la medida en que, como se advierte en el trabajo, no estamos aquí ante la violación de una regla predeterminada (la planeación es un principio) y menos de una formalidad específica, cuyo desconocimiento deba acarrear tal consecuencia.
- Esta dificultad se *supera* estableciendo que la nulidad del contrato no ocurre por cualquier violación al principio de planeación, sino que se estructura cuando ella hace evidente que en la celebración del contrato se presentó una “causa ilícita”, que es lo que ocurre cuando, por ejemplo, se celebra sin contar con los presupuestos previos que –a juicio de la jurisprudencia– son necesarios para suscribir el contrato. Y en este punto se entra en las dificultades propias de fundamentar nulidades en principios y considerar, por ejemplo, que abrir una licitación sin haber comprado todos los predios por donde debe pasar la obra, puede considerarse como causal de nulidad “por causa ilícita” del contrato.
- Al avanzar por este camino se incursiona en otro problema no menos delicado, que consiste en involucrar al contratista (que no elabora el contrato ni tiene una real participación en este aspecto) en las consecuencias de la violación del principio de planeación.

La visión de conjunto del problema impone la discusión de un punto que resulta trascendental, vistas las decisiones adoptadas por la Sala Penal de la Corte con citación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ¿cuáles pueden ser las consecuencias penales de la ausencia de planeación en un contrato? El tema es delicado y peligroso, y todo lo anterior se evidencia cuando se advierte que el “interés ilícito en un contrato” o la “violación de los requisitos esenciales” puede considerarse conducta delictiva con verbos rectores muy amplios. Esas dos conductas se conectan íntimamente con el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado y se puede considerar que esta mezcla justifica plenamente que se hable de “la planeación”.

El último aspecto que quisiera resaltar es el del control fiscal, pues la lectura del trabajo me lleva a concluir que, en un buen entendimiento de esta función y con una intervención oportuna y proactiva de la Contraloría podría mejorarse la

actuación de las entidades en la aplicación de este principio. Es a este ente de control, en realidad, a quien le corresponde velar por la inversión eficaz de los recursos y es evidente que eso no se logra cuando su actuación se vuelca, en esencia, a cuestionar formalidades y aspectos atinentes a la ejecución del contrato.

Es cierto que la responsabilidad fiscal solo se genera cuando existe daño, pero también es evidente que la falta de planeación siempre lo genera. Y es cierto que a partir de la jurisprudencia de la Corte la responsabilidad fiscal requiere de dolo o culpa grave, porque ella se asimiló a la culpabilidad exigida en el artículo 90 como presupuesto de la acción de repetición y, ese, es un grave error conceptual que solo el legislador puede superar.

El trabajo plantea una discusión, lo reitero, actual, urgente y muy importante. Permite que, a partir del mismo se conozca la gravedad de las implicaciones que está generando la aplicación del principio de planeación y se reestudie, detenidamente, si ese es el camino adecuado. Todo sin desconocer su importancia y su alcance, lo que también contribuye a consolidar este trabajo. El marco de referencia está hecho y muy bien concebido; el camino a recorrer en adelante puede hacerse ahora de mejor manera y, sobre todo, desde una perspectiva más amplia y completa.

Bogotá, junio de 2017

INTRODUCCIÓN

La contratación estatal es uno de los temas más controvertidos y dinámicos en el sistema jurídico colombiano, por lo cual requiere de análisis constante a partir de la normativa que se expide, la interpretación que de ella realizan los órganos de cierre en la jurisdicción constitucional y contenciosa administrativa, los aportes de la doctrina especializada y las directrices en esta materia fijadas por parte de las entidades estatales que poseen la competencia para ello.

Partiendo de aquellos supuestos, se tiene que las interpretaciones que realizan los jueces en sus providencias judiciales al resolver casos difíciles tienen la capacidad de impregnar el quehacer diario de la administración pública, especialmente si de contratación administrativa se trata. La anterior consideración guarda particular relación con interpretaciones jurídicas que van desde la continuidad de concepciones que, aunque no necesariamente válidas, persisten en el día a día de la administración pública, hasta la adopción de criterios opuestos a lo tradicionalmente aceptado.

En este escenario los principios del sistema de contratación pública en Colombia cobran vital importancia, dado que constituyen verdaderas reglas de conducta para los partícipes del sistema de compras públicas o de la contratación estatal, como hasta hace algunos años se denominaba a la facultad del Estado de comprar o adquirir bienes, obras y servicios.

Así, principios como los de selección objetiva, transparencia, publicidad e igualdad cobran vital importancia en el sistema de contratación, dado que estos,

y a la vez la interpretación que de ellos se realizan, configuran auténticas normas de conducta para las entidades públicas y los interesados, tanto desde el punto de vista de la selección del contratista como de la ejecución misma del negocio jurídico estatal.

No obstante lo anterior, en el análisis y definición de estas normas de conducta que realizan los órganos de cierre, resulta paradójico y usual que se realice alguna mención del principio de planeación como elemento de vital importancia en la contratación administrativa que ejecuta el Estado, a pesar de que aquel principio no se encuentre textualmente referido en la ley contractual.

El principio de planeación, pese a no tener una definición legal en el ordenamiento jurídico colombiano, constituye el núcleo esencial de los contratos que realizan las entidades públicas, dado que es en este eslabón del proceso de contratación que el Estado piensa a futuro el rumbo de aquel proceso y condiciona de manera a veces limitada su futuro contractual y la satisfacción de la necesidad estatal.

La planeación como se conoce por los participantes del sistema de compras públicas implica preparar el camino para andar desde todas las disciplinas que incidirían en la confección del respectivo negocio jurídico, estableciendo imaginariamente un sinnúmero de posibilidades que pueden suceder en el desarrollo de la actividad contractual, circunstancias que pueden ser perceptibles por los compradores públicos.

Así las cosas, el denominado principio de planeación –llamado por otros deber de planeación– constituye el elemento más importante en la esfera de la contratación estatal, ya que de ahí precisamente se desprenden las garantías de las demás normas de conducta. En otras palabras, a partir de la interpretación y aplicación de aquel postulado se pueden construir en la practicidad de las etapas de la contratación, los demás principios que deben ilustrar el sistema de compras públicas en Colombia, y de tal forma construir estratégicamente la forma en la cual se compra o adquiere bienes, obras y servicios.

Dicho lo anterior, el objeto de este estudio es presentarle al lector los elementos constitutivos del principio de planeación, pero más importante aún, es mostrarle que el mismo tiene la vocación de evolucionar y convertirse en el núcleo esencial y por qué no decirlo, en el pilar fundamental de la contratación tal y como se conoce, teniendo como punto de partida el análisis que de él han

realizado la administración de justicia, así como los falladores fiscales, disciplinarios y penales.

Consecuencia de lo anterior, se busca presentar la visión jurídica que trae consigo, por una parte, en el campo del derecho administrativo de control (disciplinario y fiscal), la materialización de aquel postulado que ordena las actuaciones de los partícipes del sistema de compras públicas en el ordenamiento jurídico colombiano y, por otra, en el campo del derecho penal.

Con lo anterior, valga la pena señalar, no se pretende con este estudio efectuar un análisis profundo de las instituciones y diferentes regímenes de responsabilidad derivados de la aplicación del principio de planeación, sino presentar de forma genérica cómo aquel tiene presencia en estos campos del derecho. En este contexto, el lector deberá partir del supuesto metodológico de que este estudio no es referido al campo penal, disciplinario, fiscal o administrativo judicial, sino respecto al principio de planeación y cómo él se interrelaciona con aquellos regímenes y materias.

Lo anterior partiendo del hecho de que lo que se busca es presentar una institución, que por más valga señalar, es autónoma y cambiante, a través de cada uno de esos campos de estudio, esto teniendo en cuenta que no es de interés estudiar aquellos de forma profunda, pero además por la imposibilidad dogmática y teórica de abordar los mismos.

Por último, el autor espera que este pequeño estudio que muestra la naturaleza jurídica, cambiante y necesaria del principio de planeación desde varias ópticas jurídicas, sea una aproximación inicial a un estudio más extenso y del cual se concentrarán los esfuerzos, dada la necesidad jurídica, dogmática y sobre todo práctica de analizar la institución más importante en materia de compras públicas.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES A ESTE ESTUDIO

Han sido múltiples los análisis hechos para confeccionar este estudio que ahora se presenta al lector como resultado de una revisión teórica, pero además práctica del sistema de compras públicas en Colombia.

El deseo del autor es entregar al lector interesado en esta temática, como a aquel que se ha topado por simple coincidencia con esta obra, algunas visiones respecto del denominado principio de planeación en el sistema contractual colombiano, al igual que ahondar en su estructura y lo que ello representa para el ordenamiento jurídico.

En esta ruta se efectúa un análisis conceptual, dogmático y práctico, encontrándose que, aunque no resulta ser un descubrimiento exacerbado, existen múltiples aristas para su análisis. Así se encuentra que una es la visión del juez contencioso como fallador natural de las múltiples controversias que se presentan en esta materia; y otra la dimensionada y construida por los falladores administrativos (disciplinarios y fiscales) y penales.

No obstante el campo de estudio de cada materia a la cual se hizo referencia en el párrafo anterior, lo cierto es que todas, sin excepción, poseen un común denominador como elemento indispensable para su estudio y realización, el cual podría categorizarse como un concepto universal dentro del campo objeto de estudio.

Aquel común denominador se encuentra insertado en cada uno de los temas desarrollados en los siguientes capítulos y resulta ser la piedra angular del devenir

histórico y conceptual tanto del derecho disciplinario, fiscal y penal, como del desarrollo jurisprudencial en este tema. Este concepto no es otro que lo que se refiere al denominado “interés general” como medio y fin en la realización de la actividad estatal.

El supuesto sobre el cual descansa cada una de estas materias, no es otro que verificar que, en la actividad contractual, dentro de la cual se propende por el cumplimiento del principio de planeación, se materialice el concepto de “interés general”. En otros términos, se parte del supuesto de que la actividad contractual debe redundar en beneficio de la colectividad a través de la adquisición de bienes, obras y servicios y que solo ante la imposibilidad de que sea de tal manera, la cuestión podrá ser reprochable a la luz de cada una de aquellas materias.

Dentro del estudio que se presenta aquí, se hace un acercamiento genérico a dichas materias y su interacción con el sistema de compras públicas, especialmente en lo que incumbe al cumplimiento por parte de la administración pública del principio de planeación, teniendo como horizonte común que todas analizan su campo de acción mediante el concepto de “interés general”.

El concepto de “interés general” es exigible a la administración pública a través del campo penal, disciplinario, fiscal y judicial, lo cual únicamente se materializará en la medida en que al menos desde el punto de vista de las compras públicas se dé aplicación adecuada al principio de planeación. Este análisis llevó a estudiar el principio de planeación y a evaluar su necesidad e importancia en el ordenamiento nacional, pero no de forma genérica y aislada, como a veces se presenta, sino en un sentido estricto e integral.

Por lo dicho, este estudio del principio de planeación en materia de compras públicas se presenta desde el punto de vista judicial, disciplinario, fiscal y penal, teniendo como elemento esencial y común el concepto de “interés general”, pues es a partir de ahí que el mismo se debe hacer, dada la finalidad que persigue el Estado.

Así las cosas, aquí se resumen algunos análisis teóricos, dogmáticos y prácticos de cada una de las materias antes señaladas, que se espera sean de utilidad en el quehacer diario de la administración pública y de aquellos privados que colaboran en el cumplimiento de los fines estatales.

Este libro es resultado de investigación del proyecto “Transformaciones del derecho público en la actualidad, fase II”, que forma parte de la línea de investigación en derecho administrativo del grupo de investigación “Derecho Público y TIC” de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia”.

El autor

EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN EL SISTEMA DE COMPRAS PÚBLICAS EN COLOMBIA¹

Presentación

En este capítulo se presenta el concepto de principio como fundamento o norma de conducta de los sistemas jurídicos, lo cual denota una fuerte distinción entre estos y las auténticas reglas jurídicas. Posteriormente, se describe el concepto de planeación desde diferentes enfoques, incluyendo la visión que de ella poseen las ciencias administrativas y las cuales pueden ser trasladadas a las ciencias jurídicas, al constituirse como parámetro presente en la gestión de la cosa pública.

Continuando con el estudio propuesto en un tercer momento se establece la visión del concepto de planeación en materia de contratación pública, no como una regla de cumplimiento absoluto o no, sino como elemento con precisas instrucciones a los gestores de lo público, pero con contenido, finalidad y alcance cambiante. Esto desde el punto de vista teórico y práctico.

1 El Sistema de Compra Pública es la estructura conformada por los actores del mercado, las reglas y los procedimientos aplicables al mercado y sus actores, las autoridades encargadas de implementar tales reglas y procedimientos, los sistemas de información y las relaciones entre los actores, las autoridades y las entidades estatales. Estas últimas toman decisiones de gasto público para adquirir bienes y servicios, ejecutar obras, garantizar su funcionamiento, cumplir su misión y poner a disposición de los ciudadanos bienes, obras y servicios. Colombia Compra Eficiente, Plan estratégico 2017-2020, Introducción, https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20170125planestrategico.pdf

Así, finalmente se presenta una visión del principio de planeación en sede aplicativa, su supuesto normativo y sus diferentes formalidades, lo cual denota su estructura dinámica y no estática y donde a los gestores y operadores de la cosa pública, les corresponde aplicarlos, para lo cual deben tomar decisiones según criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad (discrecionalidad administrativa).

Acercándonos al concepto de principio

La teoría de los principios resulta ser un tema de vital trascendencia en cualquier ordenamiento jurídico, máxime en un Estado de derecho como el colombiano, donde por virtud de la Carta Política los nacionales están sometidos a parámetros de conducta y de interpretación de los sistemas normativos²⁻³.

A pesar de la importancia que este tema representa en el ordenamiento colombiano, se observa que poco se dedica a explicar el valor de estos conceptos, que por más valga señalar, poseen un contenido absolutamente mutable, pues dependen de la materia a la cual se refieran y a la finalidad que persigan⁴.

Así se encuentra que existen diferentes definiciones de los principios en un sistema jurídico como el colombiano, las cuales dependerán del contenido interpretativo que se les impregne a los mismos y de la línea de pensamiento a la cual se adscriba el jurista.

2 "Los estudios de derecho público, especialmente de derecho constitucional han logrado avances significativos en lo que se refiere a la interpretación y la aplicación de las normas constitucionales. Hoy, más que ayer, importa construir el sentido y delimitar la función de aquellas normas que, además de prescribir los fines que han de alcanzarse, sirven de fundamento para aplicar el ordenamiento constitucional: los principios jurídicos". Humberto Ávila, *Teoría de los principios* (Madrid: Marcial Pons, 2011), 25.

3 Harold Alexander Alarcón Quiroga, "Contratación estatal comparada con Argentina". *Revista Novum Jus*, n.º 4 (2010), 205-36.

4 Ha señalado la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que es menester tener en cuenta que los principios por ser una norma jurídica de contenido general, son por naturaleza de textura abierta, lo que significa que se someten constantemente al desarrollo legal y jurisprudencial para la determinación de su alcance normativo, de manera que su eficacia se encuentra a veces, condicionada a la interpretación de dicho contenido normativo, y también pueden ser susceptibles de integración a través de preceptos constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal, que permitan concretarlos en forma clara e inequívoca. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Referencia: Radicado No. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410); 1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) Acumulados. Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

•El principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia.

Para efectos de esta obra y sin tratar todas las teorías y supuestos dogmáticos y doctrinales respecto de los principios, se escogió una simple concepción a fin de brindar un entendimiento un poco más sencillo al lector.

Tales anotaciones no son diferentes en el sistema de contratación pública, pues en esta materia pululan normas de conductas e interpretaciones a su vez, que de algún modo imponen a los gerentes públicos y operadores administrativos a cargo de la labor de realizar contratación pública, el acatamiento a las mismas⁵.

El sistema jurídico público contractual se encuentra conformado por principios o normas de conducta que irradian el camino del servidor público, el cual en su labor de intérprete de aquellas disposiciones tiene la obligación de ponerlas en práctica y de someter su conducta pública a estas, de ahí la necesidad de entender que la actividad contractual resulta ser una actividad donde priman los principios⁶, sin que ello signifique la inexistencia de reglas en aquella actividad, las cuales valga señalar, abundan en materia de contratación pública.

En términos dogmáticos se podrá escoger una de las múltiples definiciones en las cuales se ha precisado el contenido y alcance de los principios, señalando que estos se definen preponderantemente como mandatos de optimización⁷ que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diversos grados y por que la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino

5 Para el profesor José Luis Benavides Russi en la contratación estatal, el principio tiene especial relevancia en la medida en que el Estatuto Contractual, contenido en la Ley 80 de 1993, se estructura en torno a principios. El legislador quiso abandonar el reglamentarismo del estatuto anterior (Decreto 222 de 1983), para adoptar un estatuto sobre la base de principios, y así lo enunció de manera preliminar, desde el primer artículo, destinado a su objeto "El cambio, originado en un propósito de simplificación y modernización de la gestión pública contractual, está orientado a brindar a los gerentes públicos unas herramientas básicas que les permita hacer de la contratación un instrumento ágil de gestión pública". José Luis Benavides Russi, *Contratos públicos. Estudios* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014), 212-4.

6 Sobre la aplicación de los principios en contratación estatal señaló la Corte Constitucional en una de las sentencias que resolvió demanda de constitucionalidad sobre la Ley 80 de 1993, que los principios que el legislador enunció en aquel estatuto no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que esta se realice. Puntualizó la Corte que, tanto en el caso de la contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado en el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa. Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia 508 de 2002. M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

7 La Corte Constitucional acudiendo a la doctrina, ha dado un sentido y alcance de los principios como mandatos de optimización, considerando al respecto que, aquellos constituyen normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia 1287 de 2001. M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

también de las posibilidades jurídicas⁸; en otras palabras, los principios se definen por que pueden seguirse y cumplirse en diferente grado⁹, a pesar de las múltiples interpretaciones que puedan tener.

En coherencia con lo enunciado, la Corte Constitucional en su vasta interpretación de principios en el ordenamiento jurídico colombiano, ha considerado que estos consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional¹⁰. En este contexto, indica la Corte, su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifique una definición en el presente, así, los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden¹¹, lo cual denota una importante diferencia respecto del concepto de reglas, las cuales abundan en materia contractual, si bien resultan ser insuficientes para integrar el entendimiento y desarrollo de la compra pública en toda su expresión.

Por su parte, para el Consejo de Estado un principio es un valor de la sociedad transformado por el derecho en criterio o parámetro de conducta fundamental que instruye y rige las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspira las reglas de conducta, se proyecta en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales¹².

Nótese de estas acotaciones sobre los principios en el ordenamiento jurídico colombiano, que aquellos han sido construidos para guiar determinados

8 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 86 y ss.

9 Josep Aguiló Regla, "Tres preguntas sobre principios y directrices". *Revista Doxa* n.º 28 (2005), 341-65.

10 Sobre la naturaleza jurídica de los valores, principios y reglas, pueden consultarse, entre otras, las sentencias: 546 de 1992, 690 de 1996 y 126 de 1999, todas de la Sala Plena de la Corte Constitucional.

11 Véase comentario anterior.

12 Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Referencia: Radicado No. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410); 1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) Acumulados. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

•El principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia.

comportamientos éticos, culturales y sociales en determinadas situaciones generales e individuales, dado que, al materializarse esos principios de forma directa o indirecta en la practicidad del ordenamiento jurídico, se cumple la función para la cual han sido diseñados¹³.

Por lo dicho, se concluye que los principios son enunciados que contienen un fundamento que debe utilizar el operador administrativo o judicial en la actividad que realice, a fin de hallar posteriormente la regla del caso particular.

En otras palabras, un principio de forma sencilla, resulta ser un enunciado normativo de textura abierta que describe un estado de situaciones a ser buscado y que resulta ser tan evidente que se considera que no requiere demostración y que por esa misma razón, debe ser aplicado de forma irrestricta u obligatoria a las actividades y situaciones respecto de las cuales se ha instituido, con el fin de lograr la finalidad que se busca, pero que además trasciende las fronteras propias de las reglas, por ello mismo.

Aproximación conceptual al principio de planeación¹⁴

Partiendo de la premisa dispuesta anteriormente respecto de la naturaleza conceptual de los principios, corresponde ahora de la mano de aquella idea, analizar lo relativo al denominado “principio de planeación” en materia de compras públicas y su contenido tanto ideológico como finalístico.

Ahora bien, dado que la planeación como actividad está presente en todas las actividades humanas, simples y complejas, no es posible una definición exacta, puesto que el margen de aplicación es muy amplio y se ha concebido que la planeación debe ser entendida como una actividad cambiante, dinámica pero estratégica, que en su concepto y desarrollo integra múltiples saberes y metodologías, aplicables en todos los campos de intervención humana, en la naturaleza, en la

13 Para Ávila los principios son normas inmediatamente finalistas, establecen por ello un objeto a alcanzarse, que se traduce en una idea que expresa una orientación práctica deseada. Así, los principios implican comportamientos, aunque de forma indirecta y regresiva. Ávila, *Teoría de los principios*, 70-3.

14 Sobre la existencia de principios innominados en disposiciones legales, pero que a pesar de ello son aplicables a los sistemas jurídicos, puede consultarse: Juan Ruiz Manera, “Principios, objetivos y derechos, otra vuelta de tuerca”. *Revista Doxa* n.º 28 (2005), 341-65; y Sentencia del 1 de febrero de 2012, Referencia: Radicado No. 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

sociedad y por qué no decirlo, en el desarrollo normativo, sin que ello signifique que la planeación se restringe a las ciencias jurídicas¹⁵.

A fin de brindar al lector un criterio razonable y entendible respecto de aquel principio, se empezará señalando que la actividad de planeación exige realizar determinada actividad teniendo en cuenta todos los aspectos que podrían incidir en la misma, estableciendo de forma coherente un plan determinado –el cual cuente con unos tiempos establecidos, metas por alcanzar y logros que realizar¹⁶, pero además analizando y proyectándose hacia el futuro y ondeando lo intangible y que puede afectar directa e indirectamente la ejecución de la actividad.

Partiendo de la definición mencionada en el párrafo anterior, resulta necesario señalar que este concepto es el mayor denominador en el derecho público en Colombia, pues de acuerdo con el marco jurídico local, regulariza todas las actividades del quehacer del Estado, en sus diferentes disciplinas, llámese a título de ejemplo derecho administrativo, de gestión, fiscal o contractual.

La planeación entonces es un concepto presente en el Estado –al menos desde el punto de vista teórico–, pues informa a los sujetos e instituciones de las diferentes actividades que se deben tener en cuenta para la consecución de los fines públicos, tal y como se encuentra arraigado a lo largo de la Constitución Política de Colombia en múltiples materias¹⁷, siendo necesario partir de aquella premisa, para su posterior entendimiento.

15 Las ciencias de la administración, de la economía, de la contabilidad y finanzas, de las ingenierías, de la administración pública y de la medicina, son áreas de saber teórico-práctico que desarrollan de manera autónoma la planeación; sin embargo, los campos que mayor aporte han hecho al tema son la ingeniería de procesos, la ingeniería de métodos, la planeación estratégica, la logística y las ciencias de la guerra. En la actualidad, se habla de las ciencias de la planeación y se les considera un avance científico-técnico que pone al servicio de sus fines en contexto, todos los saberes, técnicas y progreso tecnológicos disponibles, requeridos para hacer su cometido. Iriana Aponte Díaz, “Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 11 (2014), 177-207, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3831/4024>

16 En cuanto al concepto de planeación en materia administrativa, puede consultarse: (i) Reinaldo Oliveira da Silva, *Teorías de la administración* (Ciudad de México: International Thomson Editores, 2002), (ii) Harold Koontz, *Elementos de administración* (Ciudad de México: McGraw-Hill Interamericana, 1994) y (iii) Agustín Reyes Ponce, *Administración de empresas. Teoría y práctica: el concepto de la administración* (Ciudad de México: Limusa, 2005).

17 La Carta de navegación del Estado contiene un sinnúmero de supuestos y exigencias normativas para tener en cuenta en el desarrollo de las actividades estatales, las cuales constituyen premisas de obligatorio acatamiento, pues resultan ser la base estructural para el quehacer del Estado y materializan el ejercicio del concepto de planeación. Así se encuentra en la Constitución Política múltiples indicaciones de que la planeación no resulta ser un concepto que se restrinja a la contratación pública, sino que por el contrario, pertenece a un supuesto metodológico para el desarrollo de las actividades estatales, como por ejemplo lo referido a los requisitos previos a fin de garantizar la participación democrática y de los partidos políticos (título IV), los parámetros que debe regular

•El principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia.

Dada esta relación que posee el concepto de planeación con el mismo quehacer del Estado y sus instituciones, podrá argumentarse que aquel postulado resulta ser una pieza fundamental para el desarrollo de la función pública o administrativa, lo cual indica de forma categórica su utilidad, no solo dogmática, sino además práctica, pues es un supuesto normativo que contribuye al cumplimiento de los fines estatales de forma coherente, organizada y acorde con las metas u objetivos que se persiguen.

Ahora bien, como se puede encontrar en el ordenamiento jurídico colombiano –al menos en lo que respecta al campo del derecho público–, la planeación es un elemento de vital importancia para el desarrollo de cada uno de los fines que estableció el constituyente en la actual Carta Política, no siendo diferente en materia de compras públicas¹⁸.

Por lo dicho, la planeación es un concepto de índole universal en el ordenamiento jurídico colombiano, el cual debe ser aplicado a todas las esferas del derecho y especialmente en las relaciones estatales, dada la finalidad que aquellas persiguen¹⁹.

En otros términos, la planeación es un concepto propio del Estado social de derecho, como criterio garantizador de la legalidad y del interés general, pilares fundamentales dentro de la sociedad actual. La planeación se utiliza en todos los niveles del Estado para organizar la macroestructura de la nación y su forma de cumplir con los fines previstos en beneficio de los administrados²⁰.

Así, el principio de planeación en materia de compras públicas, a pesar de su no inclusión exegética en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en adelante EGCAP)²¹, no resulta ser algo novedoso o reciente en el ordenamiento jurídico contractual nacional, pues resulta ser un

previamente el legislador en materia de organización del Estado (título V), los parámetros necesarios para el ejercicio de las funciones de los órganos autónomos e independientes (título IX), entre otros.

18 Henry Mintzberg, *La estructuración de las organizaciones* (Barcelona: Ariel, 1984), 100-9.

19 Reyes, *Administración de empresas*, 13-31.

20 Juan Carlos Expósito Vélez, *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 600-1.

21 En Colombia el legislador estableció dos grandes grupos en materia de compras públicas. El primero sometido y regularizado por las reglas y orientaciones dadas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, adoptado a través de las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011 y 1882 de 2018 (entre otras) y sus diferentes decretos reglamentarios y un segundo grupo, al cual se encuentran sometidas las entidades estatales que poseen un régimen especial de contratación, sea por disposición constitucional o por virtud de la ley o normas

pilar de la organización estatal del país, lo cual lo hace exigible en cualquier actividad pública que se realice²², máxime si en ella se encuentran involucrados recursos públicos.

Para el profesor y tratadista Juan Carlos Expósito Vélez la planeación, en términos generales, es la elección de gestiones, objetivos, estrategias, lineamientos, esquemas y procedimientos para lograr estos a partir de la adopción de un conjunto de medidas, así como la selección de un curso de acción entre varias alternativas²³. En este contexto, la planeación es la base de las funciones administrativas, ya que da lugar a que las demás funciones se puedan ejecutar; consiste en determinar por anticipado las metas y los objetivos que se quieren cumplir, y definir las tácticas para llegar allí, por lo cual se considera el modelo teórico para actuar en el futuro²⁴.

La planeación vista como un elemento inescindible de la práctica de lo público y especialmente en materia de compras públicas, es la actividad técnica, legal y presupuestal y de costos necesarios para poder efectuar la contratación²⁵, aunada al hecho de que con ella se persigue el cumplimiento de los fines estatales²⁶.

de creación. Alexander Jojoa Bolaños, *Los regímenes exceptuados en los contratos estatales* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012), 63-83.

22 Idalberto Chiavenato, *Introducción a la teoría general de la administración* (Ciudad de México: McGraw-Hill Interamericana, 2004), 10-2.

23 Para Juan Carlos Expósito Vélez “el principio de planeación comporta una herramienta de ‘gerencia pública’ y su objeto es analizar la factibilidad y eficiencia de las actuaciones estatales de carácter bilateral respecto al objeto de estas y su valor aproximado y, así procurar recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la selección de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación, y por ello en un Estado de derecho, como el colombiano, es imperativo realizar todo un plan de lo que se necesita para lograr una eficiente y continua prestación de los servicios públicos a su cargo en orden a obtener la satisfacción del interés general, haciendo un análisis de lo que se quiere contratar y de los medios tecnológicos y económicos con los que se cuenta para alcanzarlo, para con base en ello realizar el procedimiento legalmente idóneo a fin de escoger el particular o entidad pública que colaborará con la consecución de la obra, bien o servicio determinado, realizar las previsiones técnicas, legales, y económicas a que haya lugar para afrontar las contingencias previsibles que puedan afectar el desarrollo del contrato, y contar con elementos en lo posible suficientes para actuar ante situaciones inesperadas”. Juan Carlos Expósito Vélez, *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas, XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 73-4.

24 Expósito, *La configuración*, 53.

25 Aponte, “Las fallas de planeación”, 177-207.

26 Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Delitos de celebración indebida de contratos: análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000), 30-93.

•El principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia•

Es por lo indicado que a modo de conclusión y en similar línea desarrollada por el profesor Expósito Vélez, podrá afirmarse que la planeación resulta ser un principio vertebral en materia de contratación pública y, en general, un cimiento de toda la organización estructural del Estado social de derecho²⁷, lo cual lo torna en imprescindible para el devenir propio de la gestión de la cosa pública.

El principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia

Ha sido una constante en el ordenamiento jurídico colombiano que la existencia del tan mentado principio de planeación en cuanto a su existencia y estructuración, no se observe o encuentre de forma legal en ninguna disposición normativa positiva²⁸. No obstante, y como suele suceder con alguna frecuencia en el ordenamiento legal del país, su exigibilidad sí se predica en diferentes materias, las cuales se analizarán en los capítulos tercero, cuarto y quinto de este estudio.

En otras palabras, lo que se trata de señalar hasta ahora es que la existencia y exigibilidad del principio de planeación en materia de compras públicas no responden a un concepto establecido de forma específica en el EGCAP, sino a una construcción dogmática, doctrinal y jurisprudencial, que a pesar de ello, tiene toda la entidad de ser exigible, desde distintos campos como el fiscal, disciplinario y penal. Al respecto se tiene que sobre esta temática ha señalado la doctrina especializada en la materia lo siguiente:

Un primer acercamiento al tema desde el ámbito jurídico muestra que en el ordenamiento legal colombiano la planeación no es delimitada de forma conceptual, sino que por medio de presupuestos o referentes, se dan guías que sirven para darle cumplimiento como principio rector de la contratación estatal en general (art. 25 de la Ley 80 de 1993). Su implementación, difusión y desarrollo se presenta como parte del procedimiento para hacer contratos en el Estado y en materia de obras públicas, aún requiere un desarrollo práctico, desde un componente técnico y jurídico en la

.....
27 Expósito, *La configuración*, 586 y ss.

28 Sobre la existencia de principios innominados en disposiciones legales, pero que a pesar de ello son aplicables a los diferentes campos de aplicación de los sistemas jurídicos, puede consultarse: Ruiz, "Principios, objetivos", 341-65; y Sentencia del 1 de febrero de 2012. Referencia: Radicado No. 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

ejecución, para superar el nivel teórico, propio de la prescripción normativa, que la limita al cumplimiento de actividades en la etapa precontractual²⁹.

Desde el punto de vista normativo, el EGCAP no dispone un artículo en específico que se refiera al principio de planeación en materia de contratación como si lo hace al tratar los principios de transparencia, economía y responsabilidad. Sin embargo y a modo constructivo se ha considerado que a pesar de su ausencia legal el mismo se encuentra presente en el Estatuto, estableciéndolo como una norma de conducta para los partícipes del sistema de compras públicas³⁰.

Dicha norma de conducta se consigna en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el cual al referirse a las conductas exigibles a los partícipes del sistema de compras públicas contempla en el numeral 12 que para efectos de contratar, las entidades públicas tienen la obligación de contar con estudios y documentos que les servirán de base para definir el objeto contractual, los términos de la obra, su costo y las exigencias de idoneidad técnica, así como los requisitos y garantías que se pedirán a los proponentes para seleccionar la mejor oferta.

Valga señalar y como recuento normativo, que aquella disposición fue modificada por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, el cual estableció como mandato imperativo para las entidades del Estado, cumplir previamente las exigencias internas necesarias para concretar la necesidad y la procedencia de la contratación como mecanismo idóneo para su solución, definiendo la existencia de recursos económicos para atender el contrato, analizando los impactos económico, social y ambiental de la necesidad que se busca solventar con la futura contratación y a la vez estableciendo la pertinencia y necesidad con los diferentes planes de desarrollo, aspecto este último que en ocasiones en la práctica olvidan los operadores administrativos.

Por último, en el sistema de compras públicas el principio de planeación ya ha sido aceptado como tal, a pesar de su no definición exacta y puntual. Dicha

29 Expósito, *La configuración*, 16-62.

30 La planeación, en cuanto criterio orientador de la actividad contractual, se encuentra regulada en varias normas constitucionales y legales, y principalmente se halla forzosamente inscrita dentro de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, criterios rectores de la contratación estatal, que aparecen de manera expresa en el Estatuto de Contratación Pública. Implica, por ende, que la falta o incumplimiento de los lineamientos dados en la ley y anteriores a la determinación de realizar un procedimiento contractual, deriva en una consecuente violación de los principios mencionados y en un eventual daño patrimonial a los particulares por el cual debe responder la administración, con independencia del funcionario encargado y de las acciones de repetición que el Estado haya de ejercer contra este. Juan Carlos Expósito Vélez, *Forma y contenido del contrato estatal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 53 y ss.

•El principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia•

concreción hoy por hoy se materializa en la exigencia normativa y legal de múltiples obligaciones a cargo de las entidades estatales, dentro de las cuales valga la pena señalar las siguientes: (i) la obligatoriedad de construir y publicar el Plan Anual de Adquisiciones, (ii) la realización de análisis del sector y, (iii) la definición, construcción y publicación de los estudios y documentos previos para cada una de las futuras contrataciones y que por contera valga la pena señalar, deben ser concordantes con los proyectos de inversión o rubros de funcionamientos y los respectivos planes de desarrollo y metas³¹.

En lo relativo a los estudios y documentos previos, informa la normatividad reglamentaria que estos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, pliegos definitivos y el mismo contrato, convirtiendo a estos documentos en los documentos primarios en los cuales la entidad estatal materializa sus intenciones contractuales y sin los cuales al menos desde el punto de vista teórico no podrán producirse los negocios estatales.

Dichos documentos condensan lo que determinada entidad requiere, la necesidad que busca satisfacer con la respectiva contratación, cómo lo va adquirir, en qué modalidad lo va hacer y cuánto pagará por dicho bien, obra o servicio; cómo se obtuvo el valor a contratar, qué contenido y criterios se utilizarán para determinar la oferta más favorable, el tipo de riesgos previsibles que pueden afectar la futura selección, contratación y liquidación del negocio jurídico, el tipo de garantías exigible a aquella contratación y la mención de si a aquella contratación le es aplicable algún acuerdo comercial (art. 2.2.1.1.2.11, Decreto 1082 de 2015).

Como se puede apreciar, normativamente el principio de planeación no es una simple definición de orden abstracto, sino que por el contrario aterriza e impone en la práctica administrativa unas exigencias específicas a cargo de las entidades estatales y sus administradores, estructurando de tal forma un marco jurídico con precisas instrucciones normativas cuyo destinatario son las propias entidades estatales a cargo de la respectiva contratación, en otras palabras, aquellos postulados exigidos por la normativa reglamentaria poseen toda la entidad de ser vinculantes

.....
31 Decreto 1082 de 2015, "Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional".

para los partícipes del sistema de compras públicas en todo el devenir de la estructuración, conformación, confección y liquidación del contrato estatal³².

Por lo dicho, el principio de planeación, como norma de conducta exigible a los partícipes del sistema de compras públicas³³, implica mucho más que los procedimientos legales y el cumplimiento con el ordenamiento jurídico en materia de contratación pública³⁴, porque tiene una finalidad material y social superior, que excede las fórmulas jurídicamente establecidas, toda vez que las obras, bienes y servicios contratados deben ser los que se requieren en atención al Plan Anual de Adquisiciones en concordancia con los planes y proyectos definidos por la entidad; que existan los recursos para su plena ejecución (Certificado de Disponibilidad Presupuestal y posteriormente Certificado de Registro Presupuestal), que se pague por ellos lo justo de acuerdo con el mercado y las diferentes variables utilizadas para llegar a aquel justo precio (estudios de mercado, precios históricos o de referencia, entre otros mecanismos de determinación), que se cuente con los estudios previos necesarios, realizados en términos racionalmente económicos de tiempo, uso y compromiso de los recursos públicos y, además, que se entreguen al servicio, con garantía por un tiempo técnicamente establecido acorde con su funcionalidad³⁵.

Así, el principio de planeación no solo comporta definiciones y elementos teóricos y legales, sino que estos en materia de contratación estatal han sido aterrizados en el EGCAP con el fin de que las entidades estatales y los partícipes del sistema puedan materializarlos y por qué no decirlo, deban materializarlos en cada uno de los contratos estatales que buscan confeccionar³⁶.

32 Jaime Orlando Santofimio Gamboa, "Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública", en *Contratación estatal: estudios sobre la reforma contractual*, editado por José Luis Benavides Russi (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 42-3.

33 Colombia Compra Eficiente, *Plan estratégico*, 2-10.

34 Santofimio, "Aspectos relevantes", 42-3.

35 Aponte, "Las fallas de planeación", 177-207.

36 Este principio, entonces, tiene importantes implicaciones desde mucho antes de la convocatoria a proponer, pues en esta etapa preliminar "resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos,

•El principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia•

La materialización de aquella norma de conducta, finalmente, exige que el operador administrativo en sede aplicativa dé cumplimiento a los parámetros establecidos hoy por hoy, tanto en sede judicial-interpretativa, como legislativa en sus diferentes manifestaciones, reiterando de tal forma, que para el cumplimiento del principio de planeación no solo se debe hacer uso del concepto mismo, sino de su contenido, estructura, alcance y finalidad, para lo que deberá acudir entre otros criterios, al concepto de discrecionalidad administrativa³⁷, entendido este como el supuesto en el cual el operador administrativo en sede aplicativa completa el supuesto no determinado en la normatividad, a través de un juicio que añade una dimensión no prevista en la disposición normativa³⁸; es decir, la administración tiene un margen más o menos amplio para decidir³⁹, pero debe tomar en cuenta las circunstancias y los fines propios del servicio a su cargo⁴⁰, los cuales se traducen en garantizar a través de la compra pública los fines estatales.

Concreción y divergencias como conclusión de este capítulo

El concepto y sentido de los principios jurídicos en los sistemas normativos constituyen importantes piezas del rompecabezas, necesarias para la articulación

análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, proyecciones, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; [y] (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deben satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar". Sentencia del 1 de diciembre de 2008. Referencia: Radicado No. 85001-23-31-000-1997-00423-01(15603). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

37 Respecto a la definición y alcance del concepto de discrecionalidad administrativa, puede consultarse: (i) Miguel Sánchez Morón, *Discrecionalidad administrativa y control judicial* (Madrid: Tecnos, 1994); (ii) Mariano Bacigalupo, *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución* (Madrid: Marcial Pons, 1997), (iii) Hugo Alberto Marín Hernández, *Discrecionalidad administrativa* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007) y, (iv) Tomás Ramón Fernández, *De la arbitrariedad de la administración*. 4ª ed. (Madrid: Civitas, 2008).

38 Bacigalupo, *La discrecionalidad*, 33-4, 183-7.

39 Grethel Arias Gayoso, "A vueltas con la discrecionalidad administrativa". *Revista Novum Jus*, n.º 4 (2010), 127-50.

40 Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Compendio de derecho administrativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 643-4.

normativa y práctica en múltiples ramas del derecho, al menos en lo que respecta al análisis de cómo aplicar el derecho, como instrumento para satisfacer los postulados que persigue una colectividad.

En consecuencia, existe una importante distinción entre un principio y la regla jurídica, pues a pesar de que ambos constituyen importantes elementos normativos en determinado ordenamiento jurídico, las reglas poseen una estructura clara e inequívoca, la cual se debe cumplir o no, mientras que los principios, como se dejó visto anteriormente, poseen una naturaleza dinámica, la cual se concreta en cada caso particular.

En lo que respecta al principio de planeación, se indica que el mismo a pesar de su inexistencia normativa a través de la cual se le otorgue tal categoría, lo cierto e indiscutible es que a partir de construcciones no efectuadas por el legislador, el mismo hoy tiene toda la vocación de ser exigible, más si se tiene en cuenta que este principio se encuentra inmerso en todas las actividades estatales y la misma compra pública, ya que el fin que persigue es una actividad estatal.

Así, en materia de compras públicas se vio cómo aquel principio resulta ser de total relevancia para la actividad contractual, tanto desde el plano teórico como práctico. Su naturaleza está en constante construcción, dada la necesidad de ajustarse a los constantes cambios exigibles en la práctica desde todos los frentes, incluyendo entre otros, los cambios del mercado, técnicos y tecnológicos.

Esta es la importancia trascendental del principio de planeación, pues a diferencia de las reglas –las cuales valga la pena señalar redundan en materia contractual– no establece supuestos explícitos, pétreos y de cumplimiento total o incumplimiento, sino que por el contrario posee una estructura totalmente cambiante, en constante ajuste y reedición, dada su propia naturaleza jurídica.

En este contexto, entre otros instrumentos de planificación, los estudios y documentos previos resultan hoy por excelencia ser la forma en la cual se materializa el principio de planeación, los cuales poseen precisas órdenes impartidas a los gerentes públicos y los operadores administrativos de la compra pública, con lo que se busca analizar las condiciones de tiempo, modo y lugar necesarios para efectuar una compra pública de forma efectiva, pero más que ello, eficiente.

La contratación pública hoy en Colombia ha sido estigmatizada por quienes son concedores del propio sistema de compras públicas, como por los ciudadanos del común, siendo cuestionable en parte, debido a la inexistente o defectuosa

•El principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia•

planificación de la misma. Al materializar este principio rector de forma eficiente y con especial sujeción a lo exigido por el ordenamiento jurídico y los cambios del mercado, técnicos y tecnológicos, se podrá mejorar significativamente la forma en la cual se ve al sistema y su utilidad en el proceso de garantizar el interés general.

No obstante lo anterior y la relevancia de aquella norma de conducta exigible en materia de compras públicas y su forma de materialización, es menester que el ordenamiento jurídico establezca con total claridad la existencia, concepto y alcance de este principio, no porque no se pueda aplicar en la práctica como se ha venido haciendo en el ordenamiento nacional a lo largo de muchos años, sino por temas de seguridad jurídica, tanto para los gerentes públicos como para los operadores del sistema de compras públicas y quienes ejercen los respectivos controles establecidos en el ordenamiento jurídico del país.

Por último y a fin de no desconocer la practicidad en materia de compras públicas, es deber señalar que la aplicación del principio de planeación, dada su textura abierta y de desarrollo y cambio continuo, merece ser entendida según la lógica de una potestad estatal discrecional, que les permita a los gestores de la cosa pública, concretizar su contenido, estructura, alcance y finalidad, teniendo en cuenta para tales efectos los límites teóricos y prácticos aplicables a aquella potestad.

EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN A LA LUZ DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Presentación

La legislación en sus diferentes manifestaciones en materia de compras públicas posee importancia capital en el ordenamiento jurídico colombiano, sin embargo, resulta más importante la interpretación que de ella efectúan los jueces en sus providencias, dada la mutación que en el sistema han tenido las fuentes del derecho, según lo enuncia el artículo 230 constitucional.

En consistencia con la idea expuesta anteriormente, en este capítulo se presenta en un primer momento la visión que ha tenido el Consejo de Estado, especialmente la Sección Tercera, respecto al concepto, alcance y entendimiento del principio de planeación, a pesar de su inexistencia normativa en el Estatuto Contractual. Posteriormente, se presentará la visión que ha tenido el Consejo de Estado respecto del principio de planeación y cómo a través de su entendimiento jurisprudencial ha extendido el acatamiento del mismo, ya no únicamente respecto al Estado, sino y no menos importante, en algunas ocasiones, respecto de los proponentes y luego contratista, con lo cual ha modificado su entendimiento y exigibilidad, otorgándole una doble dimensión a aquel principio.

Finalmente y sin pretender realizar un estudio profundo, se hacen algunas anotaciones acerca de la posibilidad de declarar la nulidad del negocio jurídico estatal cuando en el giro de un contrato estatal, no se cumpla el principio de planeación, lo cual requiere de un particular tratamiento, dado el riesgo y la falta de determinación legal en cuanto a la causa de tal declaratoria, esto de la mano de la presentación de las consecuencias propias de la declaratoria de nulidad de los negocios jurídicos, establecidas en las normas sustanciales que regulan los contratos estatales, es decir, por una parte las normas civiles y comerciales y por otra, las que fija de forma puntual el EGCAP.

El principio de planeación y su entendimiento por parte del juez contencioso administrativo

Respecto a la interpretación judicial que ha realizado el Consejo de Estado del principio de planeación, se considera que la misma ha resultado ser de vital importancia para analizar este parámetro de conducta, pese a que como ya se sostuvo anteriormente en este estudio, aquel no posee un parámetro legal que lo adopte.

Para la Sección Tercera del Consejo de Estado el principio de planeación es un parámetro de obligatorio acatamiento por parte de las entidades públicas que busquen la adquisición de bienes, servicios y obras, dados los intereses involucrados en el ejercicio de la actividad contractual.

Partiendo de aquella premisa, a continuación se presentarán algunos casos respecto a la concepción que ha tenido el Consejo de Estado, sobre el principio de planeación en sede aplicativa, para lo cual se adoptará una metodología especial, relacionada con presentar por un lado los elementos fácticos del caso, para posteriormente enunciar la razón de la decisión adoptada por aquella Corporación.

Tabla 1. Exposición de casos: el principio de planeación y su entendimiento por parte del Consejo de Estado

<p>Fundamentos fácticos</p>	<p>Caso A.</p> <p>La sociedad Big Company Services Ltda. era una persona jurídica constituida con el objeto de proveer alimentos a entidades públicas y privadas. En compañía de otras organizaciones creó y propuso al Ministerio de Justicia una serie de servicios integrales, denominados Plan Nacer, cuyos fines eran, entre otros, suplir las necesidades alimenticias, suministrar trabajo y capacitar a los internos de las cárceles del país.</p> <p>El Ministerio de Justicia abrió entonces una licitación pública con el objeto de contratar el suministro de desayunos, almuerzos y comidas a la población carcelaria colombiana. La sociedad Big Company Services Ltda. presentó propuesta, que luego de ser evaluada de acuerdo con los criterios del pliego de condiciones respectivo, resultó ser la mejor.</p> <p>El 3 de agosto de 1993 por medio de la Resolución 1915, el ministro de Justicia “en ejercicio de sus facultades legales y en especial las que confiere el artículo 42 del Decreto 222 de 1983”, resolvió declarar desiertas algunas licitaciones públicas. Al efecto invocó lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 42 del Decreto 222 de 1983, pero no explicó, ni motivó la inconveniencia que adujo. Por lo anterior, no se le adjudicó ni se procedió a suscribir el contrato estatal respectivo con la empresa Big Company Services Ltda.</p> <p>La sociedad comercial en cuestión demandó al Ministerio de Justicia a fin de que se le indemnizara a título de lucro cesante y daño emergente, por la decisión adoptada por la entidad estatal.</p>
<p>Razón de la decisión</p>	<p>Argumentos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. “La administración no está facultada para declarar desierta una licitación cuando las razones que invoca están por fuera de la ley, lo cual también permite afirmar que a las entidades públicas contratantes no les asiste competencia legal para declarar desierta una licitación con el objeto de salvar o enmendar un error cometido por ellas mismas en la planeación del procedimiento de selección del contratista”⁴¹.

Continúa →

41 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 1993-09448 de 2010 C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

Razón de la decisión	<p>2. En cumplimiento del principio de planeación la entidad debió evaluar y definir la inclusión en el pliego de la exigencia que, tardíamente, invocó el director de prisiones, a cuyo efecto debió adelantar los estudios de conveniencia, pertinencia y oportunidad correspondientes antes de disponer, siquiera, la apertura del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual, y no después como lo hizo en el caso que se examina.</p> <p>3. Para que un proceso de selección sea declarado desierto debe responder cuando se acude a la causal de inconveniencia a los siguientes postulados: (i) el acto administrativo que se fundamenta en la causal de inconveniencia que se estudia debe motivarse, esto es, explicar las razones de inconveniencia de las propuestas; y (ii) la administración no puede “adoptar decisiones arbitrarias o infundadas”, siempre deben existir elementos de juicio suficientes para concluir que las razones de inconveniencia se presentaron y que la declaratoria de desierto de una licitación se ajusta a los fines del interés público y a los principios que orientan la función pública.</p>
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.
Fuente	Radicado No. 25000-23-31-000-1993-09448-0116432, 14 de abril de 2010.
Fundamentos fácticos	<p>Caso B.</p> <p>“La sociedad comercial RUMIE R.C. LTDA., suscribió con el Municipio de Ciénaga el 29 de diciembre de 1997 un contrato cuyo objeto lo constituyó la construcción del Teatro Municipal, en los términos y condiciones previstos en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 0001 de 1997”. Una vez perfeccionado el contrato, la entidad demandada “no realizó las apropiaciones y reservas presupuestales correspondientes para iniciar la ejecución; tampoco se pronunció sobre la aprobación de las pólizas constituidas por el contratista y no hizo el pago del anticipo al contratista”⁴²</p>

Continúa
→

.....
42 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Expediente: 24.699. C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

Fundamentos fácticos	La sociedad comercial acudiendo a los supuestos normativos demandó al municipio de Ciénaga (Magdalena) a fin de que se declarará el incumplimiento del contrato estatal y, por ende, se procediera a reconocer la indemnización plena de perjuicios por la actuación de la entidad estatal.
Razón de la decisión	Argumentos: De la valoración del contrato aportado con la demanda sumada al indicio grave por la conducta procesal asumida en el curso de la primera instancia por el municipio demandado se puede concluir que los principios de buena fe, economía y planeación no fueron observados por la administración municipal de Ciénaga, sencillamente porque sin previsión alguna contrató la construcción del teatro municipal, omitiendo asegurarse previamente de contar con las partidas presupuestales necesarias para satisfacer la contraprestación propia de este tipo de negocios, no obstante lo cual, dio al contrato la apariencia de contar con la disponibilidad necesaria para cumplir con los compromisos derivados de su ejecución.
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.
Fuente	Radicado No. 47001-23-31-000-1999-00769-01(24699), 16 de agosto de 2012.
Fundamentos fácticos	Caso C. Se celebró entre la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y la sociedad comercial Blaelma y Arkakay Ltda. y otros contratos de arrendamientos, cuyo objeto consistió en entregar por parte de la entidad estatal en calidad de arrendamiento locales comerciales ubicados en el Aeropuerto El Dorado, con plazo de cinco años que venció en el año 2000, por lo cual y como parte de las pretensiones se solicitó la renovación o prórroga automática de los correspondientes contratos, dado que por iniciativa de la entidad contratante se buscaba cambiar las condiciones contractuales iniciales a través de la suscripción de nuevos contratos.
Razón de la decisión	Argumentos: 1. La prórroga o renovación automática en materia de contratación estatal, a pesar de encontrarse y aplicarse por disposición de las normas civiles y comerciales a los negocios jurídicos, no tiene vocación de ser implementada en acuerdos de voluntades estatales.

Razón de la decisión	2. En contratación pública resulta improcedente el nacimiento del derecho a la renovación del contrato de arrendamiento de un local comercial, por cuanto esa prerrogativa del derecho comercial se opone a los principios de planeación de hacienda pública y de la gestión de los bienes y recursos del Estado y en su caso, a los principios propios del servicio público que se presta con determinados bienes.
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C. P. Dr. Hernán Andrade Rincón.
Fuente	Radicado No. 25000-23-26-000-2001-01477-01(29851), 29 de octubre de 2014.

De los anteriores casos presentados, resulta una conclusión precisa, la cual se concretiza en indicar que el eje transversal de los contratos estatales y sus diferentes dificultades en la selección del contratista o en la ejecución del negocio jurídico, responde a la aplicación irregular de aquella norma de conducta, estructural en el campo de los negocios jurídicos estatales.

En otros términos, los principios, entre los cuales se encuentra el de planeación, son soporte estructural del sistema, puesto que puntualizan los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interesa al derecho, por lo cual se convierten en pautas hermenéuticas y de interpretación para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas, y por tal constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas⁴³.

Así sostiene la Sección Tercera del Consejo de Estado:

El principio de la planeación o de la planificación aplicado a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y la legalidad, procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual

.....
 43 Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Referencia: Radicado No. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25410); 1100-10-326-000-2003-000-71 - (26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00 (28244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31447) Acumulados. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

•El principio de planeación a la luz de la jurisdicción contenciosa administrativa.

la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales; es decir, en violación del principio de legalidad [...] *Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable* y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales⁴⁴ (cursiva por fuera del texto original).

En otra oportunidad puntualizó el máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa:

El principio de planeación que, como pilar de la actividad negocial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración. Para lograrlo, se debe velar igualmente por el cumplimiento del principio de publicidad en virtud del cual se debe poner a disposición de los administrados, las actuaciones de la administración, con el objetivo de garantizar su transparencia y permitir la participación de quienes se encuentren interesados. Finalmente, la efectividad del principio de igualdad “depende de un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la administración [...]”⁴⁵.

44 Sentencia del 1 de febrero de 2012. Referencia: Radicado No. 66001-23-31-000-1999-00435. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

45 Sentencia del 31 de enero de 2011. Referencia: 17767. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dra. Olga Mérida Valle de la Hoz.

De la interpretación judicial que ha realizado el Consejo de Estado, se colige que aquel juez natural del contrato estatal concibe a pesar de su falta de mención expresa, que el principio de planeación es la piedra angular del sistema de compras públicas y, en tal circunstancia, le imprime su obligatoriedad en los procesos contractuales que realiza el Estado, esto de la mano del principio de legalidad que debe imprimir todas las actuaciones del Estado, como máxima del Estado de derecho.

Así, resulta para el Consejo de Estado que la planeación se convierte en marco jurídico de la contratación pública cuando se asume como requisito legal para contratar y al mismo tiempo es el medio que posibilita que las obras, bienes y servicios se realicen desde el mandato del contrato como ley para contratantes y contratistas⁴⁶.

Contrario a lo que se considera aquí, acepta que el énfasis de la planeación está en la etapa previa a la celebración, en los estudios previos, planos, diseños, proyecciones que permitan definir los términos de referencia de la contratación, la determinación técnica, económica, financiera, legal, política, social y ecológica del objeto del contrato, siendo necesario puntualizar que en criterio del autor del presente libro, el principio de planeación si bien es cierto se realiza en la etapa precontractual de los diferentes procesos de contratación⁴⁷, ello no significa que solo en esta etapa sea importante, sino que por el contrario la aplicación del postulado de planeación debe incidir en toda la vida del negocio jurídico estatal.

En otras palabras, el principio de planeación se constituye en piedra angular no solo de la etapa precontractual, sino además y no menos importante, de las etapas

46 Además, la Corte afirmó que el principio de planeación está directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre concurrencia. Por un lado, se asocia con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración, fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. Sentencia 300 de 2012. Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

47 "La planeación constituye una fase previa y preparatoria del contrato, que determina su legitimidad y oportunidad para la consecución de los fines del Estado y permite políticamente su incorporación al presupuesto por cuanto la racionalidad de los recursos públicos implica que todo proyecto que pretenda emprender la Administración Pública debe estar precedido de un conjunto de estudios dirigidos a establecer su viabilidad técnica y económica, así como el impacto social que ésta tenga en la satisfacción de las necesidades públicas. Se trata de obtener una sólida justificación del gasto público con el objeto de lograr un manejo óptimo de los recursos financieros del Estado". Sentencia del 25 de febrero de 2009. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

•El principio de planeación a la luz de la jurisdicción contenciosa administrativa.

subsiguientes, es decir, de la selección del contratista, de la ejecución y desarrollo del contrato estatal y por qué no decirlo de la fase de liquidación del negocio jurídico⁴⁸.

La aplicación irrestricta del principio de planeación implica que los contratos estatales se ejecuten de conformidad con lo que fueron planeados y de tal forma evitar reclamaciones desde el punto de vista judicial, como ha sucedido en múltiples casos.

Ahora bien, para el Consejo de Estado es claro que el principio de planeación, con las precisiones respecto de su consignación legal, es un supuesto de orden legal que debe ser aplicado por las entidades estatales en cualquier orden o nivel al cual pertenezca, constituyendo de forma tal, un supuesto de orden obligatorio al confeccionar los contratos de la administración.

Así las cosas, el principio de planeación resulta ser fundamento de los contratos estatales, no siendo por tal razón un elemento sin el cual pueda pensarse administrativa o judicialmente estos y lo cual implica su observancia por parte en un primer momento de la administración pública, pero también y no menos importante, por parte del proponente y luego contratista, tal y como se pasará a presentar más adelante.

El principio de planeación visto como un postulado de doble dimensión por parte del juez contencioso administrativo

Para el Consejo de Estado el concepto, alcance y delimitación del principio de planeación resultan ser la piedra angular para la confección de los contratos estatales, lo cual implica necesariamente que el pensar el contrato como instrumento para el cumplimiento de los fines estatales inmersos en la contratación estatal, implica mucho más que pensar en contratar simplemente.

Tal postura se acompaña –en algunos casos– de una posición en donde se le otorga a aquella norma de conducta una doble dimensión, no respecto de su concepto, pero sí en cuanto a su alcance, pues dicha norma de conducta inicialmente

.....
48 Esta posición también la comparte Luis Guillermo Dávila Vinuesa, al decir que: “Antes del conocimiento público de los procesos de selección, existe una fase preparatoria en la que interviene exclusivamente la Administración. La Ley 80 de 1993 confiere singular importancia a esta etapa pues entiende que las equivocaciones que se presentan incidirán negativamente durante la ejecución del contrato. De lo que se trata, entonces, es de realizar lo necesario para que una vez seleccionado el contratista y celebrado el contrato, pueda ejecutárselo de manera inmediata, evitando demoras por la ausencia de requisitos o condiciones necesarias para el cumplimiento de su objeto”. Luis Guillermo Dávila Vinuesa, *Régimen jurídico de la contratación estatal* (Bogotá: Legis, 2016), 195. Véase Expósito, *Forma y contenido*, 52 y ss.

exigible a las entidades estatales con todos los rigorismos que impone el ordenamiento jurídico contenido en el EGCAP y la jurisprudencia, también hoy por hoy, debe ser exigible –en algunos casos–, en principio a los proponentes y posteriormente a los contratistas del Estado, dado su conocimiento y experticia en la materia objeto de la contratación de la cual participan.

Respecto a esta posición a continuación se presenta un caso en el cual el Consejo de Estado asume esta posición:

Tabla 2. Exposición de casos: la doble dimensión del principio de planeación dada por el Consejo de Estado

<p>Fundamentos fácticos</p>	<p>El 20 de diciembre de 2001 se suscribió entre la sociedad Vías y Construcciones S. A. y Metrovivienda el contrato No. ST-060-01, cuyo objeto era “la construcción de la tercera etapa de las obras de urbanismo secundario para la ciudadela El Recreo y la Avenida Bosa, entre la Ciudadela El Recreo y la Avenida Tintal inclusive, localidad Bosa”.</p> <p>La empresa instauró demanda contractual en contra de la entidad estatal, teniendo como fundamento la ruptura del equilibrio económico del contrato a causa de la deficiente planeación de la entidad contratante, pues en el caso en concreto, algunas de las especificaciones y requerimientos técnicos establecidos por la entidad en la etapa de selección del contratista, resultaron de imposible cumplimiento en la fase de ejecución del negocio jurídico estatal, lo cual implicó que el contratista asumiera mayores costos al ajustar su actuar a las especificaciones y requerimientos técnicos.</p>
<p>Razón de la decisión</p>	<p>Argumentos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. “Los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, a quien también le resultan exigibles severas cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, conducen a deficiencias en la configuración económica de la propuesta que le privan de obtener las utilidades que esperaba alcanzar como resultado de la ejecución del contrato”.

Continúa →

<p>Razón de la decisión</p>	<ol style="list-style-type: none"> 2. En este contexto, no puede escudarse el contratista “tras el ficticio ropaje de desbalances sobrevenidos en la ecuación financiera del negocio, pues en tal tipo de eventos las circunstancias en cuestión debieron haber sido previstas y planificadas por el contratista como experto y conocedor de las artes o actividades en el marco de las cuales ofrece sus servicios a la entidad estatal”⁴⁹. 3. El gran inconveniente que suscitó la problemática radicó en que la sociedad actora no previó –habiendo, sin dificultad, podido y debido hacerlo– que las condiciones físicas, naturales o económicas que podrían determinar la adquisición de los materiales, ya en el momento de ejecución de las obras, eran susceptibles de variar, que las fuentes de extracción de materiales o de adquisición de los elementos posiblemente no estarían en condiciones de ofrecerlos durante todo el tiempo en el que se los necesitare y que, en consecuencia, se tornaba indispensable adelantar averiguaciones suficientes antes de preparar la oferta y prever alternativas que impidieran que pudiese dificultar o, peor aún, suspender la marcha de los trabajos, como infortunadamente acaeció. 4. Los costos de esas averiguaciones y de la inclusión de las alternativas debieron verse reflejados en las ofertas –los pliegos de condiciones en el asunto, de hecho, expresamente invitaban a que así ocurriese– y pasar a integrar la ecuación financiera del contrato, pues en modo alguno pueden catalogarse como eventos o riesgos imprevisibles o ajenos a la actividad propia de las partes. 5. La disponibilidad de los elementos requeridos para construir tramos de carretera, los sistemas de acueducto, la mutabilidad de las circunstancias geológicas en las canteras, entre otros, son asuntos que sin mayores problemas pueden y deben ser anticipados por los profesionales del ramo y la sociedad demandante, a no dudarlo, se presentó como experta en la ejecución de obras similares.
<p>Corporación</p>	<p>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C. P. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico</p>
<p>Fuente</p>	<p>Radicado No. 25000-23-26-000-2003-01742-01(34454), 28 de enero de 2016.</p>

.....
49 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Referencia: Radicado No. 73001-23-31-000-1999-00536-01(22471). C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En este contexto, el deber de planeación no solo debe ser puesto en práctica por las entidades estatales en su calidad de contratantes o en términos de la Agencia Nacional de Contratación Pública de Colombia Compra Eficiente⁵⁰ “compradores públicos” y, por ende, de responsables del manejo de los recursos públicos⁵¹, sino también por los propios contratistas, quienes en su papel de colaboradores de la administración⁵² en la actividad contractual, deben obrar conforme con este principio, omisión que trae consecuencias bastante particulares.

Así lo sostiene el Consejo de Estado:

No debe olvidarse que a las voces del inciso 2° del artículo 3° de la Ley 80 de 1993 los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse.

Mucho menos podrán pretender los contratistas, en este último caso, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos [...] ⁵³.

.....
50 A través del Decreto Ley 4170 de 2011 el Gobierno nacional creó la agencia Colombia Compra Eficiente, la cual de acuerdo con el capítulo primero se concibió como una entidad descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación y cuyo principal objeto es desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas orientadas a la organización y articulación de los participantes en los procesos de compras y contratación pública, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

51 Sentencia del 1 febrero de 2012. Referencia: Radicado No. 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

52 De conformidad con Colombia Compra Eficiente, los actores del mercado del sistema de compras públicas son los compradores públicos, las entidades estatales, los proveedores, los organismos de control, los jueces y Colombia Compra Eficiente, como principal del sistema. Los otros actores son los organismos multilaterales, las universidades, las organizaciones de la sociedad civil, los medios de comunicación, entre otros. Colombia Compra Eficiente, *Plan estratégico*, 2-10.

53 Sentencia del 24 de abril de 2013. Referencia: Radicado No. 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

•El principio de planeación a la luz de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Esta interpretación del máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa en la actualidad implica que el mismo también puede, en determinados casos, ser exigible a los colaboradores del Estado, aunque con matices se supone diferentes a los exigidos a las entidades estatales.

En otras palabras, el principio de planeación no solo, ha dicho el Consejo de Estado, mira hacia la administración, sino además y de forma especial a los proponentes y luego contratistas del Estado, quienes se encuentran en la obligación natural y lógica de planificar las acciones y gestiones necesarias para cumplir cabalmente sus prestaciones, informándose sobre las gestiones, proyectos e iniciativas que la administración esté promoviendo a efecto de proponer, si es del caso, ofertas de contratos capaces de responder a las expectativas de la administración, siendo lo más importante que aquellos actúen de buena fe y con pericia respecto de su actividad habitual⁵⁴.

Dicha exigencia al colaborador de la administración, por lo que expresa el Consejo de Estado, comporta que este debe ser diligente, riguroso y serio a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, pues la oferta partiendo de la lógica de que responda a lo planeado por la entidad estatal, puede conducir entre otras muchas circunstancias, a la configuración de deficiencias en la configuración económica de la propuesta que le privan de obtener las utilidades que esperaba alcanzar como resultado de la ejecución del contrato o la ejecución tardía o defectuosa de la obra, bien o servicio o con mayores costos económicos, diferentes a los imprevistos y que deberían haber respondido a la planeación debida.

La anterior interpretación se cimienta en la idea válida de que el proponente y luego contratista es el que, por su actividad habitual y diaria, conoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se podrá garantizar la prestación del servicio, bien u obra que requiere determinada entidad estatal, en términos de calidad idónea y precio justo. Argumenta la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que en:

[...] la fase de planeación de la contratación –antes de la apertura de los procesos de selección– el responsable principal de la calidad y veracidad de la información es la entidad estatal, porque ella elabora, corrige, perfecciona y luego exhibe o publica,

.....
 54 Al respecto puede confrontarse la Sentencia del 21 de agosto de 2014. Referencia: Radicado No. 11001-03-15-000-2013-01919-00(AC). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. C. P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

para lectura de los futuros oferentes, los datos de los cuales se servirán. En este horizonte, los documentos que elabora la entidad –bien con su personal o con personas contratadas para ese propósito– son: convocatorias o invitaciones públicas a participar, presupuesto de costos, estudios técnicos –suelos, hidráulicos, prediales, etc.–, análisis de oportunidad y conveniencia –que incluye un estudio especializado de riesgos–, diseños, planos, proyecto de pliego de condiciones y pliego definitivo de condiciones. Conforme a lo expresado, la armonía de la información que tiene cada documento –al interior de sí mismo–, y sobre todo en relación con los demás, es una exigencia de calidad imputable a la entidad, de ahí que se haga responsable de sus defectos, por lo menos como regla general. En esta instancia del procedimiento de selección, los particulares interesados en la futura contratación prácticamente no tienen injerencia en la producción de información, porque a la entidad le corresponde definir –con amplia discrecionalidad, técnica y jurídica– qué contrato desea celebrar, qué especificaciones técnicas exigirá –usualmente determinadas por la necesidad material y por la capacidad de pago– y en qué condiciones financieras se comprometerá con el adjudicatario. La idea expresada es directamente proporcional a la responsabilidad que surge por la existencia de fallas o defectos derivados de la calidad y precisión de la información, de manera que, como principio, quien elabora la información asume los yerros que contenga. De esta manera, por el dato incorrecto responde quien lo elabora –dato errado– y también por el dato contradictorio –dato incongruente en el mismo escrito o en distintos documentos–, sobre todo si pretende que los destinatarios de la información los admitan y elaboren nueva información con ellos: la oferta [...] *la premisa trazada no es absoluta ni infalible, aunque constituye la regla general, porque sucede –con alguna frecuencia– que la información, pese a que la elabora una parte del negocio, no vincula de manera necesaria, fatal e imprescindible a la parte interesada en el negocio, es decir, puede separarse, incluso en ocasiones tiene el deber de revisar, examinar, hasta corregir la información suministrada, porque posee mejores datos y conocimiento del negocio y su alcance. No obstante, la anterior excepción a la regla exige un análisis detallado de lo que sucede en la etapa precontractual que da origen al negocio, para establecer con certeza y justicia si la carga fuerte que radica en cabeza de quien elabora la información debe romperse y trasladarse a quien ofrece ejecutar el contrato. Incluso, la prudencia e imprudencia al actuar y la buena o mala fe inciden en la determinación de la responsabilidad que se insinúa en la etapa precontractual, o con ocasión del trato, o en la relación entretejida por las partes [del] negocio futuro*⁵⁵ (cursiva por fuera del texto original).

55 Al respecto puede confrontarse la Sentencia del 12 de agosto de 2014. Referencia: Radicado No. 25000-23-26-000-1995-10866-01(26332). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Enrique Gil Botero.

•El principio de planeación a la luz de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Como se puede apreciar de la cita jurisprudencial y lo señalado en párrafos anteriores, para compartir con el contratista la responsabilidad que en principio le asiste a la administración pública, en su deber de elaborar estudios y documentos previos durante el proceso de contratación, es indispensable que se demuestre que dicho proponente favorecido al final del proceso de selección con la adjudicación del contrato estatal, actuó negligentemente o de mala fe, los cuales son supuestos que corresponde analizar en cada caso en concreto.

No obstante, tal atribución de responsabilidad a cargo del contratista del Estado, no tiene vocación de ser aplicada, pues resulta ser desproporcional a los intereses de este y del principio de legalidad que regulariza las relaciones estatales, tal como lo sostiene el Consejo de Estado en múltiples pronunciamientos al señalar que la falta o indebida planeación en los procesos de contratación, es responsabilidad de las entidades que tienen a su cargo el cumplimiento de este parámetro medular de la actividad contractual.

De lo dicho hasta aquí, se puede apreciar que judicialmente el Consejo de Estado ha fijado unas pautas para otorgarle en algunos casos, un alcance jurídico al principio de planeación e igualmente establecer parámetros judiciales para la atribución de responsabilidad por el incumplimiento de aquel postulado superior en materia de compras públicas, lo que viene de transformar la dimensión inicial del principio en estudio.

Por otra parte, instituye criterios que, aunque válidos jurídicamente, no se comparten aquí, al determinar la posibilidad de que los colaboradores de la administración en materia de compras públicas eventualmente puedan ser responsables por infringir el principio de planeación, cuando en realidad y desde el punto de vista legal, tal comportamiento y actividad está en cabeza de las entidades estatales o compradores públicos.

En resumen respecto de este tópico, de concluirse judicialmente que el contratista en algunos casos, pudo conocer esa situación y advertir a la administración de la deficiencia existente en la planeación estatal (es decir, actuó con negligencia o de mala fe), tendría que hacerse responsable por lo sucedido en la ejecución contractual o en su defecto, compartir con la administración la responsabilidad de ello. Así, en términos del Consejo de Estado, la obligación de cumplir el principio de planeación comprende naturalmente la fase precontractual y tanto la administración como los interesados, grupo del que saldrá el contratista,

tienen que saber y conocer todos los detalles del contrato, en especial, las condiciones iniciales de ejecución⁵⁶.

Finalmente y sin pretender realizar un estudio profundo de este tema, se realizarán algunas anotaciones respecto a la concepción que ha adoptado el Consejo de Estado al considerar que la validez del contrato estatal y su consecuente declaratoria de nulidad por vía judicial, pueden darse eventualmente por la ausencia o deficiencia de la planeación de los negocios estatales⁵⁷.

El principio de planeación y su inobservancia como elemento constitutivo de la declaratoria de nulidad judicial del contrato estatal

Respecto de esta temática el Consejo de Estado en posición que ha sido acogida en varios pronunciamientos y cuyo máximo defensor ha sido el consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa⁵⁸, ha señalado que el principio de planeación establece pautas vertebrales en el devenir contractual, el cual busca garantizar la finalidad de aquel instrumento de gestión administrativa y sin el cual y según la aplicación de las normas establecidas en el EGCAP, al referirse a las causales de nulidad absoluta de los contratos y su interdependencia con las normas sustantivas de los contratos estatales, esto es, las normas civiles y comerciales, aquellos negocios jurídicos se encuentran revestidos eventualmente de nulidad absoluta⁵⁹.

Tal posición parte del hecho de que el principio-deber de planeación es un auténtico marco jurídico en la confección de los contratos del Estado, el cual resulta ser de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades al confeccionar

.....
56 Sentencia del 21 de agosto de 2014. Referencia: Radicado No. 11001-03-15-000-2013-01919-00(AC). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. C. P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

57 En cuanto la declaratoria de nulidad del contrato estatal por violación al principio de planeación puede consultarse: (i) Sentencia del 1 de diciembre de 2008. Referencia: Radicado No. 850012331000 0423 016 (15603). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dra. Miryam Guerrero de Escobar; (ii) Sentencia del 24 de abril de 2013. Referencia: Radicado No. 6800123-15-000-1998-01743-01(27315). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; y (iii) Sentencia del 20 de octubre de 2014. Referencia: Radicado No. 66001233100019990043501 (24809). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

58 Respecto a esta posición véanse los ítems (ii) y (iii) del pie de página anterior.

59 Sentencia del 31 de enero de 2011. Referencia: exp. 17767. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dra. Olga Méilda Valle de la Hoz. Este fallo reconoció el carácter sancionatorio de la nulidad absoluta del contrato estatal. Las causales de nulidad absoluta del contrato son taxativas y de interpretación restrictiva. Frente a este tema, se puede consultar la Sentencia del 29 de agosto de 2007. Referencia: exp. 15324. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

•El principio de planeación a la luz de la jurisdicción contenciosa administrativa.

sus contratos estatales, constituyéndose aquel en una auténtica norma de orden público a la que se circunscribe en sede aplicativa el Estado.

Al respecto se presentan a continuación algunos casos en los cuales se ha acogido esta posición por el Consejo de Estado:

Tabla 3. Exposición de casos: la declaratoria judicial de nulidad de los contratos por falta o indebida planeación

<p>Fundamentos fácticos</p>	<p>Caso A. El 14 de diciembre de 1994, el señor Jairo Ospina Cano y el Área Metropolitana de Bucaramanga celebraron el contrato No. 0366-1 por medio del cual aquel se obligó a construir, por el sistema de precios unitarios, el puente peatonal de San Antonio de Carrizal. El demandante solicitó el declaratorio de nulidad de las resoluciones 220 del 30 de octubre de 1996 y 036 del 6 de marzo de 1997 mediante las cuales se liquidó unilateralmente el contrato en cita.</p> <p>El contratista procedió a presentar demanda contenciosa administrativa y solicitó la nulidad del acto administrativo que liquidó el contrato. También exigió la declaratoria de que el contrato se encontraba vigente (pues no fue terminado legalmente) y que se declarara que el demandado incumplió el contrato porque no suministró los predios en los que se iba a ejecutar la obra, porque realizó la liquidación unilateral de manera indebida y porque no canceló los trabajos ejecutados por el contratista.</p>
<p>Razón de la decisión</p>	<p>Argumentos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando por ejemplo una entidad estatal celebra un contrato para ejecutar una obra pública en un lapso de tiempo muy corto (por caso 60 días) “y al momento de la celebración del negocio ni siquiera ha entrado en negociaciones con los propietarios de los terrenos sobre los cuales la obra se va a hacer, ni ha adelantado diligencia alguna para su adquisición [...], es obvio que en ese contrato se faltó al principio de planeación de tal manera que desde ese instante ya es evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse en el tiempo acordado y por consiguiente infringen la ley no sólo la entidad estatal sino también el contratista al celebrar un contrato con serias fallas de planeación puesto que todo indica que el objeto contractual no podrá realizarse [...]”⁶⁰.

Continúa →

60 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia 2007-00355. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Razón de la decisión	<ol style="list-style-type: none"> 2. En este caso se estará en presencia de un contrato con objeto ilícito, porque se están contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos. 3. En el asunto que se revisa está plenamente demostrado que en el contrato se violó el deber de planeación, toda vez que él se celebró sin haber adquirido los predios sobre los cuales se construiría el puente peatonal, ni haber adelantado las diligencias necesarias para ello, a pesar de que se pactó como plazo de ejecución de la obra un lapso de tiempo muy breve (sesenta días) que las partes convinieron, lo que desde ese momento ya indicaba, como efectivamente ocurrió, que la obra contratada no podría ejecutarse en esas circunstancias y en ese plazo. 4. En efecto, el plenario da cuenta de que más de dos años después de haber sido celebrado el contrato, los terrenos no habían sido adquiridos en su totalidad, tal como se deduce de la comunicación del contratista del 4 de febrero de 1996 y de que la obra finalmente no se construyó. 5. La violación del deber de planeación determina aquí la nulidad absoluta del contrato, ya que se infringieron los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; los numerales 6, 7 y 11-14 del artículo 25; el numeral 3 del artículo 26, los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y el artículo 2 del Decreto 1 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el propósito de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
Fuente	Radicado No. 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315), 24 de abril de 2013.

<p>Fundamentos fácticos</p>	<p>Caso B. El 27 de junio de 1994 la sociedad comercial Conconcreto S. A. y el Instituto Nacional de Vías celebraron el contrato No. 352 en virtud del cual aquel se obligó a ejecutar para este, por el sistema de precios unitarios, la construcción de la solución vial Pereira-Dosquebradas, Grupo III. La sociedad comercial Conconcreto S. A. a través del mecanismo judicial solicitó la declaratoria de incumplimiento a cargo de la entidad estatal demandada y en consecuencia, pidió se ordenara el reconocimiento y pago de los sobrecostos –junto con los intereses moratorios– que le generó la no actualización del valor del anticipo una vez se ordenó la reiniciación de las obras; ello con fundamento en el hecho de que la entidad pública suscribió el acta de inicio del contrato sin contar con los predios para dar marcha al proceso constructivo, lo cual acarreó mayor permanencia del contratista en la obra y mayores costos, representados en personal administrativo y arrendamiento de inmuebles.</p>
<p>Razón de la decisión</p>	<p>Argumentos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. En el caso era aplicable la nulidad absoluta del contrato con fundamento en que las partes contratantes, al celebrarlo, no habían observado el principio de planeación y, por consiguiente, se presentaba un objeto ilícito por infringir los artículos 209, 331 y 341 superiores; los numerales 6, 7 y 11-14 del artículo 25; el numeral 3 del artículo 26, los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y el artículo 2 del Decreto 1 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el objeto de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses colectivos.
<p>Corporación</p>	<p>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.</p>
<p>Fuente</p>	<p>Radicado No. 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809), 20 de marzo de 2014.</p>

De los casos expuestos, entre otros muchos, se puede afirmar que el principio de planeación constituye una auténtica norma de orden público, lo cual genera que su inobservancia sea constitutiva de la declaratoria de nulidad de los negocios jurídicos. En otros términos, al ser el principio de planeación de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en sus contratos estatales, los contratos estatales celebrados sin el cumplimiento de aquel requisito se tornan nulos por objeto ilícito, dada su obligatoriedad.

En este orden de ideas, ha señalado el Consejo de Estado al dar cumplimiento a un fallo de tutela proferido por la Sección Cuarta de aquel tribunal y en el cual se le ordenaba volver a decidir un caso en el cual había declarado la nulidad del contrato por objeto ilícito al no cumplirse de forma específica con el principio de planeación:

En primer lugar [...] no es un elemento necesario para la configuración de la nulidad absoluta que alguna o todas las partes contractuales conozcan el vicio, puesto que como lo que se protege con esa sanción es el orden público y las normas imperativas, es decir el interés general, no es tolerable ignorancia o desconocimiento alguno para eludir su protección pues lo contrario implicaría privilegiar el interés individual de quien dice desconocer o ignorar, en franco detrimento del interés general, lo cual es del todo inadmisibles [...] Cuestión diferente es que del conocimiento o de la ignorancia del vicio se deriven algunos efectos que en verdad no atañen a la estructuración de la nulidad absoluta sino a las consecuencias que produce su decreto judicial, puntualmente en lo que se refiere a las restituciones mutuas, tal como es fácil advertir con sólo darle lectura al artículo 1525 del Código Civil, empero esto en modo alguno enerva la configuración de la invalidez [...] En segundo lugar los artículos 6° y 1519 del Código Civil son las normas básicas sobre el objeto ilícito como causal de nulidad absoluta al prever respectivamente que “[...] en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa [...]” y que “hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación [...]”, lo que se traduce en que los artículos 1521, 1523 y 1741 del Código Civil y el artículo 899 del Código de Comercio son solamente aplicaciones concretas de ellos y por consiguiente toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta si, por supuesto, ella no consagra una sanción diferente. Y es que las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que mandan u ordenan y por ende la transgresión del orden público se presenta cuando se viola la que prohíbe así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una

•El principio de planeación a la luz de la jurisdicción contenciosa administrativa•

nulidad absoluta por objeto ilícito [...] Este entendimiento resulta natural y obvio, pues de no entenderse así se llegaría al absurdo de que la violación de una norma imperativa que sólo manda u ordena, pero que expresamente no prohíbe, no aparejaría sanción alguna o, lo que es lo mismo, que sería una norma inane, que manda pero no manda porque puede ser inobservada (sic) sin ninguna consecuencia [...] Así que no es cierto que para que un acto o contrato sea absolutamente nulo por objeto ilícito es indispensable la existencia de una norma que diga, expresa y sacramentalmente, que “es nulo”, como consecuencia, el acto que la contraviene, pero desde luego que lo que sí debe existir es la norma que expresamente mande o prohíba [...] Así que tampoco es cierto [...] que el desconocimiento del principio de planeación del contrato estatal jamás puede conducir a una nulidad absoluta por objeto ilícito, aunque por supuesto, no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal conduce inexorablemente a la nulidad del contrato por ilicitud de su objeto, toda vez que las falencias que producen ésta mácula en el contrato de la administración son aquellas que desde el momento de su celebración ponen en evidencia que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo [...]]⁶¹.

Nótese que la fundamentación para la declaratoria de nulidad de los contratos estatales por vía judicial y además de forma oficiosa, recae en una serie de elementos que acertadamente expone el fallo en cuestión, siendo un punto importante de resaltar que, aquellos negocios jurídicos resultan ser nulos por la inobservancia de la imperativa obligación de materializar el principio de planeación.

Así concluye la Sección Tercera del Consejo de Estado, que la viabilidad en la declaratoria de aquella sanción judicial se da cuando concurren diversos elementos como son los siguientes: (i) partiendo de la premisa de que lo que se busca es garantizar el interés general, no es requisito indispensable el conocimiento o desconocimiento que tengan las partes que conforman los extremos del negocio jurídico, respecto de la ilegalidad o de la falta e indebida planeación; (ii) que de acuerdo con las normas sustanciales que gobiernan los contratos estatales, esto es, las normas civiles y comerciales, toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta,

.....
61 Sentencia del 20 de octubre de 2014. Referencia: Radicado No. 66001233100019990043501(24809). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

siempre y cuando el precepto normativo no implante una consecuencia jurídica diferente; (iii) que la declaratoria de nulidad absoluta de un contrato como lo es el estatal, no se da única y exclusivamente por una disposición normativa que así lo señale, sino además por normas jurídicas de contenido y textura abierta que manden o prohíban una actuación; (iv) que como consecuencia de lo anterior y en la misma línea interpretativa, el desconocimiento del principio de planeación del contrato estatal, al ser una norma jurídica de contenido abierto y obligatorio, puede traer como consecuencia la nulidad absoluta del negocio jurídico estatal, teniendo como causal la estructuración de un objeto ilícito; y (v) que a pesar de que la deficiente aplicación del principio de planeación puede traer como consecuencia la declaratoria de nulidad absoluta del respectivo negocio jurídico *per se*, quiere ello significar que cualquier deficiencia en la aplicación de aquel principio trae como consecuencia *sine qua non* la declaratoria de nulidad absoluta, siendo en este campo indispensable y necesario que aquella deficiencia sea tan grosera, palpable y visible que implique desde la celebración⁶² que el objeto del negocio jurídico no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y, por ende, habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo.

Estos elementos de los cuales habla el Consejo de Estado deben ser evaluados y revisados por el operador judicial en cada caso particular, so pena de satanizar cualquier deficiencia en la aplicación del principio de planeación y que traiga con ello la declaratoria judicial oficiosa de nulidad absoluta del contrato, pues una posición en ese sentido desvirtuaría el postulado superior de seguridad jurídica⁶³.

.....
62 A diferencia de lo establecido por el Consejo de Estado la deficiencia en la aplicación del principio de planeación no únicamente puede observarse al momento de celebrar el respectivo negocio jurídico, sino además desde el propio proceso de selección, así por ejemplo cuando se observa que el plazo establecido para la ejecución no resulta ser el suficiente para garantizar el cumplimiento del objeto encomendado, o el precio asignado al contrato no es suficiente para la realización de la obra o servicios, o cuando se observa que los planos y diseños no se encuentran acorde con las situaciones requeridas para dar cumplimiento al objeto contractual.

63 En relación con el concepto de seguridad jurídica, este se puede definir como un principio insertado en el ordenamiento jurídico, el cual puede aplicarse como un instrumento que conduce al análisis del derecho y sus instituciones. Por otra parte, la Corte Constitucional al exponer este concepto ha dicho que es un principio que atraviesa la estructura del Estado de derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede

•El principio de planeación a la luz de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Otro aspecto importante en este tema tiene que ver con las consecuencias que trae consigo la declaratoria de nulidad absoluta del contrato estatal de oficio, pues al declararse tal situación por el juez contencioso administrativo, ello automáticamente implica que aquel negocio nunca existió y en consecuencia las situaciones dadas al amparo contractual deben desaparecer⁶⁴.

Así, parte de una lógica el Consejo de Estado, la cual se expone de la siguiente manera: con la declaratoria de nulidad absoluta del negocio jurídico por causa ilícita, cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que recibió como prestación durante la vigencia del acto contractual, prescripciones estas que no responden a una construcción jurisprudencial del Consejo de Estado, sino a la aplicación de las normas sustanciales que determinan las consecuencias retroactivas respecto a esta institución jurídica y que están contenidas en las

invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas. “En materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado. En el plano constitucional ello se aprecia en la existencia de términos perentorios para adoptar decisiones legislativas (C.P. arts. 160, 162, 163, 166, entre otros) o constituyentes (C.P. Art. 375), para intentar ciertas acciones públicas (C.P. art. 242 numeral 3), para resolver los juicios de control constitucional abstracto (C.P. art. 242 numerales 4 y 5). En el ámbito legal, las normas de procedimiento establecen términos dentro de los cuales se deben producir las decisiones judiciales (Códigos de Procedimiento Civil, Laboral y de seguridad social, penal y Contencioso Administrativo), así como en materia administrativa (en particular, Código Contencioso Administrativo). [...] La existencia de un término para decidir, garantiza a los asociados que puedan prever el momento máximo en el cual una decisión será adoptada. Ello apareja, además, la certeza de que cambios normativos que ocurran con posterioridad a dicho término no afectarán sus pretensiones”. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-502 de 2002. M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

64 En este punto resulta vital anotar que para la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no son compatibles o similares la declaratoria de nulidad judicial del negocio jurídico estatal y la inexistencia del contrato público, pues considera que este último evento, se da cuando falta uno de los elementos necesarios para estructurar el negocio público estatal, esto de conformidad con las exigencias establecidas en las leyes civiles y comerciales y las propias del estatuto contractual estatal, lo cual en sede judicial no busca declarar aquella situación, sino únicamente y no menos importante, constatarla. Entre otros pronunciamientos relacionados con la inexistencia del contrato estatal, según los requisitos formales y materiales que reclaman las normas legales aplicables a los contratos estatales, pueden consultarse los siguientes: (i) Sentencia del 30 de julio de 2008. Referencia: Radicado No. 07001-23-31-000-1996-00511-01(15079). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra; (ii) Sentencia del 5 de octubre de 2005. Referencia: Radicado No. 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra; y (iii) Sentencia del 30 de enero de 2013. Referencia: Radicado No. 85001-23-31-000-2000-00239-01(21130). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C. P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

normas civiles y comerciales⁶⁵⁻⁶⁶, aplicables por remisión expresa a los contratos que celebra el Estado.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado ha establecido a través de sus pronunciamientos aplicables a casos, diferentes hipótesis al tema –las cuales se exponen en las siguientes líneas– y que no son propias de la declaratoria de nulidad por objeto ilícito por indebida o falta de planeación, sino que responden a las consecuencias de la declaratoria judicial en general.

Según una primera posición, expresa el Consejo de Estado que las consecuencias de la declaratoria de nulidad absoluta acarrearán jurídicamente –para las partes que celebraron el negocio jurídico– el restablecimiento de las prestaciones, lo cual podrá ser de aquella manera cuando por ejemplo el Estado ha entregado recursos al contratista y este no los ha utilizado en actividades propias de la obra, bien o servicio.

La Sección Tercera del Consejo de Estado puntualizó:

[...] es consecuencia obligada la revocación de la sentencia apelada para en su lugar decretar la nulidad absoluta del mencionado contrato y en este sentido se decidirá.

Ahora, como la administración le entregó al contratista la suma de \$11'367.829,75 a título de anticipo, se ordenará que este la restituya debidamente actualizada, teniendo en cuenta que se trata de un decreto oficioso de nulidad y que la entidad estatal no se ha beneficiado toda vez que el interés público no se ha satisfecho en medida alguna ya que el puente contratado no se construyó ni siquiera parcialmente.

De otro lado, de no ordenarse la restitución del anticipo, el contrato cuya nulidad aquí se decreta terminaría en la práctica produciendo un efecto como si fuera válido y, lo que es peor, en detrimento del patrimonio público [...]⁶⁷.

Una segunda posición del Consejo de Estado es que las consecuencias de la declaratoria de nulidad absoluta acarrearán jurídicamente –para las partes que

65 Respecto a las causales de la nulidad de los contratos estatales y sus consecuencias puede consultarse: Jorge Orlando Santofimio Gamboa, *Compendio de derecho administrativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 678-94.

66 Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Vol. II* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 749-61.

67 Sentencia del 24 de abril de 2013. Referencia: Radicado No. 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

•El principio de planeación a la luz de la jurisdicción contenciosa administrativa.

celebraron el negocio jurídico— el restablecimiento de las prestaciones mutuas, salvo que el Estado como titular y buscador de los fines estatales y el interés general haya obtenido algún beneficio por parte del contratista, por la existencia del contrato estatal anulado.

Declara la Sección Tercera del Consejo de Estado que:

Como lo expresa la Sala, “La nulidad absoluta del contrato hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada —o la cláusula pactada cuando el vicio de nulidad absoluta recae solamente sobre alguna de ellas—, para que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato anulado; cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual”.

En efecto, la declaración de nulidad absoluta de los contratos retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con anterioridad a la celebración de los mismos, y en consecuencia, se impone la obligación de reintegrar lo recibido, “inclusive a modo de cumplimiento anticipado de las obligaciones que del contrato prometido emanan, en la hipótesis, claro está, de que tales obligaciones así contraídas se hubiesen empezado a ejecutar [...] pero es evidente que existen eventos en los cuales ello no es posible, no se pueden volver las cosas al estado anterior, como sucede por ejemplo, cuando no se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes, que es el caso de los contratos de tracto sucesivo, tales como los de suministro de bienes de consumo, prestación de servicios, obra pública, concesión, etc. etc., en los cuales las prestaciones se han cumplido y no pueden restituirse”.

A propósito de los contratos sobre los que versa el caso *sub lite*, se tiene que si bien las obras no fueron totalmente ejecutadas, la administración adelantó unos pagos a título de anticipo que fueron efectivamente cobrados, y el contratista incurrió en algunos gastos con ocasión del inicio de la ejecución de las obras. Así las cosas, la Sala entiende que el contratista habrá de restituir los anticipos y la administración habrá de reconocer los gastos probados en el proceso [...] ⁶⁸.

En otro fallo la Sección Tercera del Consejo señaló: “Ahora, como finalmente la Entidad Estatal se benefició toda vez que las prestaciones cumplidas por el contratista le sirvieron para satisfacer el interés público mediante la construcción de

68 Sobre la posición en la cual pueden existir restituciones mutuas, véase Sentencia del 31 de enero de 2011. Referencia: Radicado No. 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dra. Olga Mérida Valle de la Hoz.

la obra contratada, aunque tardíamente, no hay lugar a ordenar restitución alguna dando así aplicación a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 [...]”⁶⁹.

Existe una tercera posición que resulta ser obvia y tiene que ver con la inexistencia de restitución de prestaciones a favor de alguna de las partes del negocio jurídico, lo cual puede tener génesis en dos hipótesis: la primera relacionada con que en realidad no exista ninguna restitución que realizar y la segunda, con la falta demostrativa o probatoria dentro del trámite judicial de la existencia de algo que restituir⁷⁰.

Como corolario de lo mencionado en líneas anteriores, se tiene que es una de las posiciones del Consejo de Estado que la aplicación ineficiente o inexistente del principio de planeación en la esfera de los contratos administrativos, conduce indefectiblemente a la declaratoria judicial de nulidad de los negocios jurídicos estatales por objeto ilícito, como postulado legal, tanto desde el punto de vista del EGCAP como de las fuentes formales y sustanciales de los contratos estatales, esto es, las normas civiles y comerciales.

No obstante aquella posición, lo cierto es que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido unos elementos y criterios que determinarían ante un evento específico, si respecto de un contrato y según este entendimiento, puede darse una declaratoria de nulidad de forma oficiosa, cuando aquel instrumento haya sido constituido con desconocimiento del principio de planeación en materia de compras públicas.

Finalmente resulta importante señalar que las consecuencias que trae consigo la declaratoria de nulidad judicial de un contrato estatal por violación del principio de planeación, como principio medular de la actividad contractual, son un tema de análisis en cada caso concreto, dadas las múltiples consecuencias presentadas anteriormente.

69 Sentencia del 13 de junio de 2013. Referencia: Radicado No. 66001-23-31-000-1998-00685-01(26637). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

70 En cuanto a pronunciamientos del Consejo de Estado en los cuales a pesar de la existencia de declaratoria de nulidad absoluta del contrato estatal no se ordena la restitución véanse: (i) Sentencia del 28 de mayo de 2012. Referencia: Radicado No. 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio; y (ii) Sentencia del 28 de marzo de 2012. Referencia: Radicado No. 73001-23-31-000-1999-00536-01(22471). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

•El principio de planeación a la luz de la jurisdicción contenciosa administrativa.

En este contexto, le corresponde al juez efectuar el análisis respectivo a partir de los criterios y escenarios que propone el Consejo de Estado, los cuales como ya se indicó, responden a las consecuencias propias establecidas en las normas sustanciales que regulan los contratos estatales, esto es, por una parte, las normas civiles y comerciales y por otra, las que instituye de forma puntual el EGCAP.

Concreción y divergencias como conclusión de este capítulo

El principio de planeación ha sido concretado por el juez contencioso administrativo, en este caso por el Consejo de Estado, a lo largo de los años transcurridos desde la expedición del actual Estatuto Contractual. En ese sentido ha definido su alcance, concepto y aplicación en la esfera de las compras públicas, más allá de la descripción normativa establecida en el EGCAP.

Dicha visión del fallador administrativo ha puesto de presente el contenido filosófico del Estatuto Contractual y según esa hermenéutica, ha construido parámetros respecto de la aplicación práctica del principio de planeación en materia de compras públicas.

La construcción judicial de este principio con sus particulares matices, ha contribuido significativamente a su entendimiento en la práctica administrativa, más allá de la regulación legal. Para el Consejo de Estado esta norma de conducta resulta ser de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual, no porque lo disponga la ley, sino porque los objetivos que se persiguen a través de la compra pública materializan los fines públicos y el interés general en un Estado social de derecho como el colombiano.

De la mano del concepto teleológico que le ha imprimido el Consejo de Estado al tema de planeación en materia de compras públicas, también ha establecido algunos parámetros que notoriamente han transformado el entendimiento que se tenía sobre el mismo hace algunos años. Estos parámetros se concretizan en algunos supuestos que se mencionan a continuación:

Por una parte, en la aplicación de la norma de conducta en algunos casos por los partícipes del sistema, especialmente en lo que se refiere a los proponentes y posteriormente al contratista, lo que ha implicado la transformación judicial en materia de responsabilidad, pues hoy por hoy, aquellos sujetos pueden ser

responsables por la infracción al principio en estudio, con las particularidades de cada caso.

En lo tocante a esta interpretación, se considera aquí que para el establecimiento de la misma, aún el Consejo de Estado no ha definido con absoluta claridad cuándo es predicable tal idea, pues los criterios expuestos resultan ser sumamente subjetivos y no brindan criterios que permitan garantizar un marco óptimo de seguridad jurídica.

Por otra parte, el juez contencioso ha indicado en algunos casos, que la infracción al principio de planeación en materia de compras públicas, dado el objeto que se persigue con la aplicación del mismo, genera nulidad absoluta del contrato estatal sometido a su conocimiento.

En esta construcción jurisprudencial, que por más valga señalar ha sido fuertemente discutida, aún persisten algunos criterios por definir para su aplicación judicial *in extenso* por los jueces contenciosos, pues es necesario que el juez puntualice los elementos que determinarían la declaratoria. Se reitera que no cualquier incumplimiento del principio automáticamente implicaría la declaratoria de nulidad absoluta del contrato.

Como consecuencia de lo anterior, es importante señalar que como toda declaratoria de nulidad judicial de los negocios jurídicos, aquella posee consecuencias que parten de la aplicación de las normas jurídicas que establecen las mismas y las cuales en materia de contratación pública, se encuentran contenidas en las normas sustanciales que regulan los contratos estatales, esto es, por una parte, las normas civiles y comerciales y por otra, las establecidas de forma puntual en el EGCAP.

No obstante, resulta plausible indicar que la construcción efectuada por el Consejo de Estado, como máximo órgano contencioso, ha contribuido de forma categórica a entender y aplicar en sede administrativa el principio de planeación, como presupuesto necesario para efectuar adecuadamente la compra pública.

EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN MATERIA DE COMPRAS PÚBLICAS VISTO A LA LUZ DEL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Presentación

En este capítulo se aborda el control fiscal que ejercen las contralorías y la Auditoría General de la República, esta última en algunos eventos puntuales, siendo el núcleo del capítulo el ejercicio de aquel control autónomo e independiente en materia de compras públicas, especialmente respecto del principio de planeación.

En un primer momento se efectúa una aproximación al concepto de gestión y control fiscal, su naturaleza constitucional y su desarrollo, esto de la mano de la interpretación de aquella gestión luego de la promulgación de la Carta Política de 1991 y cómo la misma se relaciona con la actividad contractual que materializa el Estado a través de sus entidades estatales.

Seguidamente se presenta como una de las consecuencias del ejercicio de la actividad de gestión y control fiscal, el proceso de responsabilidad fiscal, como un tipo de responsabilidad de tipo administrativo, pero con características eminentemente patrimoniales, según lo enuncia la normativa existente y los pronunciamientos de los máximos órganos de cierre constitucional y contencioso administrativo.

En esta misma línea argumentativa, se exponen sus elementos estructurales y su falta de precisión legal y práctica, la relación de aquella responsabilidad en materia contractual y su forma de entendimiento.

Por último y como objeto central de este capítulo, se describen los fundamentos de la atribución de responsabilidad fiscal derivada del ejercicio y entendimiento por parte del órgano de control fiscal, del principio de planeación en materia de compras públicas y el cual, como premisa de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades estatales, configura *per se* responsabilidad fiscal.

El control fiscal como ejercicio de potestades autónomas e independientes en la gestión de la actividad estatal; contexto genérico y aplicable al sistema de contratación pública

En virtud de la gran libertad que le otorgó el legislador a los partícipes del sistema de compras públicas –en especial a las entidades estatales– de materializar los postulados señalados en el EGCAP⁷¹, este órgano estableció también una serie de responsabilidades a cargo de estas últimas. Respecto de las entidades públicas preceptuó un tipo de responsabilidad política y social⁷², exigible y reprochable en la medida en que no cumplieran la finalidad de los procesos de selección y los contratos públicos que de ellos se deriven. En cuanto a los servidores públicos y particulares, en algunos eventos determinó responsabilidades de diferentes órdenes: penal, disciplinario y fiscal, entre otros⁷³.

71 Véase pie de página 21 de esta obra.

72 Enrique Gil Botero y Jorge Iván Rincón Córdoba, *La responsabilidad patrimonial del servidor público* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016), 45.

73 “Este principio fue consagrado como contrapartida al otorgamiento de una gran autonomía en cabeza de los administradores de la cosa pública y una contratación semejante a la de los particulares, que de suyo, conlleva, una mayor responsabilidad. Así, como contrapeso a esa mayor libertad en la gestión contractual –que no es absoluta–, el Legislador estableció en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, precisos supuestos en los cuales se compromete la responsabilidad no sólo del Estado por los daños antijurídicos ocasionados con motivo de la actividad contractual (art. 90 C.P.), sino de los servidores públicos y los contratistas que en ella intervienen, y en los Títulos V (50 a 59) y VII (arts. 62 a 67) desarrolló la responsabilidad contractual y el control de la gestión contractual, respectivamente”. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Referencia: Expediente No. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410); 1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) Acumulados. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dra. Ruth Stella Correa.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...

De la responsabilidad fiscal se podrá señalar que, de acuerdo con lo que dictamina el artículo 267 de la Carta⁷⁴, el control fiscal es una función que ejerce la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales y la Auditoría General de la República⁷⁵, a las cuales les corresponde la vigilancia y la gestión fiscal⁷⁶ de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos⁷⁷.

Igualmente refiere dicho artículo que, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero de gestión y resultados, fundado en la eficacia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

74 En las reformas constitucionales antes de la entrada en vigor de la Carta Política de 1991, el control fiscal fue elevado por primera vez a una actividad que tuviera su asidero suprallegal en la reforma constitucional de 1945.

75 En cuanto a los modelos de control fiscal en el mundo, se podrá decir que existe un sistema de control fiscal colegiado europeo continental, con génesis en las monarquías, y que en las democracias contemporáneas se denomina sistema de cortes o tribunales de origen francés. Los principales aspectos de este modelo pueden resumirse así: se establece un sistema sobre la base de un tribunal independiente especializado, investido de funciones jurisdiccionales en asuntos de responsabilidad fiscal (RF) como órgano de cierre. También suele cumplir labores de orden administrativo, entre las que se cuentan las facultades para asesorar el gobierno y el parlamento en el control de la aplicación de las leyes de finanzas. El control tiene un carácter centralizado por tratarse de un único órgano. En Francia, la Corte de Cuentas no constituye un órgano del parlamento ni puede ser ubicada dentro de alguno de los clásicos poderes del Estado, aunque sea el parlamento el titular de la máxima potestad de control político de la acción gubernativa. Dentro de la totalidad de la estructura financiera francesa, la Corte se sitúa como la suprema autoridad legal del gobierno respecto de las operaciones de auditoría, *ex post*, de los fondos públicos. Pedro Pablo Camargo, *El control fiscal en los Estados americanos y México* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1969), 14-5.

Un segundo modelo de control fiscal es el unipersonal o anglosajón, que adoptó Colombia con la Misión Kemmerer. Sobre este sistema se destaca que es una prerrogativa directa del parlamento como guardián supremo de las finanzas públicas: "la función propiamente dicha se ejerce en nombre del parlamento y a través de una institución unipersonal cuya cabeza es un contralor, llamado auditor en algunos países. Como máximo exponente de este sistema se encuentra el Reino Unido, los Estados Unidos y Canadá con diversos matices respecto de sus niveles de autonomía con el parlamento o sus funciones". Iván Darío Gómez Lee, *Control fiscal y seguridad jurídica gubernamental* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006), 104-5. Iván Darío Gómez Lee, *La seguridad jurídica: el caso de la responsabilidad fiscal en Colombia. Vol. I.* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016), 86-7.

76 De conformidad con la Ley 610 de 2000 la gestión fiscal es el "conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales".

77 La función de realizar control fiscal y la realización de procesos de responsabilidad fiscal de conformidad con la Constitución y la ley se encuentran en cabeza de la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales entre las cuales se encuentran las departamentales, municipales y distritales e igualmente ejerce esta actividad la Auditoría General de la República.

Respecto del control fiscal, resulta importante señalar que con la introducción de los postulados jurídicos establecidos en la Carta Política de 1991⁷⁸, aquel control sufrió modificaciones sustanciales, como lo es por ejemplo la oportunidad para ejercerlos, pues por los antecedentes mediáticos de aquel control en Colombia y las insinuaciones respecto al concepto de “coadministración” por parte de los órganos de control, se pasó de un control previo y perceptivo a uno posterior y selectivo, que lograra un control financiero de gestión y de resultados, modificaciones plasmadas en el artículo 267 de la Constitución Política⁷⁹.

Así las cosas, corresponde a las contralorías por regla general pronunciarse de manera posterior y selectiva sobre el manejo de los recursos públicos, de igual modo, realizar controles con criterio técnico sobre los riesgos por conductas que afecten el patrimonio público y el cumplimiento de los cometidos estatales, una vez se hayan ejecutado las actividades sujetas a los procesos de control, es decir, el control fiscal del gasto público no se circunscribe al punto de vista numérico, sino a la gestión fiscal de las entidades o particulares que manejen fondos o bienes públicos en forma ulterior, selectiva e integral⁸⁰.

78 Edison Ariel Corredor Cabrales, *Control fiscal en Colombia. Apuntes desde el derecho comparado y el proceso de responsabilidad* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2009), cap. 3.

79 “El sentido de esta prohibición fue analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-189 de 1998, al destacar que la atribución de autonomía orgánica y funcional a la Contraloría tiene el doble propósito de garantizar la efectividad del control fiscal, y a la vez evitar que dicha entidad se inmiscuya en las actividades administrativas de las entidades sometidas a control. Al respecto se afirma que: ‘Esta autonomía funcional y orgánica de las contralorías no sólo tiene como finalidad fortalecer el control fiscal sino también hacer frente a las disfuncionalidades que dicho control puede generar, por lo cual la Carta pretende evitar que la actividad de control se traduzca en una coadministración. Por ello la Constitución no sólo termina con la coadministración que se ejercía mediante el control fiscal previo’ sino que dispone que la Contraloría no ‘tendrá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización’ (CP art. 267, inciso 4°), precepto que, como bien lo señaló durante la vigencia de la anterior Constitución la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema, y también lo ha establecido esta Corte Constitucional, es una limitación más que otra cosa. El significado de esa norma es entonces que la única función propiamente de actuación administrativa que ejercen los contralores es la relativa a la organización interna de la entidad, como puede ser la ejecución del presupuesto y el nombramiento de funcionarios, por lo cual, al desarrollar la actividad de fiscalización, estos órganos de control deben evitar convertirse en coadministradores”. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia 103 de 2015. M. P. Dra. María Victoria Calle Correa.

80 La idea del constituyente y el legislador en materia de control fiscal, después de la promulgación de la Carta Política del 91 y las normas que abordan el tema de la responsabilidad fiscal (leyes 42 de 1993, 610 de 2000 y 1474 de 2011) se encuentran direccionadas no únicamente a determinar la infracción de la normativa, previa estructuración de los elementos esenciales y propios que señalan las leyes, sino al análisis del cumplimiento de la finalidad que buscaba esa actividad en la gestión pública, en otras palabras, el análisis en esta materia va más allá de observar si los recursos se invirtieron adecuadamente y de acuerdo con los lineamientos legales, sino que se extiende a observar si aquellos recursos se encuentran garantizando los objetivos que se buscaban previo a la inversión o destinación, esto según la óptica de los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...•

Para el cumplimiento de tal actividad el legislador concibió un régimen jurídico compuesto por leyes que mencionan entre otros muchos aspectos y criterios, la finalidad del control fiscal, los elementos estructurales de la responsabilidad fiscal, los tipos de procedimiento y sus etapas y el régimen sancionatorio.

En este contexto se encuentra que respecto de las compras públicas que realizan las entidades del Estado en Colombia, se ejerce un control de tipo posterior y selectivo⁸¹, consistente en determinar jurídica, técnica y económicamente si los bienes públicos dispuestos para la respectiva contratación se aprovecharon de la mejor manera, más aún, si dichos bienes públicos cumplieron la función pública para los cuales se utilizaron⁸².

Así, en este capítulo se analizarán los fundamentos teóricos y prácticos de la declaratoria de responsabilidad fiscal⁸³ en la esfera del sistema de compras públicas, pero más aún la existencia de aquella responsabilidad ante la ausencia o deficiente aplicación del principio de planeación, como supuesto inexcusable en la actividad contractual⁸⁴.

La responsabilidad fiscal como resultado del control fiscal: ejercicio de una potestad con incidencia patrimonial aplicable al sistema de contratación pública

De conformidad con la doctrina especializada y el marco normativo de este tipo de responsabilidad, la gestión fiscal comprende elementos normativos, económicos

81 En relación con los temas objeto de control fiscal y, en consecuencia, la iniciación de procesos de índole fiscal tendientes a la declaratoria de responsabilidad, de conformidad con la ley se tienen las siguientes materias: (i) la gestión fiscal ambiental; (ii) la gestión contractual de las entidades públicas; (iii) la facultad nominadora y de temas laborales; (iv) la ordenación del gasto y temas de presupuesto; (v) la ejecución de políticas públicas; (vi) la explotación de las concesiones, las asociaciones público-privadas y (vii) la fusión, escisión, supresión y liquidación de entidades estatales. Véase Iván Darío Gómez Lee, *Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos* (Bogotá: Legis, 2014), 1-213.

82 En muchas ocasiones el control fiscal no se limita a verificar la debida ejecución y destinación de los recursos públicos, va más allá, examina si los bienes, obras o servicios objeto de la contratación están cumpliendo la finalidad que se buscaba o se requería en la etapa de planificación del negocio jurídico.

83 Edison Ariel Corredor Cabrales, *Control fiscal en Colombia. Apuntes de acción y reflexión* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2009), cap. 5.

84 Podría considerarse que el control fiscal y los procesos administrativos fiscales que se derivan de él, en múltiples oportunidades se encaminan a determinar la posible responsabilidad fiscal de los gestores fiscales ante la existencia de un detrimento patrimonial cierto y verificable, siendo el punto de partida la fase de planeación, pues las dificultades en la ejecución contractual no resultan ser más que la materialización de la fase de proyección del contrato, esto es, la fase de estructuración del negocio jurídico.

y de eficiencia que se expresan por medio de actividades tendientes al manejo y disposición de recursos estatales.

Del concepto, naturaleza y extensión de la gestión fiscal como presupuesto de la estructura de la responsabilidad fiscal sostiene el profesor Iván Darío Gómez Lee lo siguiente:

El concepto de gestión fiscal no ha sido definido como distinto ni autónomo de otras competencias estatales. No tiene bien especificada su caracterización, cuando se conecta o coincide con otra función básica estatal, como, por ejemplo, la función administrativa o con funciones públicas como la administración de justicia cuando magistrados o jueces hacen nombramientos cuestionables. Así, la gestión fiscal comprende varias modalidades.

A partir de la Constitución Política de 1991, se estableció que el control fiscal se ejercerá sobre la gestión fiscal de la administración y también frente a los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación (inc. 1.º art. 267). La Constitución prescribe, además, que esta modalidad de control se ejercerá en forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la Ley. Precisamente, la Ley 610 de 2000 se encarga, en forma general, de definir la gestión fiscal.

Para la Corte Constitucional el concepto de gestión fiscal es el asunto fundamental para que una actividad se enmarque o no en el ámbito de control por parte de una contraloría. Esa Corporación acoge la siguiente definición de gestión fiscal: “[...] el concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición”.

Sobre este asunto, a pesar de su definición general en la ley, es tan amplio el concepto que se torna problemático por lo relativo o subjetivo que resulta. Y a la vez, cuestiones trascendentales como la gestión fiscal y la responsabilidad de las personas jurídicas y de los contratistas no son objeto de regulación legal y constituyen vacíos. Todo ello deviene en confusión. Esa generalidad del concepto extiende la RF [responsabilidad fiscal] a casos de políticas públicas en donde un Ministerio del Estado resulta ser responsable directo de un cuestionado proyecto. La gestión fiscal en la contratación es un factor de incertidumbre que ha sido tratado por la doctrina y en casos específicos [...] ⁸⁵.

85 Gómez, *La seguridad jurídica*, 242-6.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...•

En este punto resulta importante señalar que poca trascendencia tiene la naturaleza jurídica, pública o privada del sujeto que maneje los bienes objeto de la gestión fiscal, puesto que ambos pueden ser considerados en el marco de la responsabilidad fiscal como sujetos de la misma. En este contexto, se le otorga en la realización de la actividad administrativa auditada a dichos sujetos la posibilidad de disponer materialmente de los bienes públicos, pero además de garantizar que estos cumplan la finalidad para la cual han sido dispuestos⁸⁶.

Así de la gestión fiscal, se podrá derivar la responsabilidad fiscal, la cual tiene por objeto único, el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa (culpa grave)⁸⁷ de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido a las arcas del Estado, con motivo de la gestión de la respectiva entidad estatal o del particular que administra y tiene en su órbita recursos de naturaleza pública, lo cual convierte este tipo de responsabilidad en una exclusivamente patrimonial⁸⁸.

86 En relación con los destinatarios del régimen de responsabilidad fiscal, se tiene que la normativa establece una serie de sujetos a los cuales les es aplicable esta materia, así por ejemplo de conformidad con la ley se pueden señalar los siguientes: particulares que realicen gestión fiscal, entre los cuales pueden mencionarse los contratistas e interventores y los servidores públicos que realizan actividades de ordenación del gasto, dirección, manejo y control de recursos públicos en un concepto amplio y vago.

87 El párrafo 4 del artículo 4° de la Ley 610 de 2000, establecía inicialmente que el grado a partir del cual una persona podría ser declarada responsable fiscalmente era el correspondiente a la culpa leve. No obstante lo anterior, aquella disposición normativa fue declarada inexecutable por parte de la Corte Constitucional, al señalar que, "el criterio de imputación a aplicar en el caso de la responsabilidad fiscal no puede ser mayor al que el constituyente fijó para la responsabilidad patrimonial del funcionario frente al Estado, pues se estaría aplicando un trato diferencial de imputación por el solo hecho de que a la declaración de responsabilidad se accede por distinta vía". Así, continúa la Corte, señalando que "conforme a lo estatuido en la normas impugnadas, si el cauce jurídico escogido por el Estado para establecer la responsabilidad del funcionario es el proceso de responsabilidad fiscal, éste podría ser declarado responsable por la presencia de la culpa leve en su actuar. Pero si el Estado opta por constituirse en parte civil dentro del proceso penal, o por adelantar un proceso contencioso administrativo —a través del llamamiento en garantía dentro de la acción de reparación directa o en ejercicio directo de la misma acción—, o finalmente decide ejercer la acción de repetición, el funcionario sería exonerado de responsabilidad civil por haber actuado con culpa leve, dada la irrelevancia que en estas vías de reclamación tiene dicho grado de culpa. De aceptarse tal tratamiento diferencial, se estaría desconociendo abruptamente el fundamento unitario y la afinidad y concordancia [que] existe entre los distintos tipos de responsabilidad que, se repite una vez más, confluyen sin distinción ninguno en la defensa del patrimonio público". Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia 619 de 2002. M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño y Dr. Rodrigo Escobar Gil.

88 La Ley 610 de 2000 en un conjunto de sesenta y nueve artículos, establece el trámite de los procesos de RF que son competencia de las contralorías, y deroga lo relativo al proceso de responsabilidad fiscal en la Ley 42 de 1992, los artículos 72 a 89. Como se puede apreciar en la exposición de motivos de esta ley, era imperiosa la necesidad de regular, de manera integral, el régimen de la RF. Para ello se expidieron las reglas de procedimiento para el desarrollo de esta competencia que, como se ha visto, es de rango constitucional. En la exposición de motivos el representante Germán Navas Talero señaló la urgencia de modificar el régimen legal sobre la RF, con

La Corte Constitucional expresa que la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad no tiene carácter sancionatorio ni penal⁸⁹, y en este mismo sentido es autónoma, es decir, independiente de la disciplinaria o de la penal, por tanto, pueden cursar los procesos disciplinarios, fiscales y penales separadamente, por los mismos hechos⁹⁰.

En consistencia con lo anterior, también se ha sostenido que la responsabilidad fiscal no tiene por objeto castigar o sancionar al servidor público o particular⁹¹ que con su actuación irregular cause un detrimento al patrimonio público del Estado⁹², sino obtener la indemnización del detrimento patrimonial.

el fin de precisar su alcance y las disposiciones de procedimiento aplicables para llegar a su declaración. Esta ley se ocupa de regular la RF de los servidores públicos y también de los particulares. Se advierte que ese propósito compilatorio se cumple en forma parcial, como quiera que realmente no regula en forma integral la materia. Gómez, *La seguridad jurídica*, 155-7.

89 Para el profesor Iván Darío Gómez Lee la declaratoria de responsabilidad fiscal posee matices sancionatorios –a pesar de que legal y jurisprudencialmente se ha entendido esta responsabilidad como una de tipo patrimonial–, pues a partir de la declaratoria al sujeto sancionado le sobrevienen tres consecuencias sancionatorias inmediatas, a saber: (i) la persona declarada responsable, no solo está obligada a resarcir el daño patrimonial causado al Estado, sino que automáticamente se genera una inhabilidad para ocupar cargos públicos y para contratar con el Estado. Consecuentemente pasa al boletín de responsables fiscales, porque si esto no ocurre no hay resarcimiento del daño; (ii) si la persona declarada responsable es contratista la situación es más grave considera el autor en referencia, pues en estos casos es deber de las contralorías solicitar una penalidad, consistente en la declaratoria de caducidad del contrato y, (iii) si el condenado fiscalmente es un servidor público, el artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario) tiene prevista como falta gravísima participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público. Gómez, *La seguridad jurídica*, 217-21.

90 “La declaratoria de Responsabilidad Fiscal es una competencia que hace parte de la autonomía reconocida a los funcionarios de las contralorías. Sin embargo, con ocasión de la evolución de la RF, actualmente está constituye una modalidad propia e independiente de las demás responsabilidades, que puede ser declarada, en principio, sin perjuicio de otras modalidades de responsabilidad; es decir, no existe lo que se podría denominar ‘prejudicialidad’ de esta responsabilidad con otra, salvo en el evento en que el resarcimiento del daño patrimonial se logre por conducto de otra modalidad de responsabilidad. Por ello, esta responsabilidad, que nace como una competencia otorgada a las contralorías, adquiere con el paso del tiempo identidad propia y eventualmente su autonomía es de rango constitucional y legal. Aunque ello no es veraz, pues la RF no es autónoma”. Gómez, *La seguridad jurídica*, 210.

91 Gil y Rincón, *La responsabilidad*, 67.

92 El concepto de patrimonio público, como presupuesto para la declaratoria de responsabilidad fiscal en determinado caso, resulta ser un concepto en constante construcción, así por ejemplo, al referirse al mismo como garantía colectiva ha señalado el Consejo de Estado que: “El concepto de patrimonio público cubre la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo”. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha reconocido que el concepto de patrimonio público también se integra por “bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población. Asimismo, el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público implica que los recursos públicos sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de

•El principio de planeación en materia de compras públicas...•

De conformidad con el régimen jurídico vigente en Colombia en tratándose de responsabilidad fiscal, se tiene que para que esta proceda el servidor público o el particular, debe reunir los elementos estructurales de aquel catálogo normativo.

Dichos elementos de conformidad con la ley se encuentran conformados por los siguientes supuestos normativos, a saber: (i) una conducta dolosa o culposa (culpa grave)⁹³ atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, (ii) un daño patrimonial al Estado y (iii) un nexo causal entre los dos elementos anteriores⁹⁴.

En cuanto a los elementos estructurales de la responsabilidad fiscal en Colombia, resulta necesario mencionar que aquellos conceptos poseen matices indeterminados que no permiten tener total claridad a los operadores administrativos y mucho menos a los encartados fiscales, de cuándo podrá existir un verdadero y auténtico fallo que impute responsabilidad, basado en la aplicación jurídica y fáctica de la normativa y no meramente por aplicación semántica de la misma.

Así por ejemplo, al aludir la norma a la gestión fiscal, indica que esta es el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas que ejecutan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

Nótese la ambigüedad de la norma al definir este elemento necesario para la declaratoria de responsabilidad fiscal, siendo competencia del operador administrativo que indaga y posteriormente investiga configurar los supuestos de hecho en esta descripción normativa abierta.

acuerdo con las normas presupuestales, con lo cual se evita el detrimento patrimonial". Sentencia del 8 de junio de 2011. Referencia: Radicado No. 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

93 En este punto téngase en cuenta lo explicado anteriormente sobre la declaratoria de inexecutable del párrafo 4 del artículo 4 de la Ley 610 de 2000.

94 Art. 5, Ley 610 de 2000.

Esta situación condiciona la declaratoria de responsabilidad fiscal a múltiples situaciones que no necesariamente son jurídicas, como por ejemplo la interpretación errónea de alguno de estos preceptos o el grado de liberalidad que posee el operador administrativo al establecer este elemento de vital importancia.

En similar circunstancia se encuentra el elemento subjetivo-valorativo de la gestión fiscal, pues además de que se configure la gestión fiscal, quien la ejecuta debe actuar o no con dolo o culpa grave, sin que la normativa explique en qué consisten estos conceptos, teniendo en cuenta que esta responsabilidad es especial y autónoma.

Al respecto presenta el académico Iván Darío Gómez Lee algunas precisiones, que por la relevancia que tienen se transcriben a continuación:

A nivel legal, respecto de la conducta el marco general presenta un amplio vacío en cuanto a la RF, toda vez que la Ley 610 de 2000, que era especial para esta materia, no se refirió en sus preceptos a las definiciones de dolo y culpa, esta última en sus distintas modalidades. Lo único que previó esta ley fue que se responde fiscalmente cuando se obra con dolo o culpa grave e incluso leve. Con respecto a la culpa, la Corte Constitucional retiró de ese ordenamiento legal la responsabilidad por culpa leve, manteniendo así, y exclusivamente, la culpa grave.

Dado que la Ley 610 de 2000 no definió estas modalidades de conducta, debe acudir a las definiciones del derecho civil en materia de culpa y del derecho penal en materia de dolo. Como ya se dijo, la Ley 610 de 2000 no se ocupó de definir el dolo y la culpa grave en materia de RF, pero sí los estableció como criterios de imputación. Por esta razón, será necesario que el operador jurídico, en cada caso, realice una aproximación a la definición o a la concepción de estas nociones, con la finalidad de determinar en qué momento se está ante una conducta dolosa o gravemente culposa. La conducta en la RF tiene así uno de los vacíos más protuberantes y se puede acudir a conceptos de culpa leve, levisima y grave del artículo 63 del Código Civil⁹⁵.

Considerando lo hasta aquí expuesto, se podrá mencionar que los elementos estructurales de la declaratoria de responsabilidad fiscal, como se viene de ver, posee matices que la normativa no puntualizó, lo cual trae como consecuencia la aplicación no uniforme de estas normas por parte de los sujetos que participan en esta forma de responsabilidad, tornando situaciones y decisiones irreconciliables en sede administrativa, pues valga señalar además que, la entidad que tiene

.....
⁹⁵ Gómez, *La seguridad jurídica*, 262-3.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...•

la competencia para realizar hallazgos, indagar, aperturar, imputar, investigar y finalmente fallar con o sin responsabilidad fiscal, resulta ser la misma⁹⁶, sin mencionar la facultad constitucional de ejercer la jurisdicción coactiva.

No obstante lo anterior y para efectos de la finalidad propuesta en este capítulo, se considera que el elemento más importante en esta materia se encuentra relacionado con el daño, entendido este desde el punto de vista normativo con los matices y rasgos propios de este catálogo legal, como la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías⁹⁷.

De tal modo, el daño resulta ser un elemento indispensable en la declaratoria de responsabilidad fiscal, en cualquier actividad pública respecto de la cual se ejerza un control fiscal, no siendo la contratación estatal una materia que pueda escapar a dicho control.

Con el fin de brindar una aproximación al concepto, se anota que el mismo se da con ocasión de la acción u omisión de un sujeto que ejerce gestión fiscal y que por ello, le causa un perjuicio patrimonial al Estado, consistente en algunas de las fórmulas señaladas en la normativa y que se estudiaron en párrafos precedentes.

En este punto conviene subrayar que la concepción del daño como elemento estructural de la responsabilidad fiscal no fue descrita específicamente en la Ley 610 de 2000, por lo cual y frente a su textura abierta, esta se deberá alimentar de las fórmulas que nutren la responsabilidad en las normas civiles, lo que como ya se mostró, puede conllevar la aplicación irrestricta de aquella teorización y

.....
96 "En suma, cada Contraloría es la autoridad competente que hace la acusación por la pérdida de recursos. Este procedimiento es la imputación. Estructura los cargos, cuantifica el monto del daño, valora la conducta y con todo el aparato estatal a su disposición en cuanto a información y pruebas, traslada esa imputación patrimonial a los implicados. En esta etapa es un proceso netamente acusador. Al final, en el evento de proferirse fallo con responsabilidad fiscal debe resarcirse el daño causado al patrimonio público por la gestión fiscal irregular mediante el pago de una indemnización pecuniaria". Gómez, *La seguridad jurídica*, 222 y ss.

97 La Ley 610 de 2000 resulta ser un precepto legal descriptivo en el cual se condensan los supuestos en los que se configura el daño, como elemento estructural de la responsabilidad fiscal.

fundamentos a un campo como el fiscal, que por definición legal y jurisprudencial, posee matices diferentes.

Así el daño como elemento estructural de la responsabilidad fiscal debe haberse producido en la gestión contractual, esto es, debe haberse dado y no responder a una mera expectativa de cumplimiento futuro.

En consonancia con lo anterior, la Contraloría General de la República dice del concepto de daño patrimonial que:

Desde los principios generales de responsabilidad es necesario destacar que el daño debe ser cierto. Se entiende que “el daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante”. De esta definición inmediatamente se destaca que el daño cierto puede ser pasado –ocurrió– o futuro –a suceder–. En principio el daño pasado no es tan problemático puesto que ya existe, el problema que se presenta generalmente es el de cuantificarlo. En cambio, el daño futuro presenta muchas más aristas que son problemáticas. Estudiemos primero la cuestión relativa a los daños futuros para luego entrar en los pasados.

Frente a los daños futuros la jurisprudencia y la doctrina –colombiana como extranjera– son claras en establecer que este puede considerarse como cierto siempre y cuando las reglas de la experiencia y de la probabilidad indiquen que este habrá de producirse. Esta certeza por supuesto no es absoluta pues sobre el futuro no puede predicarse una certeza absoluta. Lo importante es que existan los suficientes elementos de juicio que permitan establecer que el daño muy seguramente se producirá. El daño futuro cierto –denominado como virtual– se opone al daño futuro hipotético que es aquel sobre el cual simplemente existe alguna posibilidad de que se produzca pero las reglas de la experiencia y de la probabilidad indican que puede o no producirse.

[...]

En síntesis, el daño patrimonial al Estado debe ser cierto. Aunque en la teoría general de las obligaciones se consideran como ciertos los daños pasados y los daños futuros, en materia de responsabilidad fiscal sólo son tenidos en cuenta los daños pasados. Adicionalmente, el daño patrimonial al Estado presenta algunas aristas interesantes como son los casos de: a) daño por interpretaciones jurídicas divergentes; b) transferencia de recursos; y c) los daños no evidentes [...] ⁹⁸.

98 Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República. Concepto, Referencia: No. 80112 EE15354, 13 de marzo de 2006.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...

De lo anterior se puede concluir que en materia de responsabilidad fiscal, como actividad que se desprende del ejercicio del control fiscal que realizan los organismos que en el ordenamiento legal colombiano poseen aquella competencia, se cuenta con elementos estructurales definidos en la ley, los cuales a pesar de su textura abierta, resultan ser necesarios para indagar, aperturar, imputar, investigar y finalmente fallar con o sin responsabilidad fiscal y los cuales se fundamentan en la aplicación de los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales, los cuales deben ser aplicables en el quehacer y devenir de las entidades sujetas a este control.

La responsabilidad fiscal como resultado del control fiscal: un vistazo a su declaratoria en el sistema de contratación pública a partir del principio de planeación

Presentando y entendiendo las bases constitucionales y legales de la responsabilidad fiscal en Colombia, se pasa ahora al desarrollo del objetivo de este capítulo que como se mencionó anteriormente, no es otro que presentar los elementos estructurales de la responsabilidad fiscal ante la omisión e inobservancia del principio de planeación en los procesos contractuales, pues no sería relevante mostrar que si se cumpliera el principio de planeación no existiría responsabilidad fiscal. En el ordenamiento jurídico colombiano los fallos proferidos por las contralorías en los cuales se declara la existencia de responsabilidad fiscal, como etapa final del procedimiento administrativo, en una gran proporción se asocian con la ejecución de los recursos públicos a través del sistema de compras públicas⁹⁹, lo cual denota la importancia que esta actividad administrativa representa en el cumplimiento de los fines estatales.

Con todo, son múltiples los casos en los que el ejercicio del control fiscal concluye en declaratoria de responsabilidad fiscal, a pesar de la indeterminación normativa y conceptual de los elementos de aquella responsabilidad.

Es aquí donde cobra vital importancia el ejercicio del principio de planeación, como corolario y elemento de vital relevancia en el análisis de los elementos estructurales de la responsabilidad fiscal. Así, podrá establecerse que existirá

.....
99 En relación con una muestra tomada por el tratadista Iván Darío Gómez Lee, se informa que dentro de las modalidades de responsabilidad fiscal de un total de 143 casos analizados, el 49,6 % corresponde a temas contractuales. Gómez, *La seguridad jurídica*, 303.

hipotéticamente responsabilidad en la medida en que el sujeto que realiza gestión fiscal actúe con dolo o culpa grave en la aplicación del principio de planeación, el cual como ya se examinó en el capítulo primero de este estudio, se concreta en la confección de los estudios y documentos previos y a causa de ello (nexo de causalidad) se origine un detrimento patrimonial a los recursos públicos¹⁰⁰.

Por otra parte, también se podrá predicar hipotéticamente responsabilidad fiscal cuando en la estructuración previa del negocio jurídico estatal los gestores fiscales no aplican las disposiciones que regularizan y aterrizan el principio de planeación en materia de contratación estatal, pero además la finalidad del respectivo contrato no se cumple o en su defecto se cumple, pero resulta ser más oneroso para el Estado, por la conducta del gestor fiscal en la etapa de planeación.

Respecto de este punto se considera aquí que no cualquier anomalía en la fase de planeación en los procesos contractuales, trae como consecuencia inevitable la declaratoria de responsabilidad fiscal, pues como se señaló anteriormente, aquella declaratoria se encuentra estrechamente relacionada con la optimización de los recursos estatales por una parte y por otra, estos deben cumplir la finalidad pública para la cual fueron pensados.

En otras palabras, se ha interpretado por conducto de la lectura de los elementos estructurales de la responsabilidad fiscal, que las anomalías en la aplicación del principio de planeación, *per se* llevan como consecuencia la declaratoria de responsabilidad fiscal. Para el autor del presente libro, este supuesto de orden fáctico no puede ser interpretado de tal forma. Así, para que se pueda predicar la existencia de responsabilidad fiscal, en cada caso, además de existir un “daño patrimonial”, pues como lo ha sostenido la propia vista fiscal, no puede existir responsabilidad sin daño¹⁰¹, aquel debe ser producto y consecuencia de la referenciada falta o indebida planeación.

Además, para que la imputación de responsabilidad fiscal sea procedente jurídicamente, la conducta del gestor fiscal se debe realizar con dolo o culpa grave y

100 En múltiples eventos objeto de investigación, la Contraloría General de la República ha aperturado procesos de responsabilidad fiscal por la inobservancia de las entidades públicas de confeccionar estudios y documentos previos o por su deficiencia.

101 Entre otros muchos conceptos proferidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República que recogen esta idea, pueden consultarse los siguientes: (i) concepto, referencia: 0070A, 15 de enero de 2001; (ii) concepto, referencia: 80112 EE15354, 13 de marzo de 2006; (iii) concepto, referencia: 80112 EE13113, 27 de marzo de 2007; y (iv) concepto, referencia: 80112 EE240, 4 de enero de 2011.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...

debe existir un nexo de causalidad, es decir, se debe establecer claramente que la conducta del gestor fiscal en la etapa de planeación propició el daño al Estado y que con su actuación se condicionó y determinó una lesión al patrimonio público.

Por lo dicho, a continuación se presentarán algunos casos que a pesar de no haberse resuelto en sede administrativa, sí pueden mostrar algunos rasgos característicos de los supuestos teóricos antes señalados.

Respecto a la inversión de recursos públicos en determinados contratos, los cuales no han cumplido la finalidad a partir de la cual se realizó la contratación, se presentan los siguientes casos en los cuales la vista fiscal, considera la existencia de una posible atribución de responsabilidad fiscal:

Tabla 4. Exposición de casos: de la presunta responsabilidad fiscal derivada de la inversión de recursos públicos

<p>Fundamentos fácticos</p>	<p>Este caso se relaciona con un presunto detrimento patrimonial por \$ 15.751 millones que encontró el órgano fiscal en el manejo de recursos de regalías invertidos por la Gobernación del Cesar en vías de los municipios mineros de Becerril y La Jagua de Ibirico, donde se concentra la mayor explotación carbonífera del país.</p> <p>Así, un primer presunto hallazgo fiscal, por \$ 8.056 millones, se dio en el mejoramiento de la vía entre el municipio de Becerril y el corregimiento de Estados Unidos, indicó el organismo de control.</p> <p>Y un segundo hallazgo, esta vez por \$ 7.695 millones, se descubrió al revisar la ejecución del contrato de pavimentación de la vía del corregimiento La Victoria de San Isidro a la Ruta 49, municipio de La Jagua de Ibirico.</p>
<p>Argumentos del posible detrimento patrimonial</p>	<p>Según lo evidenciado por el organismo de control, los mencionados hallazgos se habrían generado por deficiencias en la planeación y falta de seguimiento y control efectivo por parte de la Gobernación del Cesar.</p>
<p>Corporación</p>	<p>Contraloría General de la República. Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2016</p>
<p>Fuente</p>	<p>http://www.contraloria.gov.co/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa</p>

En relación con sobrecostos y retrasos en contratos estatales como consecuencia de la aplicación del principio de planeación, se tienen los casos que se exponen a continuación, a partir de los cuales aquel órgano fiscal consideró la existencia de presunta responsabilidad fiscal.

Tabla 5. Exposición de casos: la presunta responsabilidad fiscal derivada de los sobrecostos y retrasos en contratos estatales

Fundamentos fácticos	<p>Caso A.</p> <p>La Contraloría General determinó que la Aerocivil era responsable de un posible detrimento patrimonial por 96.570 millones de pesos, de los cuales 90.906 se vinculan con la construcción del Aeropuerto del Café (Palestina, Caldas). El órgano de control determinó esta irregularidad en auditoría a la Aerocivil, pues entregó apoyos financieros para este proyecto con recursos de la nación, y que también compromete a Aero café (en su condición de gestor fiscal), pues era el encargado de contratar las obras. Así, la auditoría de la Contraloría concluye que la deficiente planeación de las obras explica porqué este proyecto, que fue iniciado por Aero café hace más de doce años, y en el que se invirtieron 95.000 millones de pesos, no esté terminado.</p>
Argumentos del posible detrimento patrimonial	<p>El retraso se da específicamente en la construcción de los terraplenes 8 y 10 del aeropuerto y en las fallas de las obras que hasta ahora han sido ejecutadas. Por otra parte, se señaló que la Aerocivil suscribió el convenio en el 2009 para construir los terraplenes del aeropuerto ubicado en Palestina (Caldas). A pesar de todos los recursos que se han invertido, “no se han cumplido los objetivos previstos, y las actividades relacionadas con los terraplenes han presentado deterioro, inestabilidad y/o deformaciones, tal como lo señalaron los mismos informes de gestión de Aero café”.</p>
Corporación	<p>Contraloría General de la República. Fecha de consulta: 24 de mayo de 2016</p>
Fuente	<p>http://www.wradio.com.co/noticias/regionales/contraloria-general-hizo-hallazgos-con-presunto-alcance-fiscal-en-aerocivil/20160524/nota/3142196.aspx</p>
Fundamentos fácticos	<p>Caso B.</p> <p>En este caso, la vista fiscal realizó un análisis del megaproyecto de descontaminación del río Bogotá.</p>

•El principio de planeación en materia de compras públicas...

Argumentos del posible detrimento patrimonial	La entidad estatal es responsable del mismo, en este caso, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, que no ha avanzado en el propósito de mejorar la calidad del agua de la fuente hídrica. Además, advirtió el órgano que los costos del megaproyecto se han elevado un 72,58 %, llegando hoy a \$ 1,6 billones cuando originalmente se calculaban en \$ 971.987 millones.
Corporación	Contraloría General de la República. Fecha de consulta: 14 de septiembre de 2016
Fuente	http://www.contraloria.gov.co/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa
Fundamentos fácticos	<p>Caso C.</p> <p>En este caso, la Contraloría General de la República determinó un hallazgo con presunta incidencia fiscal por la suma de \$ 35.937 millones de pesos en el Fondo Nacional del Ahorro, originado por sobrecostos en la adquisición del inmueble donde actualmente funciona esta entidad.</p>
Argumentos del posible detrimento patrimonial	<p>Se incumplió el principio de planeación contractual y se materializó una gestión antieconómica, estimó el organismo de control al analizar la operación materializada por la anterior administración de la entidad. Continúa la vista fiscal indicando que, el daño patrimonial se deriva de las debilidades que se dieron en la estructuración del proceso precontractual, específicamente al no proveer un correcto procedimiento para establecer un precio de referencia comparable, pero además se da también por inconsistencias en el proceso de homogeneización de la muestra de mercado inmobiliario consultada por la firma evaluadora (Valor S. A.) para determinar el valor comercial del inmueble, lo que según concepto técnico de la Contraloría debilitó la objetividad que se requería para este fin e impuso un alto nivel de subjetividad.</p> <p>El precio total de compra del inmueble (terreno y construcción sin incluir traslado tecnológico y mobiliario) ascendió a la suma de \$ 70.713 millones, que comparada con el valor comercial retrospectivo fijado para la Contraloría General de la República por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (\$ 34.775 millones), genera un daño al patrimonio del Estado en la cuantía señalada (\$ 35.937 millones).</p> <p>Finaliza la vista fiscal diciendo que, es claro que la falta de planeación y selección objetiva, ligada a las deficiencias en los estudios de conveniencia y específicamente en el de mercado, constituyen una vulneración al deber funcional de los servidores que participaron en la elaboración de los estudios previos y en el proceso de adquisición del inmueble.</p>

Corporación	Contraloría General de la República. Fecha de consulta: 15 de febrero de 2017
Referencia	http://caracol.com.co/emisora/2017/02/15/neiva/1487170152_558596.html

Como se puede observar de los supuestos prácticos, la posición de la vista fiscal en diversos escenarios no resulta ser la misma, pues esto dependerá de la integración de los elementos estructurales de la responsabilidad fiscal, pero además del entendimiento del principio de planeación en sede administrativa.

No obstante, es posible establecer que en ciertos casos puede iniciarse investigación fiscal y posteriormente declararse responsabilidad en este campo, cuando en los contratos no se aplique adecuadamente el principio de planeación y ello, necesariamente lleve a un detrimento patrimonial en alguno de los supuestos establecidos en la Ley 610 de 2000.

En este orden de ideas y a modo de conclusión, podrá señalarse –a pesar de la posibilidad de que los elementos estructurales de la responsabilidad fiscal pueden ser entendidos por la vista fiscal de diferente forma–, que podrá existir este tipo de responsabilidad patrimonial, en materia de contratación y especialmente respecto de la falta o indebida aplicación del principio de planeación, cuando se cause un daño patrimonial, el cual tiene como génesis, entre otras múltiples circunstancias, la no previsión de costos o descripciones técnicas que hacen más oneroso el negocio estatal en su ejecución, el inadecuado seguimiento a la ejecución del contrato o finalmente, la falta de determinación en la fase de planeación de la real necesidad estatal que se busca solucionar con el respectivo proceso contractual, lo cual determina que a pesar de cumplirse el objeto contractual el mismo no tiene una real utilidad o de cumplimiento a los fines estatales.

Concreción y divergencias como conclusión de este capítulo

En este capítulo se desarrolló el análisis de uno de los temas más relevantes en materia de controles en Colombia y es el referido al control fiscal y su incidencia en el devenir de la actividad estatal, extendiendo aquel análisis no solamente a la descripción normativa del mismo, sino adicionalmente y más relevante, presentando los que en criterio del suscrito, resultan ser aspectos estructurales de aquel campo administrativo en el día a día.

En consonancia con ello, se presentó una descripción gráfica de cómo aquel control con matices y textura en construcción puede intervenir en la actividad estatal, especialmente si de compras públicas se trata.

Igualmente se hizo mención de los elementos estructurales de la declaratoria de responsabilidad fiscal, dentro de los cuales se enfatizó en el “daño patrimonial” como elemento de vital importancia en el devenir de esta materia. Y es que tal elemento en el caso de la declaratoria de responsabilidad fiscal derivada de la inexistente o regular aplicación del principio de planeación, representa el factor determinante, pues es en él donde realmente la falta de planeación puede tornarse tema del resorte fiscal que ejercen las contralorías, sin que ello signifique como se dejó sentado en el capítulo, que la atribución de este tipo de responsabilidad en materia de compras públicas, únicamente tenga su fundamento en la indebida aplicación de aquel principio.

Finalmente y como resultado de este ejercicio, debe tenerse en cuenta que el principio de planeación no solo impacta en la confección del mismo negocio jurídico público, sino que a posterior puede tener incidencia en campos como el analizado en este capítulo y el que se analizará en el siguiente.

Así la responsabilidad fiscal como instrumento autónomo y accesorio del control fiscal, en materia de compras públicas y especialmente por el incumplimiento del deber de planear, solo se podrá producir cuando como consecuencia de esa inexistente o defectuosa actividad se cause un detrimento patrimonial en las múltiples aristas, señaladas en la ley.

EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN MATERIA DE COMPRAS PÚBLICAS VISTO A LA LUZ DEL EJERCICIO DE CONTROL DISCIPLINARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Presentación

Este capítulo aborda el tema del control disciplinario desde su estructura y naturaleza constitucional, presentando sus elementos estructurales en el devenir de la gestión estatal, especialmente en lo tocante al sistema de contratación pública y la aplicación del principio de planeación.

Así, en la primera parte del capítulo se muestra de manera acotada la naturaleza constitucional, legal y doctrinal del control disciplinario, su forma de manifestación y sus principales ejes estructurantes, dada la necesidad de efectuar una contextualización de aquel régimen, esto a partir de pronunciamientos de la Corte Constitucional y la doctrina especializada de la Procuraduría General de la Nación.

En una segunda parte se interrelaciona aquel control y su declaratoria de responsabilidad disciplinaria a propósito del sistema de compras públicas y la aplicación del principio de planeación, como eje constitutivo de la misma.

Por último se hacen algunas precisiones respecto de la existencia de responsabilidad disciplinaria y el quebrantamiento de los postulados y estructura del principio de planeación en materia contractual.

El control disciplinario como actividad estatal autónoma e independiente; su naturaleza y delimitación

En Colombia la actividad administrativa tiene diferentes tipos de controles autónomos, los cuales en la mayoría de los casos, suelen ser posteriores a la actividad pública y realizados de forma selectiva¹⁰² en muchos eventos, aunque también pueden ser efectuados por denuncias o por solicitudes expresas de realizar control de forma obligatoria.

Así, no resulta extraño que órganos de control como las contralorías o veedurías pongan en marcha en ejercicio de aquella potestad conferida por vía constitucional o legal, investigaciones a fin de determinar en el curso de estas algún tipo de responsabilidad¹⁰³.

En el capítulo anterior se reflexionó sobre el control fiscal, sus implicaciones y su relación directa con el ejercicio del principio de planeación como norma de conducta exigible en las compras públicas que efectúen las diferentes entidades estatales. Aquí se presentarán las implicaciones que puede tener en la esfera de lo público la indebida aplicación del principio de planeación en materia de compras

102 En consideración de los estudios y reflexiones realizados en este texto, resulta conveniente señalar que la función ejercida por los órganos autónomos e independientes a los cuales se les ha confiado, según el ordenamiento jurídico actual, la investigación y juzgamiento de diferentes conductas, tiene su génesis en múltiples actividades como las denuncias, solicitudes de investigación, entre otros múltiples mecanismos a través de los cuales aquellos órganos conocen de una causa. En especial atención los hallazgos, se han considerado como el resultado que se obtiene de un ejercicio de comparación entre el deber ser de una conducta pública y la realidad materia de la misma y que arroja una disimilitud entre esa comparación. Dicha comparación es realizada por los organismos de control, según las normas que regularizan su actuar y el campo de estudio al cual se encuentran sometidos. En Colombia existen diferentes tipos de hallazgos que resultan ser la consecuencia de la comparación antes referenciada, como lo son los de contenido y consecuencia administrativa, penal, fiscal o disciplinaria.

103 En cuanto a los tipos de responsabilidad debe tenerse en cuenta que el constituyente y en algunos casos el legislador, reguló y asignó a cada entidad estatal de control unas tareas y funciones detalladas en las normas que fundan su actuar. Dichas entidades estatales como lo sostiene el profesor Libardo Rodríguez se ubican estructuralmente dentro de la organización administrativa del Estado como órgano independiente, como resultado de la aplicación de la teoría de la separación de poderes y la adopción de un esquema ampliado de aquella institución. Libardo Rodríguez, *Estructura del poder público en Colombia* (Bogotá: Temis, 2015), 1-11, 165-73.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...

públicas desde el punto de vista del control disciplinario¹⁰⁴, para lo cual inicialmente se expondrá su régimen jurídico y lo que comporta en el ordenamiento local el ejercicio de aquella potestad estatal¹⁰⁵. Se finalizará exponiendo las variables en las cuales un sujeto puede ser responsable disciplinariamente por la aplicación anómala del principio de planeación al ejecutar la actividad contractual.

Como pilar de este apartado, lo primero que se debe indicar es que el control disciplinario como control autónomo parte de un supuesto abstracto y que se concreta en el análisis sobre la actuación del servidor público y en ocasiones del particular que desarrolla funciones públicas de forma transitoria¹⁰⁶.

Para ilustrar la naturaleza de la potestad disciplinaria y su fin, se cita la sentencia del 6 de noviembre de 2002 de la Corte Constitucional, en virtud de la cual se revisó la constitucionalidad de la Ley 734 de 2002:

La ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones

.....
104 Sobre la importancia del derecho disciplinario como control autónomo pueden consultarse las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: 427 de 1994; 341 de 1996; 346 de 1996; 712 de 2001; 373 de 2002 y 948 de 2002.

105 "La potestad disciplinaria ejercida por este organismo de control [Procuraduría General de la Nación] es, en esencia, un ejercicio de la función administrativa. Es decir, a pesar de que el ejercicio de la función disciplinaria está regulado en un Código Disciplinario Único, en el que se regula de forma pormenorizada el régimen de faltas, responsabilidades, sanciones y procedimientos para la realización de las correspondientes investigaciones y juicios disciplinarios, ello no desdibuja su naturaleza de procedimiento administrativo sancionador especial. En este orden de ideas, las actuaciones disciplinarias están sometidas a las exigencias legales sobre los actos administrativos y el ejercicio de la función administrativa; y lo más importante, están sometidas al control judicial por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo". Julián Suárez Bohórquez, *La culpabilidad disciplinaria: interpretación jurídica y valoración probatoria bajo el estándar del "Buen servidor público"* (Bogotá: Leyer, 2016), 8.

106 Ha dicho la Procuraduría General de la Nación que los particulares respecto de los cuales podrá sobrevenir el control disciplinario son aquellos que poseen un vínculo jurídico, como lo son los contratos estatales, pues sobre ellos recae el ejercicio de una facultad o función administrativa de forma transitoria. Esta interpretación ha sido adoptada precisamente por cuanto el Código Único Disciplinario, al declarar quiénes son sujetos cualificados de la ley disciplinaria, además de incluir a los servidores públicos extendió el alcance a los particulares que se describen en su artículo 53, esto es: (i) particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; (ii) particulares que ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, entendidos estos de conformidad con la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como aquellos particulares que por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realicen funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos y, (iii) particulares que administren recursos públicos u oficiales, entendidos tales por la ley, como aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que forman parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos. En cuanto a estos sujetos destinatarios del control disciplinario, en concordancia con el artículo 55 del catálogo disciplinario, la atribución de responsabilidad solo podrá ser a título de falta gravísima por dolo o culpa descrita de forma clara e inequívoca en aquella disposición.

del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro. La Corte ha precisado que el derecho disciplinario pretende garantizar “la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo”; cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliera los principios de “igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” a que hace referencia la norma constitucional. También ha dicho la Corte que si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica de tal principio no podría ser otra que la necesidad de castigo de las conductas que atentan contra tales presupuestos, conductas que –por contrapartida lógica– son entre otras, la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. En términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia. La jurisprudencia ha señalado que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en tipos abiertos, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos¹⁰⁷.

En armonía con lo expuesto por la Corte Constitucional, el fundamento de la responsabilidad disciplinaria en Colombia se basa en el análisis de la actuación del servidor público¹⁰⁸ que despliega una serie de actividades con el propósito de cumplir los fines estatales, lo cual implica que podrá existir control disciplinario en cualquier caso y que solo podrá haber responsabilidad de este tipo, cuando se

107 Sobre la importancia del derecho disciplinario como control autónomo pueden consultarse las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: 427 de 1994; 341 de 1996; 346 de 1996; 712 de 2001; 373 de 2002 y 948 de 2002.

108 Para efectos de este capítulo se entenderá el concepto de “servidor público” como el destinatario de la ley disciplinaria, a pesar de la diferencia conceptual, dogmática y práctica que tiene por una parte el servidor público que posee una relación legal y reglamentaria con el Estado, como el particular vinculado al Estado a través de las modalidades que establece la ley, y respecto de las cuales ya se hizo mención. Así las cosas, cuando en este capítulo se adopta el criterio de servidor público, debe entenderse que se apunta a los destinatarios en sentido lato.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...•

compruebe la existencia de una falta disciplinaria con independencia del concepto de función pública¹⁰⁹⁻¹¹⁰.

Así y de conformidad con la ley, la doctrina y la jurisprudencia especializada en la materia, constituyen elementos necesarios para la atribución de este tipo de responsabilidad los siguientes: (i) la ilicitud sustancial, entendida esta en los términos de la ley como la comisión de la falta que afecte el deber funcional sin justificación alguna. Es decir, frente a la argumentación de la ilicitud sustancial tiene que haber dos presupuestos: la infracción del deber funcional y que esto genere el incumplimiento de los fines del Estado, pues lo que busca es garantizar la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético de los servidores públicos¹¹¹⁻¹¹²; (ii) el análisis respecto de la culpabilidad, el cual deberá ser según las reglas de un análisis de responsabilidad subjetiva, esto es, a título de dolo o culpa y (iii) la tipicidad de la conducta por la cual se pretende la imputación disciplinaria.

109 La función pública es para la Corte Constitucional el conjunto de funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos y de las demás entidades o agencias públicas, en orden de alcanzar sus fines; funciones que no solo son predicables de las personas que se vinculan al Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión del cargo, sino también de los particulares que, en los casos establecidos en la Constitución y la ley, pueden investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas o judiciales. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia 97 de 2003. M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa y Sentencia 338 de 2011. M. P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Por otra parte, expresa la Procuraduría General de la Nación como instancia productora de doctrina en materia disciplinaria –al menos desde el punto de vista administrativo– que: “el ejercicio de una función pública implica el ejercicio de facultades inherentes al Estado, que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción”. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Fallo de segunda instancia. Referencia: Radicado No. 093- 09429-2005.

110 Sobre la noción de servicio público y su evolución reciente en el derecho francés en el que tuvo origen véase Pierre Esplugas, *Le service public*. 2ª ed. (París: Dalloz, 2002).

111 Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Fallo de segunda instancia. Referencia: Radicado No. 093- 09429-2005.

112 “En el ordenamiento jurídico colombiano, el vocablo ‘servidor público’ abarca diferentes realidades jurídicas. Se trata de una noción omnicompreensiva, en el sentido de que comprende a todos los dependientes del Estado, es decir, a todos aquellos sujetos que se vinculan al sector público para el desarrollo de una actividad profesional. Podría decirse entonces que para el constituyente es irrelevante si la relación jurídica se halla sometida al derecho administrativo o al derecho laboral, o si la vinculación se dio mediante acto administrativo o contrato. De igual forma, resulta irrelevante si las razones por las que la persona ingresó al servicio obedecen a un despliegue de confianza política, exclusivamente a la demostración de mérito, a la necesidad de asegurar criterios de imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función, o al resultado de un proceso electoral. El concepto traído por el artículo 123 CP es trascendente porque aglutina múltiples posibilidades y razones de vinculación con el sector público, y porque unifica la variedad por medio de dos criterios: el deber de respetar en todo momento la legalidad, y la posibilidad de derivar del eventual incumplimiento de la misma exactas consecuencias, algunas de ellas de índole patrimonial”. Gil y Rincón, *La responsabilidad*, 24-5.

En este contexto, la falta disciplinaria puede entenderse como aquellas descripciones abstractas de comportamientos realizables por parte de los servidores públicos que enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública, cuyo fundamento se estructura de forma finalística en la misma Carta Política y según los cuales los servidores públicos podrán ser responsables por incumplir las órdenes impartidas por el régimen jurídico¹¹³ y además, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, siendo la ley la encargada de determinar su responsabilidad y la manera de hacerla efectiva¹¹⁴.

Dicho elemento indispensable en materia disciplinaria se plasma y desarrolla en el actual Estatuto Disciplinario, adoptado legalmente por la Ley 734 de 2002 con las modificaciones introducidas por la Ley 1474 de 2011, denominada Estatuto Anticorrupción¹¹⁵.

Estas disposiciones preceptúan qué debe comprenderse como falta de este tipo, la conducta en que incurre un servidor público prevista en aquel catálogo normativo que resulta ser consecuencia del incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del

.....
113 Respecto al incumplimiento de órdenes impartidas por el ordenamiento jurídico, se tiene que este elemento constitutivo de falta disciplinaria se encuentra relacionado entre otros aspectos con el desconocimiento sea con dolo o culpa del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos, prohibiciones o conflictos de intereses establecido en el ordenamiento jurídico. En relación con este supuesto como constitutivo de falta disciplinaria, pueden revisarse los siguientes fallos del ente de control: (i) fallo de segunda instancia, en el cual se resuelve un recurso de apelación en un proceso iniciado por la Procuraduría Regional de Sucre en el cual en primera instancia se sanciona a servidores públicos y particulares en temas de contratación estatal, en el supuesto de violación de aquel régimen. Referencia: Radicado No. 093-09429-2005. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, 2005. (ii) Fallo de segunda instancia, en el cual se resuelve un recurso de apelación en un proceso iniciado por la Procuraduría Regional de Nariño en el cual en primera instancia se sancionó a un servidor público, en el supuesto de violación del régimen de incompatibilidades al cual se encontraba sometido por la naturaleza de su empleo público. Referencia: Radicado No. 085-11887-2006. Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, 2006. Y (iii) fallo de segunda instancia, en el cual se resuelve un recurso de apelación en un proceso iniciado por la Procuraduría Regional de Nariño en el cual en primera instancia se sancionó a un servidor público, en el supuesto de violación del régimen de inhabilidad cual se encontraba sometido por la naturaleza de su empleo público. Referencia: Radicado No. IUS 2012-418545 - IUC-D-2012-68-564168. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, 2012.

114 Constitución Política de Colombia, artículos 6, 118, 124, 209, 277, 278 y 279.

115 "Ley 1474 de 2011, fue promulgada como respuesta social a graves situaciones coyunturales que se venían presentando en el país, como la llamada puerta giratoria de los altos funcionarios del gobierno; decisiones cuestionables de uso de recursos públicos en campañas electorales, como el caso de un programa del Ministerio de Agricultura llamado Agro Ingreso Seguro –AIS–; prórrogas generosas de los contratos de concesión vial y portuaria; escándalos de corrupción del grupo empresarial Nule; abuso de poder de la familia del alcalde de la capital de la república, Moreno, que pedía coimas o comisiones, y los carruseles de contratación de Bogotá; así como otros escándalos en el sector salud". Gómez, *La seguridad jurídica*, 171-2.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...

régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en la referida norma¹¹⁶.

Como consecuencia de la existencia de la falta disciplinaria, previamente encuadrada en la normativa que regulariza esta materia y de la cual se hizo mención anteriormente, aquella falta se puede enmarcar en alguno de los tipos que estableció el legislador en relación directa con la gravedad de la misma. Aquella calificación la realiza el servidor público que funge para efectos del ejercicio de este control, como parte y juez del trámite administrativo, pudiendo ser aquella calificación gravísima, grave o leve.

Aquel elemento de la responsabilidad disciplinaria es el más importante en esta materia y salvo la existencia de eximentes de responsabilidad, conduce directamente luego de la realización del proceso en sentido estricto a la declaratoria de responsabilidad disciplinaria, la cual a diferencia de la fiscal, sí tiene un fuerte contenido sancionatorio¹¹⁷.

Las sanciones disciplinarias, según García de Enterría y Fernández, son la consecuencia de un proceso previamente establecido y que se imponen a las personas que están en una relación de sujeción especial con la administración por infracciones cometidas a la disciplina interna por la que se rige dicha relación y

.....
116 El artículo 28 del Código Único Disciplinario desarrolla las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria, las cuales corresponden a causales de justificación y de inculpabilidad, que en algunos casos eliminan la antijuridicidad de la conducta y en otros, pese a la configuración del ilícito disciplinario, desvirtúan el reproche del mismo (culpabilidad). Respecto del tema de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria pueden consultarse los siguientes fallos de la Procuraduría General de la Nación: (i) fallo, Referencia: Proceso verbal disciplinario. Radicado No. IUS 2014-41945 IUC-D-2014-564-670870, 7 de junio de 2016. Procuraduría Regional del Caquetá. (ii) Fallo, Referencia: Proceso verbal disciplinario. Radicado No. 161-6095 (IUS 2013-318812, 4 de junio de 2015. Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación. Y (iii) fallo, Referencia: Proceso verbal disciplinario. Radicado No. 161-5584 (IUS 2010-62931), 25 de junio de 2015. Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación.

117 “[...] se subraya el carácter resarcitorio de la responsabilidad exigida mediante la acción de repetición a efectos de diferenciarla de otros mecanismos que el ordenamiento jurídico contempla y que cumplen en esencia una finalidad sancionatoria. En esto se diferencia claramente de la llamada responsabilidad disciplinaria, pues en esta no se busca compensar una pérdida sufrida por una entidad u organismo público sino imponer una pena. Por contera, no se está estudiando en este escrito una manifestación del *ius puniendi* del Estado, el cual se materializa por un cauce administrativo (procedimiento disciplinario) tendiente a reprochar una conducta que al ser prohibida por el ordenamiento jurídico constituye una infracción y cuyo acaecimiento sólo admite una respuesta: ‘el sacrificio de un derecho de connotación individual’, que en los comportamientos más gravosos lo es la estabilidad en el empleo (destitución, terminación del contrato de trabajo) o el derecho de acceder a las funciones y cargos públicos, así como el poder contratar con el Estado (inhabilidad)”. Gil y Rincón, *La responsabilidad*, 77.

que pueden ser cuestionables jurídicamente hablando, pues con ellas se afecta la función pública¹¹⁸.

En este orden de ideas, para atribuir responsabilidad disciplinaria a un servidor público por faltas relacionadas con el trámite contractual, será necesario además de la imputación ya analizada en este estudio, establecer la existencia de causales de exclusión de responsabilidad y la afectación que el actuar de aquel servidor público tuvo en el ejercicio de la función administrativa.

A modo de conclusión, cuando se observe que el principio de planeación no se materializó adecuadamente y con los fines que se perseguía con su realización, el operador disciplinario debe considerar que este hecho puede ser producto de situaciones descritas en la ley disciplinaria y que se constituyen en aspectos relacionados con los deberes y las prohibiciones de carácter general, los cuales valga señalar son premisas abiertas e indeterminadas¹¹⁹, en las que el fallador cuenta con un amplio margen de valoración e individualización de las faltas sancionables, siendo menester que en estos casos exista una referenciación a otra norma positiva que contenga la descripción de dicho deber o prohibición desconocido¹²⁰⁻¹²¹.

118 Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández, *Curso de derecho administrativo* (Bogotá: Civitas, 1985), 48-9.

119 Diana Carolina Calixto Rodríguez, *Responsabilidad disciplinaria del servidor público en la contratación estatal* (Chía: Universidad de La Sabana, 2011), 21-2.

120 "A pesar de parecer reiterativo, la Comisión debe insistir en que la configuración de un derecho disciplinario autónomo, exige que los contenidos de las categorías –ciertamente tomadas del derecho penal– se llenen con contenidos que permitan perfilar esa visión autonomista. Entendida la tipicidad como la garantía ciudadana de que sólo se puede ser castigado por aquello que legalmente haya sido prohibido, resulta de importancia enfatizar que la conducta prohibida en derecho disciplinario en multitud de ocasiones se construye por reenvíos, sin que pueda desdeñarse de manera absoluta la tipificación en blanco y sin que pueda olvidarse que la casi totalidad de las faltas admiten comisión (u omisión) imprudente. No puede tampoco dejar de recordarse que el legislador ha descrito de manera clara, evidente y directa cuáles son las faltas que han de reputarse gravísimas y que el operador jurídico sólo podrá morigerar esa consideración si no comparece el tipo subjetivo exigido (dolo o culpa gravísima). En tal sentido no es defensible en derecho disciplinario –por su especial configuración dogmática– un efecto oclusivo de los tipos penales de mayor rigor a unos de menor rigor". Fallo de segunda instancia, en el cual se resuelve un recurso de apelación en un proceso iniciado por la Procuraduría Regional de Nariño. Referencia: Radicado No. 085-11887-2006. Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, 2006.

121 En materia de derecho sancionador disciplinario, el legislador fijó la posibilidad de que existan tipos disciplinarios en blanco, los cuales hacen remisión a otros tipos jurídicos para la estructuración de un concepto de tipicidad en cada caso, pues la función pública posee diferentes escenarios y materias en las que debe operar el derecho disciplinario.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...•

El control disciplinario como actividad estatal autónoma e independiente aplicable al sistema de compras públicas por vulneración del principio de planeación

En consecuencia con lo anterior, tanto a la luz del Código Disciplinario Único como de los diferentes regímenes especiales en esta materia¹²², si un servidor público dentro del ejercicio de la actividad contractual incumple los deberes contenidos en las normas que regulan cada una de las etapas o incurre en el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos, prohibiciones o conflictos de intereses determinados en el ordenamiento jurídico realizado por el legislador, podrá ser sujeto disciplinable siempre y cuando su comportamiento se encuentre estipulado dentro de un precepto legal complementario como prohibición o deber, no se ventilen causales de exclusión de responsabilidad y que la conducta sea ilícita sustancialmente.

Por lo dicho, en materia disciplinaria a diferencia de lo que sucede en otros controles autónomos, lo que se analiza no son las consecuencias cometidas por el deficiente ejercicio de la función pública y los daños lesivos que puedan llegar a tener o su gravedad. En esta materia lo que se investiga y sanciona eventualmente, resulta ser el proceder del servidor público y su desviación de las funciones a su cargo, sean estas delegadas o no¹²³.

Como se puede notar aquí, a los ojos del ejercicio del poder disciplinario lo realmente significativo es el no cumplir con lo que se debía, sea por extralimitación en el ejercicio de las funciones atribuidas y asignadas legalmente al empleo público, por omisión de aquellas funciones o por el ejercicio tardío o defectuoso de las mismas, sin dejar de lado el quebrantamiento del régimen de inhabilidades,

.....
 122 Resulta importante enunciar que, en materia de regímenes disciplinarios, existen algunos especiales y diferentes al que dicta el Código Único Disciplinario, los cuales han sido establecidos a partir de premisas constitucionales y legales, que responden a situaciones especialmente diseñadas por el constituyente o el legislador en atención a la función pública que aquellos servidores públicos realizan.

123 Ya ha sido consistente la posición tanto del Consejo de Estado como de la Procuraduría General de la Nación en lo que atañe a la delegación de la facultad de contratación, al manifestar que es incuestionable que en el ámbito de la selección de contratistas, ejecución y liquidación contractual, el representante legal puede delegar sus competencias; pero también lo es que por virtud del principio de responsabilidad y como director de la actividad contractual, el delegante tiene a su cargo unos deberes de orientación, seguimiento, avocación, revocación y corrección para garantizar que la competencia, que en últimas compromete a la entidad, cumpla cabalmente con las exigencias que demanda el Estatuto Contractual. Sobre esta posición pueden confrontarse los siguientes pronunciamientos de la Procuraduría General de la Nación: (i) fallo dentro del proceso de responsabilidad disciplinaria de única instancia. Referencia: Radicado No. IUS 2011-440498-IUC-D-2015-139-516816, 19 de noviembre de 2015. Despacho del Procurador General de la Nación; y (ii) fallo dentro del proceso de responsabilidad disciplinaria. Referencia: Radicado No. 161-5455 (156-167989), 21 de mayo de 2015. Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación.

incompatibilidades, impedimentos, prohibiciones o conflictos de intereses establecido en el ordenamiento jurídico realizado por el legislador.

En el contexto aquí expuesto, a continuación se presentan algunas investigaciones disciplinarias ya concluidas y respecto de las cuales la vista disciplinaria declaró responsables a los servidores públicos que faltaron a los deberes funcionales que estaban llamados a cumplir, en virtud del principio de planeación contractual.

Tabla 6. Exposición de casos: la declaratoria de responsabilidad disciplinaria derivada de la falta o indebida aplicación del principio de planeación

<p>Fundamentos fácticos</p>	<p>Caso A.</p>
	<p>La Procuraduría General de la Nación mantuvo la sanción impuesta al gobernador del Vaupés para los años 2004-2008, por cuanto en un contrato para la adquisición de material didáctico, bibliográfico y audiovisual, como ayuda educativa a favor de las escuelas e internados del área rural del departamento del Vaupés, no estableció en la fase precontractual de forma puntual las condiciones de costo y calidad de cada artículo, bien o material a ser adquirido ni detalló claramente las cantidades, marcas y precios correspondientes. Solamente de manera generalizada señaló un material didáctico, bibliográfico y audiovisual a adquirirse y un presupuesto global para realizar la compra; lo cual, reflejó la elaboración de unos términos de referencia incompletos, ambiguos y confusos.</p> <p>En ese mismo sentido, ordenó la apertura del proceso contractual aludido, sin contar previamente con un plan de compras que contemplara la adquisición de los bienes a obtenerse en este proceso contractual e igualmente, no contaba con los estudios y evaluaciones previas respecto a los precios relacionados o establecidos en el mercado para esta clase de operaciones.</p> <p>Lo anterior, ocasionó que se pagara la suma de \$ 76.253.244, resultado de los descuentos hechos al precio convenido dentro de este contrato de \$ 87.899.994, que en todo caso, superó notoriamente el precio que normalmente se paga por esos materiales en el mercado, lo cual, representa un enriquecimiento sin causa justa a favor de un tercero y a la vez un detrimento patrimonial en contra del Estado.</p> <p>En efecto, solamente cotizados en el mercado de la época, más de la mitad de dichos materiales, se observa tiene un sobre costo de \$ 25.115.874, en el precio de los mismos.</p>

Razón de la decisión	<p>Argumentos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La actuación del gobernador del Vaupés para la época de los hechos debía encaminarse a proteger el respeto al interés general, ya que la desviación de cumplimiento de los fines estatales indicó y mostró una apatía del servidor público por la observancia de los deberes y obligaciones a él asignados en razón de la dignidad oficial conferida por la ley y la Constitución. 2. El deber de dirigir y manejar la actividad contractual en el departamento, aunque esta se hubiese asignado a otros servidores, con toda la delegación no le impide reasumir el ejercicio de la actividad transferida y subsanar las falencias detectadas en desarrollo de dicha actividad. 3. Todos los servidores en desarrollo de la actividad contractual están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación y a vigilar la correcta ejecución de los objetos contractuales, solo de esta forma prevalece el interés general que deben advertir los servidores públicos en el ejercicio de las actuaciones estatales.
Corporación	Procuraduría General de la Nación
Fuente	Radicado No. 002-139728-06, 3 de septiembre de 2009.
Fundamentos fácticos	<p>Caso B.</p> <p>A la alcaldesa municipal de Santiago de Tolú, Sucre, se le reprocharon dos presuntas conductas anómalas:</p> <p>Primera: suscribir el contrato OC-03-SP-MST-06-04 el 3 de junio de 2004 por \$ 86.951.319, cuyo objeto era la adecuación de la biblioteca municipal, sin contar previamente con los estudios de orden técnico y económico.</p> <p>Con su actuación la investigada presuntamente transgredió lo señalado en el artículo 34, numeral 1 de la Ley 734 de 2002, que dispone como deber de todo servidor público, cumplir y hacer que se cumplan, entre otros, los deberes contenidos en las leyes. Se le acusa de no cumplir con lo dicho en el artículo 25, numeral 12 de la Ley 80 de 1993, principio de economía, según el cual con la debida antelación a la firma del contrato, se deberán elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, pues la alcaldesa suscribió el contrato para la adecuación de la biblioteca pública sin tener los estudios técnicos y económicos necesarios para establecer los requerimientos reales para lograr el objetivo propuesto por la administración.</p>

<p>Fundamentos fácticos</p>	<p>La conducta cuestionada se considera falta gravísima, conforme lo indica el artículo 48, numeral 31 de La ley 734 de 2002, que determina como falta gravísima, participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal, como lo es el principio de economía anteriormente referido.</p> <p>La conducta la realizó con conocimiento de causa, pues la funcionaria suscribió el contrato OC-03-SP-MST-06-04, teniendo en cuenta únicamente el documento “Estudios previos”, el cual reportaba la necesidad de efectuar estudios técnicos y el presupuesto de obras, los cuales no fueron realizados, por otro lado, suscribió un acta y dos contratos para adicionar obras, en donde una de las justificaciones a estas adiciones fue la creación de la sala de cómputos y no se consideró para la suscripción del contrato inicial. La culpabilidad de la investigada se califica a título de dolo.</p> <p>Segunda: suscribir el 29 de octubre de 2004 las órdenes de suministro SUM-43-SP-MST-10-04 y SUM-44-SP-MST-10-04, por \$ 7.505.160 y \$ 6.059.820 respectivamente, con el mismo objeto contractual, consistente en el suministro de alimentos a los restaurantes escolares de las instituciones educativas del municipio de Santiago de Tolú durante el mes de octubre de 2004, que sumó \$ 13.564.980, monto que superaba el 10 % de la menor cuantía, eludiendo el proceso de convocatoria pública, que conforme la cuantía de las órdenes suscritas, debió adelantarse para celebrar un solo contrato.</p> <p>Con su actuación la investigada, presuntamente transgredió el artículo 34, numeral 1° de la Ley 734 de 2002, que dispone como deber de todo servidor público, cumplir y hacer que se cumplan, entre otros, los deberes contenidos en las leyes y los decretos. Se le acusa de no cumplir con el principio de transparencia consagrado en el artículo 24, numeral 8 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual se prohíbe a las autoridades eludir los procedimientos de selección objetiva y demás requisitos previstos en el Estatuto, así como lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 2170 de 2002, según el cual para la celebración de contratos de menor cuantía se debe oficiar convocatoria pública, sin embargo, suscribió órdenes de suministro con el mismo objeto, en la misma fecha y cuyo monto superaba el 10 % de la menor cuantía, rehuendo el proceso de convocatoria.</p>
------------------------------------	--

<p>Fundamentos fácticos</p>	<p>La conducta cuestionada se considera falta gravísima, conforme lo dicta el artículo 48, numeral 31 de la Ley 734 de 2002, que instituye como falta gravísima, participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal, como lo es el señalado principio de transparencia.</p>
<p>Razón de la decisión</p>	<p>Argumentos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Es evidente que el principio de planeación contractual, por cuya vulneración se sancionó en primera instancia a la procesada, no se satisface con la formal existencia de precarios elementos documentales de carácter técnico o económico como los allegados por la defensa. Sino con la efectiva realización de los análisis de todo orden que permitan evitar la improvisación en la ejecución contractual, el desgaste administrativo y el detrimento patrimonial al Estado. 2. La verdadera demostración de acatamiento de dicho principio consiste en reconocer que la contratación estatal impone especiales niveles de diligencia, preparación y cuidado que permitan soslayar, o cuando menos reducir al mínimo, toda improvisación en la ejecución del contrato. No es suficiente exhibir un documento de naturaleza técnica como un plano o un incipiente estudio de referencia, para tener por cumplido el requisito contractual analizado, pues la planeación contractual supone la anticipación ponderada de los aspectos que puedan afectar el normal desarrollo de la obra objeto de contratación. 3. Resulta incompatible con la filosofía que inspira el principio de planeación contractual, creer que él se limita al acopio de un documento rotulado “Estudios técnico-económicos” o con cualquier otra expresión equivalente, si los hechos demuestran que la administración realmente estaba improvisando al momento de celebrar o ejecutar el contrato. Ello se hace patente cuando la obra contratada se aparta de los parámetros técnicos y económicos originalmente trazados para el proyecto. Esto fue precisamente lo que llevó al a quo a tener por demostrado y no desvirtuado el cargo formulado. El despacho comparte su apreciación.

Razón de la decisión	4. El despacho compartió la validez de las razones que llevaron a la Viceprocuraduría a deducir responsabilidad en cabeza de la disciplinada y reiteró: más que la formal existencia de un documento de aparencia técnica, la planeación se refleja en la anticipación de las eventualidades que se puedan presentar en el desarrollo contractual. No puede entonces admitirse como adecuada, una planeación que calculó 4 metros cúbicos de cimentación, cuando en la liquidación del contrato se reconocieron y pagaron 21,5 metros cúbicos de concreto para cimentación.
Corporación	Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado.
Fuente	Radicado: No. 360 - 2013, 18 - X - 2013. SIAF: 2013 - 343653 (dicho concepto se da con ocasión del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la declarada responsable dentro del proceso disciplinario No. 110010325000201100488 00 (R. I: 1923/11).
Fundamentos fácticos	<p>Caso C.</p> <p>La Procuraduría Provincial de Norte de Santander sancionó disciplinariamente al alcalde municipal de San Martín, Cesar (periodo 2010) con destitución e inhabilidad general por el término de doce años, por considerar que el encartado disciplinario desconoció múltiples principios en materia de contratación estatal, especialmente los de planeación y economía.</p> <p>Dicho servidor público según se deduce del fallo en cuestión, celebró el contrato de obra pública No. 034 del 31 de diciembre de 2010, cuyo objeto fue el diseño y construcción de una planta de tratamiento de aguas residuales e industriales para la planta de beneficio de ganado bovino y demás adecuaciones locativas sanitarias e hidráulicas.</p>
Razón de la decisión	<p>Argumentos:</p> <p>1. La mencionada obra fue construida por parte del contratista, pero la misma no cumplió con aspectos de orden técnico para su operación, por ejemplo, no cumplió con la distancia que estipulaba la normativa.</p> <p>Así las cosas, Corpocesar, entidad que no encontró viable la puesta en marcha de la planta de sacrificio, comunicó que hasta tanto no se reubicara la planta de tratamiento de aguas residuales y se realizaran los ajustes apropiados a las instalaciones, la misma no podría funcionar.</p>

<p>Razón de la decisión</p>	<p>Adicionalmente, ante la visita del Invima, ante los graves hallazgos técnicos evidenciados y en virtud de sus funciones, ordenó la clausura de la planta.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Así las cosas, la obra contratada y ejecutada no se pudo poner en funcionamiento debido a errores en la planeación adecuada exigible al servidor público, como responsable de la actividad contractual.
<p>Corporación</p>	<p>Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Provincial de Norte de Santander.</p>
<p>Fuente</p>	<p>Radicado No. IUS 2013-293516 / IUC 2013-598-634943, 10 de noviembre de 2014.</p>
<p>Fundamentos fácticos</p>	<p>Caso D.</p> <p>El despacho del procurador general de la nación declaró responsables disciplinarios (con la consecuente destitución e inhabilidad general) a los servidores públicos que fungieron como secretario de Gobierno (2010-2012) y alcalde del municipio de Puerto Gaitán, Meta (2008-2011), por las siguientes particularidades:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los estudios previos adelantados por el municipio de Puerto Gaitán en junio de 2010, reportaron la necesidad de remodelación, adecuación y mejoramiento del edificio de la alcaldía. Se realizó el respectivo estudio y documentos previos requeridos, conforme con lo ordenado por el artículo 25, numeral 7 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, con el fin de dar vía libre e inicio al proceso de contratación para llevar a cabo los trabajos estipulados en el edificio en comento. 2. En dichos estudios y en el consecuente pliego de condiciones y contrato final, no se contemplaron los estudios técnicos, ni la viabilidad ni la necesidad de tener en cuenta lo relativo a la autorización de la Electrificadora del Meta para la ubicación de la subestación pedestal que alimentaría el edificio; así como tampoco se consideraron las dificultades que se podían presentar en lo que correspondía a la fabricación de los vidrios y el tiempo necesario para la llegada de los operarios que los instalarían; y mucho menos se contempló el tiempo de fabricación, importación, nacionalización y traslado al sitio de la obra de los equipos de bombeo que eran manufacturados en Estados Unidos, y que por no existir generaron retrasos, suspensiones y dilaciones injustificadas.

Razón de la decisión	Argumentos: La falta de planeación tiene impactos en la etapa de formación del contrato, pero ella se refleja mayormente en la fase de ejecución, momento en el cual las omisiones de la administración generan graves consecuencias por carencia de estudios y diseños definitivos, circunstancias que llevan a modificar las cantidades de obra, las condiciones técnicas inicialmente pactadas y, en el peor de los casos, conducen a la paralización de las obras (tal como sucedió en el caso) o a su imposibilidad de realización.
Corporación	Procuraduría General de la Nación
Fuente	Radicado No. IUS 2011 - 440498 - IUC-D-2015-139-516816, 19 de noviembre de 2015.

De los casos propuestos en las tablas anteriores se desprende que, cuando los servidores públicos desvían el ejercicio contractual de la finalidad que se busca en esta materia o lo hacen de forma irregular o anómala, estos se convierten en sujetos disciplinables y su reproche se efectuará por el incumplimiento del deber universal de todo servidor público de acoger las obligaciones legales y funcionales que le impone en lo público cada especialidad y las normas sobre las cuales se soportan, sin olvidar el régimen especial de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos, prohibiciones o conflictos de intereses establecido en el ordenamiento jurídico realizado por el legislador.

Así, en materia contractual existe una multiplicidad de deberes funcionales que deben acatar los servidores públicos que realicen esta actividad estatal y cuya inobservancia trae como consecuencia el imperio del derecho disciplinario.

En este escenario y partiendo del fundamento constitucional y legal que inspira el derecho disciplinario y su relación directa con el ejercicio de la función pública, se tiene que el servidor público se somete en el ejercicio de sus funciones públicas, a una multiplicidad de acontecimientos en el horizonte de las compras públicas que pueden ser de competencia y decisión final por parte del órgano de control disciplinario.

Así, en la etapa precontractual los servidores públicos podrán responder entre otras situaciones por: (i) la ineficiente confección de estudios y documentos previos, (ii) la falta o indebida publicación de los documentos contractuales en los diferentes portales que exige la ley, (iii) la indebida escogencia de la modalidad

•El principio de planeación en materia de compras públicas...

de selección, (iv) la valoración e interpretación no ajustada a derecho de las condiciones establecidas en los pliegos de condiciones y, (v) la indebida escogencia y selección del contratista.

Ya en la etapa contractual y selección del contratista, entendida la primera como el proceso posterior a la planeación contractual –en sentido estricto–, los servidores públicos podrán ser investigados y responsabilizados por la comisión u omisión de las siguientes situaciones, entre otras muchas: (i) iniciar el contrato estatal sin el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución que exige el EGCAP, para los diferentes negocios jurídicos, (ii) modificar los contratos estatales sin justificación alguna que lo amerite, esto desde el punto de vista técnico, financiero y jurídico, (iii) ordenar el desembolso de recursos al contratista sin el cumplimiento de las condiciones establecidas en la ley y el contrato estatal, (iv) no aplicar las disposiciones establecidas en el contrato (cláusula de multas, cláusula penal pecuniaria o alguna de las potestades excepcionales al derecho común) cuando la ejecución del mismo lo amerite y, (v) no realizar seguimiento o hacer indebido seguimiento a la ejecución del contrato.

En la etapa poscontractual podrán ser causales de inicio de investigaciones disciplinarias y eventuales sanciones disciplinarias: (i) la no realización de procedimientos tendientes a hacer efectivas las garantías que ampararon el respectivo contrato estatal, cuando la situación fáctica así lo exija, como es el caso de los amparos de calidad del servicio, calidad de los bienes y estabilidad de la obra, (ii) la no liquidación de los contratos estatales y (iii) la no realización del cierre del expediente contractual.

Como se puede apreciar de las situaciones dadas como ejemplos, es posible que las investigaciones y posteriores sanciones sean múltiples, con ocasión de las diferentes actuaciones que realiza el servidor público en materia de compras públicas, las cuales valga la pena mencionar, responden a la realización de los principios aplicables al sistema de compras públicas en el ordenamiento colombiano, esto es, los principios de la función administrativa consignados en el artículo 209 constitucional y decantados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y, aquellos principios del sistema de compras públicas y consignados en el Estatuto Contractual, según la interpretación que de ellos han realizado las corporaciones antes señaladas.

En otras palabras, en el ejercicio de la función pública inmersa en el desarrollo de la contratación administrativa deben darse y proseguirse múltiples actividades, de lo cual se puede desprender el ejercicio del control disciplinario con las particularidades que sugieren y ordenan las normas legales que lo orientan y ello sucederá cuando no se acaten de forma adecuada aquellas actividades o deberes funcionales.

Sin embargo, para atribuir responsabilidad disciplinaria es necesario además de adecuar la conducta a uno de los tipos disciplinarios previstos en la ley, así como su antijuridicidad, analizar si obran circunstancias de exclusión de responsabilidad y verificar la sustancialidad de la conducta ilícita.

Así, en materia de compras públicas ha sido aceptado por los órganos que ejercen este tipo de control autónomo, que se será disciplinariamente responsable cuando no se cumplan los requisitos que exige la normativa en materia de planeación, como lo es por ejemplo la inexistencia de análisis de riesgos, o se realicen de forma defectuosa, como lo es por ejemplo cumplir todos los requisitos que exige la ley¹²⁴, entre los que se podría resaltar la construcción de planos, pero los cuales no responden a la realidad y necesidad que se requería¹²⁵, tornando solo en agravantes que la contratación realizada no cumpla los fines estatales para los cuales se dispuso o que los bienes dispuestos hayan sido mal utilizados¹²⁶.

Nótese entonces que la atribución de responsabilidad disciplinaria ante la indebida aplicación del principio de planeación, se da de forma genérica, siendo menester que el operador administrativo efectúe el análisis respectivo en cada caso, a través del cual indique de qué modo la actuación del servidor público, sea por omisión, extralimitación o según el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de intereses o prohibiciones, resultó ser lesivo en materia de contratación estatal, afectó el mencionado principio.

124 Concepto, Referencia: No. 360-2013, 18 - X - 2013. SIAF: 2013-343653. Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, 2013.

125 Fallo dentro del proceso de responsabilidad disciplinaria. Referencia: Radicado No. IUS 2011-440498-IUC-D-2015-139-516816, 19 de noviembre de 2015. Despacho del Procurador General de la Nación.

126 Fallo dentro del proceso de responsabilidad disciplinaria. Referencia: Radicado No. 002-139728-06, 3 de septiembre de 2009. Despacho del Procurador General de la Nación; fallo dentro del proceso de responsabilidad disciplinaria. Referencia: Radicado No. 161-5455, 156-167989, 21 de mayo de 2015. Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación; y fallo dentro del proceso de responsabilidad disciplinaria. Referencia: Radicado No. IUS 2013-293516 / IUC 2013-598-634943, 10 de noviembre de 2014. Procuraduría Provincial de Norte de Santander de la Procuraduría General de la Nación.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...•

Partiendo del concepto estudiado por la Procuraduría General de la Nación, como máximo órgano de esta temática y operador jurídico en la materia –al menos desde el punto de vista administrativo-disciplinario–, se tiene que la anti-juridicidad material es ajena al derecho disciplinario en relación con la ilicitud sustancial, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido aquella idea, pues, en este lo que es relevante es el quebrantamiento sustancial de los deberes, sea por omisión, extralimitación o según el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de intereses o prohibiciones.

Para la responsabilidad disciplinaria lo realmente importante para la atribución de responsabilidad no es el perjuicio material al patrimonio que se cause, lo cual, si bien puede ser tenido en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta y el monto de la sanción, no afecta la ilicitud de la conducta¹²⁷.

Así pues, el campo de estudio de esta materia recae exclusivamente en el quehacer del servidor público y no en el resultado de la acción, omisión o régimen de inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de intereses o prohibiciones, sin que ello signifique de forma alguna que aquel resultado no pueda constituirse en elemento de contenido valorativo para la atenuación o agravación de la sanción a imponer.

En este sentido, los sujetos del derecho disciplinario en Colombia pueden ser responsables en el ejercicio de la actividad contractual y en específico, por el incumplimiento absoluto o defectuoso del principio de planeación, cuando en su materialización dejan a un lado el cumplimiento de alguno de los requisitos impuestos y descritos por la norma contractual, pero además cuando a pesar de haber dado cumplimiento a la totalidad de requisitos establecidos por el Estatuto Contractual, en el desarrollo y la practicidad de aquellos, estos no poseen la pericia, idoneidad, análisis y profundidad requeridos en cada caso.

Concreción y divergencias como conclusión de este capítulo

El *ius puniendi* disciplinario del Estado es un tema de suma importancia en el desarrollo de la actividad pública efectuada por la administración, pues configura el marco regulatorio y sancionatorio del quehacer de los servidores públicos,

.....
127 Fallo dentro del proceso de responsabilidad disciplinaria. Referencia: Radicado No. IUS 2013-293516 / IUC 2013-598-634943, 10 de noviembre de 2014. Procuraduría Provincial de Norte de Santander de la Procuraduría General de la Nación.

entendiendo este concepto desde una óptica extensiva, como se mostró en el desarrollo de este capítulo.

Así, el control disciplinario configura un régimen jurídico sancionatorio “autónomo”, cuya misión es preservar la efectividad y eficiencia de la gestión pública emprendida por el servidor público, en sus diversas formas y manifestaciones.

Dicho derecho sancionador encuentra su inspiración filosófica en la necesidad de garantizar un supuesto de primer orden, el cual no es uno distinto a garantizar que la actividad administrativa del Estado materialice sus fines esenciales, en otros términos, busca proteger que la actividad estatal siempre y en todo caso persiga el interés general.

Como se argumentó en la descripción de los elementos estructurantes de este tipo de control y responsabilidad disciplinaria, para su configuración material resulta necesaria la concurrencia de diversos elementos que la misma normativa ha establecido, aunque no de forma absolutamente clara y concreta, dejando un margen muy amplio de interpretación al servidor público que lo aplica. En este contexto, la responsabilidad disciplinaria como fase posterior del control disciplinario, se encuentra conformada por presupuestos de tipicidad e ilicitud sustancial y culpabilidad, como componentes objetivo y subjetivo de la falta disciplinaria.

En materia de compras públicas es absolutamente aplicable el control disciplinario, pues por los mismos fines involucrados en la actividad negocial del Estado, sería imposible su no aplicación y margen de acción. Dicho lo anterior, este control es ejercido al menos en teoría a través de un procedimiento *ex post*, el cual procura determinar cómo se ejerció la actividad pública, con especial atención en la valoración respecto del cumplimiento de los deberes funcionales.

En este contexto el control disciplinario se ejerce de forma genérica sobre todas y cada una de las fases de la actividad negocial del Estado, siendo para efectos de este estudio relevante la fase prenegocial, pues como se señaló anteriormente, aquella fase comporta el desarrollo y despliegue de una auténtica estrategia a fin de conseguir los fines esperados.

Así, el control disciplinario en la fase de planeación comporta un marco genérico, el cual se tratará de concretizar en las siguientes líneas. En la fase de planeación, como eje estratégico de la compra pública, los servidores públicos sobre los que recae el control disciplinario, pueden ser sujetos sancionables, cuando con su actuar u omisión o con desconocimiento del régimen de inhabilidades,

incompatibilidades, conflictos de intereses o prohibiciones, no materializan los preceptos que exige la normativa o lo hacen de manera defectuosa, es decir, con defecto en su construcción debido a temas de falta de cuidado, pericia, idoneidad, análisis o profundidad requeridos.

Finalmente resulta importante señalar que las normas que establecen el margen de acción del control disciplinario han sido construidas para observar la gestión de los administradores y operadores públicos en materia de compras públicas, siendo menester que el lector comprenda que este control es inherente a la actividad negocial del Estado, en sus distintas facetas, no siendo lo relativo a la planificación de la actividad contractual la excepción.

EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN MATERIA DE COMPRAS PÚBLICAS VISTO A LA LUZ DEL EJERCICIO DEL CONTROL PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Presentación

En este capítulo se exponen algunas temáticas a fin de poder brindar una lectura más o menos completa de cómo interactúa el derecho penal con el sistema de compras públicas y su importancia. Para tales efectos se utiliza similar fórmula a la de los capítulos anteriores.

En un primer momento se muestran la naturaleza y características del derecho penal de forma genérica, dada la especialidad de la temática a abordar y la imposibilidad de ahondar aquel plano, más allá de una presentación de tipo ubicacional. En una segunda parte, se abordarán a través de una presentación general los tipos penales asociados a los temas de contratación pública de forma directa, ahondando en su determinación, exigibilidad y coherencia con el EGCAP, señalando para el efecto sus elementos estructurales, al margen de las discusiones dogmáticas respecto a sus elementos.

Finalmente se efectúa un acercamiento a estos tipos penales y cómo resulta plausible que, en los mismos, el principio de planeación cobre importancia capital, dada su obligatoriedad y su ubicación al estructurar aquellos.

El control penal del Estado, breve aproximación a su naturaleza y extensión en materia de compras públicas

Sin ánimo de pretender abarcar las múltiples construcciones dogmáticas y teóricas del derecho punitivo del Estado, se anota que este campo del derecho resulta ser muy llamativo para los juristas de todos los tiempos, dada su importancia y relevancia en los diferentes ordenamientos jurídicos¹²⁸.

El derecho punitivo de la sociedad está en el orden del día de todas las sociedades posmodernas¹²⁹ y conlleva necesariamente su análisis y estudio¹³⁰. Esta situación hace que el derecho penal sea una disciplina en constante cambio legal, dogmático y jurisprudencial.

Dadas estas situaciones y sin profundizar en las grandes discusiones en la materia, se sostiene aquí que el derecho punitivo del Estado tiene como fundamento la necesidad de regular diferentes situaciones de hecho al amparo de una norma jurídica y de tal manera, establecer el respectivo castigo, dados los bienes jurídicamente involucrados en cada caso¹³¹.

128 Respecto de las múltiples corrientes filosóficas que estudian la forma de entender la virtualidad, funcionalidad y doctrina del derecho penal puede confrontarse las obras de Ernst von Beling, Hans Welzel, Niklas Luhmann, Günther Jakobs, Claus Roxin y Luigi Ferrajoli.

129 En lo atinente al análisis jurídico, social y político de los denominados Estados posmodernos puede consultarse el texto traducción de Oswaldo Pérez, *El Estado posmoderno* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014).

130 Al tratar el tema de la existencia del derecho penal en el ordenamiento nacional, la Corte Constitucional sostuvo que este surgió históricamente como un mecanismo para sancionar, desde el orden jurídico, los comportamientos que atentaban contra bienes jurídicos que son considerados socialmente valiosos, relativos bien a los derechos de las personas o bien al interés general representado por el Estado. Puntualiza que, en su primera etapa, consolidada con la instauración del Estado liberal, la justificación de la pena estaba centrada en una tesis retributiva y preventiva, según la cual su imposición resultaba forzosa para salvaguardar a la sociedad del delincuente y para "tratar" a este con el objeto de evitar su reincidencia. Era, como lo resaltan importantes teóricos, una visión marcada por doctrinas filosóficas utilitaristas, las cuales conciben la pena como "bien en sí y como un fin a sí misma en razón del valor intrínseco y no extrapenal que asimismo se atribuye a la prohibición". Finaliza para efectos de esta cita mencionando la Corte que esta concepción ha cambiado radicalmente en el Estado constitucional. El tratamiento penitenciario, aunque conserva los fines redistributivos y de prevención general y especial, incorpora una finalidad de resocialización del delincuente, que va más allá de una simple expiación de la falta, pues convierte a la pena en una vía destinada a otorgar las herramientas necesarias para la reincorporación plena del condenado a la sociedad democrática. Por ende, la imposición de la pena debe servir no para culminar un proceso de estigmatización y exclusión social del delincuente, sino para que permita, luego de su cumplimiento, que el ciudadano quede habilitado para ejercer el rol que decida en el marco de su autonomía y dentro de las condiciones que prescribe el orden constitucional. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia de acción de constitucionalidad. Referencia: 634, 16 de noviembre de 2016. M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

131 Cesare Beccaria, *De los delitos y las penas* (Bogotá: Ediciones Esquilo Ltda.), 11 y ss.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...•

La función del derecho penal en una sociedad secularizada y en el Estado de derecho pretende proteger, con un control social coactivo, ciertos bienes jurídicos fundamentales y determinadas condiciones básicas de funcionamiento de lo social. Por ello, puede resultar concluyente que la pena como consecuencia del ejercicio de esta actividad estatal busque no sancionar, sino servir de medida disuasiva, pues supone la idea de que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones¹³².

Según esta lógica, el derecho punitivo del Estado, partiendo de los supuestos dogmáticos y legales que lo inspiran, se conforma por unos elementos estructurales que hacen posible la atribución de responsabilidad en este campo. Estos elementos a pesar de las múltiples interpretaciones se resumen en los siguientes: (i) una conducta descrita típicamente en la norma jurídica, (ii) una conducta antijurídica, es decir, que contraría un bien o conjunto de bienes jurídicamente tutelados por el ordenamiento jurídico y, (iii) una conducta realizada de acuerdo con un análisis subjetivo-valorativo en términos de culpabilidad. Estos elementos han sido desarrollados por la doctrina, la dogmática y la filosofía del derecho entre otras muchas fuentes y las mismas son reiteradas en el capítulo único del título primero del Estatuto Sustancial Penal colombiano, es decir, en la Ley 599 de 2000.

Así y para efectos de este estudio, resulta de suma importancia señalar que respecto de aquellos elementos estructurales de las conductas punibles, en materia de compras públicas, las mismas tienen unas características esenciales, las cuales se expondrán en este apartado con el fin de avanzar en el análisis de cada uno de los tipos penales. Finalmente se indagará si estos eventualmente pueden tener relación con el principio de planeación en materia de compras públicas.

Según la teoría general en materia penal, el primer elemento estructural se refiere a la tipicidad de la conducta, la cual ha sido entendida como la necesidad de que la conducta que se pretende hacer valer en materia penal se encuentre previamente establecida en la normativa, con lo que además de garantizar algún grado de seguridad jurídica, dé aplicación a uno de los fundamentos del Estado moderno que es el de salvaguardar las premisas que configuran el debido proceso, tal como lo dispone la Carta Política en su artículo 29.

.....
132 Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia de acción de constitucionalidad. Referencia: No. 144, 19 de marzo de 1997. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Sobre esto expresa la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

[...] el principio de legalidad se concreta en el ámbito penal en el principio de tipicidad objetiva, en virtud del cual los tipos penales deben ser definidos por el legislador de manera previa, clara, cierta, escrita, estricta, entendible, sin anfibologías, y por ello se excluye la analogía en cuanto pueda perjudicar al procesado (*in malam partem*), no así en la medida que le sea beneficiosa (*in bonam partem*).

Desde luego, si los particulares pueden hacer todo aquello no prohibido expresamente, es claro que para adoptar la decisión de delinquir o de abstenerse de hacerlo, deben conocer y entender el tipo penal, circunstancia que tiene lugar en el marco de la presunción legal de conocimiento de la ley por parte de todos sus destinatarios, la cual admite prueba en contrario por no ser una presunción de derecho según la preceptiva del artículo 9º de la Ley 599 de 2000 “para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable”, texto del cual se desprende que el hecho humano (activo u omisivo) debe pasar por el tamiz de las tres referidas categorías dogmáticas para que pueda tener la condición de delictivo (Cfr. Sentencia del 12 de octubre de 2006. Rad. 25465) [...] ¹³³.

Continúa la corporación manifestando que:

En virtud de la tipicidad, es necesario, de una parte, que la conducta se adecúe a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento, y de otra, que cumpla con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo), en el entendido que de conformidad con el artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial requieren de una conducta dolosa, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culpables o preterintencionales.

No se aviene con dicho rigor, conquista de la Revolución Francesa y del advenimiento del Estado de derecho por oposición a la monarquía y el absolutismo, que en el proceso de adecuación típica los funcionarios judiciales olviden honrar tales exigencias de certeza y claridad, y como consecuencia de ello terminen realizando indebidas interpretaciones extensivas o analógicas, ajenas al texto de la ley ¹³⁴.

.....
¹³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de octubre de 2014. Referencia: Radicado No. 44504 SP13691-2014. M. P. Dra. María del Rosario González Muñoz.

¹³⁴ Véase comentario anterior.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...•

Como se puede apreciar, el primer elemento de la atribución de responsabilidad penal y consecuentemente necesario para la imposición de la pena resulta ser de relevancia importante en esta materia, dado que ello garantiza las premisas constitucionales a las cuales quiso el constituyente sujetar a los diferentes marcos regulatorios en la sociedad.

Este elemento para efectos de los tipos penales a los cuales se sujeta el sistema de compras públicas posee dos importantes anotaciones que se examinan a continuación y antes de estudiar los tres tipos que vinculan esta última ratio¹³⁵ con los contratos del Estado en sentido amplio.

La primera anotación se refiere al contenido de los tipos penales, pues en este campo y de acuerdo con la lectura de los artículos 408-410A de la norma penal, se debe acudir obligatoriamente a otros ordenamientos jurídicos, pues la sola disposición normativa sería insuficiente para encuadrar la situación fáctica en el enunciado descriptivo.

En otros términos, los tipos penales señalados deben ser alimentados por el análisis y definición de conceptos que no se encuentran en la disposición normativa penal, sino en otros ordenamientos como las normas consignadas en el EGCAP o las normas civiles y comerciales.

Esta situación es la que la doctrina denomina “tipos penales en blanco”, pues no preceptúan de forma detallada y concreta la conducta, sino que merecen ser alimentados de otras normas dentro del ordenamiento jurídico en toda su extensión¹³⁶.

Para el profesor Santofimio Gamboa, la modalidad de tipos penales en blanco, conforme con los trabajos de la Corte Constitucional colombiana, es

.....
135 Ha sido una constante que el ejercicio de esta facultad punitiva del Estado se circunscriba a ser la última opción en el ordenamiento jurídico para tratar una respectiva controversia que afecte un bien jurídico. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional: “la decisión de sancionar por esta vía, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir una actuación que afecta los intereses esenciales de la sociedad. En este contexto, se ha dicho que el derecho penal ‘se enmarca en el principio de mínimo intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal [solo] debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado. El Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer’. [...] De allí que el derecho penal sea considerado como la última ratio del derecho sancionatorio”. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia 259 de 2016. M. P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

136 Alfonso Reyes Echandía, *La tipicidad* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1979), 162 y ss.

perfectamente válida y necesaria para el cabal desarrollo de la política criminal, requiriendo para el efecto, que aquella complementariedad sea clara o no admita varias interpretaciones a fin de obtener una verdadera integración normativa. Así, le corresponde al intérprete –y en particular al juez– realizar todo el proceso de integración normativa, de manera tal que se le proporcione al tipo penal el contenido que legalmente le corresponde; de este modo se acoge el principio de legalidad, y se le da así un sentido lógico a lo esperado por el legislador al redactar la norma penal¹³⁷.

Por lo dicho, nótese que la estructuración de la tipicidad en tratándose de los tipos penales asociados de forma directa¹³⁸ con el sistema de compras públicas para su encuadramiento legal requiere de la revisión y adecuación de otros regímenes jurídicos como el civil o comercial. Tal es el caso por ejemplo de la definición de contrato estatal presente en todos los artículos objeto de responsabilidad penal y que se analizaron aquí¹³⁹, o lo referente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades legales y constitucionales, o lo relacionado con el análisis de los requisitos legales esenciales para la celebración y liquidación de los contratos estatales, necesarios para la configuración del tipo penal referido a la celebración de contratos sin observancia de los requisitos legales.

Aquí lo que se pretende señalar es que para la estructuración de un tipo penal como son los relacionados con los contratos estatales, resulta de obligatorio cumplimiento para el operador judicial o administrativo acudir a otros catálogos normativos para integrar el ilícito, siendo necesario por ello, conocer todos los aspectos de relevancia en los contratos estatales, con el fin de garantizar las premisas sobre las cuales se han construido las normas penales, como lo es por ejemplo el debido proceso.

137 Santofimio, *Delitos de celebración*, 67 y ss.

138 Se reitera que existen diversos tipos penales establecidos en la ley penal y que se asocian al quehacer de las autoridades públicas en el ejercicio de las atribuciones encomendadas por el régimen jurídico, que pueden tener nexo con la actividad contractual. Tal es el caso de los denominados tipos penales de peculados en sus diferentes modalidades, el de concusión y el de cohecho. Sin embargo, aquí se apunta a los tipos penales consignados en la ley y que tienen directa relación con la actividad contractual, estos son los artículos 408-410A del Código Penal colombiano.

139 Es importante señalar que la definición de contrato estatal no se encuentra enlistada ni definida en la norma sustancial que establece los tipos penales, sino en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por lo cual al analizar la tipicidad de una conducta relacionada con la transgresión de los contratos estatales, el operador judicial o administrativo deberá tener absoluta certeza de si la actuación u omisión se encuentra relacionada con un contrato estatal o no, para lo cual deberá alimentar su análisis a partir de la norma legal que define este concepto jurídico.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...•

Despachando este primer elemento objeto de algunas anotaciones al analizar la tipicidad de la conducta en este campo de derecho, se dirá que el trabajo del operador judicial resulta de suma importancia al configurar este elemento, pues debe conocer no solo la norma sustancial y procedimental en materia penal, sino además todas aquellas normas de otros ordenamientos que le contribuyan en términos de justicia a adecuar típicamente determinada conducta relacionada con los tipos penales enunciados en los artículos 408-410A de la norma sustantiva.

En cuanto a la segunda anotación en esta materia, la misma se encuentra relacionada con el sujeto pasivo de aquellos tipos penales, pues a criterio del autor del presente libro, aquel sujeto debe poseer unas especiales características al margen de lo dispuesto por otras normas generales. Así, todos los tipos penales en cuestión hacen relación al concepto de “servidores públicos”, como sujetos calificados de aquellos tipos, tal y como sucede en el campo del derecho disciplinario y respecto del cual se hicieron algunas acotaciones en el capítulo anterior¹⁴⁰.

El concepto de servidor público en el ordenamiento colombiano genéricamente, resulta ser un concepto amplio utilizado para describir tanto a personas que tienen una relación legal y reglamentaria con el Estado y que se encuentran categorizadas en el artículo 123 constitucional y en la Ley 909 de 2004, pero también aquellos particulares que a través de un vínculo legal o contractual ejercen una función pública al servicio del interés general¹⁴¹.

En materia punitiva el concepto de servidor público es definido por la misma disposición normativa, la cual dispone de forma puntual quiénes son los destinatarios de la norma, lo cual en principio no significaría ningún tipo de controversia ante su aplicación práctica¹⁴². Así, de conformidad con la ley, todos los destinatarios de esta disposición normativa resultan ser calificados, entendiendo por tal, a todas las personas que participan en la actividad contractual del Estado, o que actúan con

.....
140 Santofimio, *Delitos de celebración*, 76 y ss.

141 El artículo 20 de la Ley 599 de 2000 al definir para efectos de la disciplina penal a los servidores públicos, declaró que estos serían los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. E igualmente extendiendo el concepto tradicional, dispuso que se deberían categorizar en aquella denominación a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

142 Véase comentario anterior.

desconocimiento del régimen jurídico legal o por encontrarse dentro del régimen de incompatibilidades, inhabilidades, conflictos de intereses y prohibiciones.

Dadas las anteriores consideraciones se puede apreciar que en materia penal –al menos en lo que respecta a los tipos penales asociados directamente con el sistema de compras públicas–, la tipicidad posee unas características particulares, siendo necesario la observancia de las mismas, al intentar encuadrar una actuación fáctica en esas descripciones normativas.

En lo que respecta al segundo elemento estructural de la responsabilidad penal, resulta de suma importancia señalar que este según las voces del Código Penal colombiano, consiste en la determinación de que una conducta activa u omisiva encuadrada típicamente en la ley lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal (antijuridicidad material)¹⁴³.

Recurriendo nuevamente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se podrá mencionar que este elemento de la atribución de responsabilidad penal consiste en la comprobación de la afectación del bien jurídico protegido, al lesionarlo o ponerlo en peligro, por medio de un comportamiento consagrado como punible¹⁴⁴.

Por lo dicho en los tipos penales que resultan procedentes observar en este estudio, se tiene que habrá antijuridicidad material o violación al principio de vulneración –en materia penal¹⁴⁵–, en los términos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando la actuación típica lesione o ponga en peligro el bien que se busca proteger, el cual de conformidad con el epígrafe del título XV del Código Penal colombiano, no es otro que la administración pública o en otros términos, la protección del interés general y el ejercicio de la recta función administrativa, como premisa principalísima del quehacer de la administración pública.

143 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en análisis interpretativos ha sostenido que, en cuestión penal, prima la antijuridicidad material sobre la simple antijuridicidad formal, entendida esta última como una simple contrariedad de la conducta con lo dispuesto normativamente. Al respecto puede confrontarse los siguientes pronunciamientos: (i) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de junio de 1981. M. P. Dr. Alfonso Reyes Echandía; (ii) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de octubre de 1993. Referencia: Radicado No. 5.005; (iii) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 1 de febrero de 2001. Referencia: Radicado No. 16.362; y (iv) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de mayo de 2006. M. P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

144 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de mayo de 2006. M. P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

145 Véase comentario anterior.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...•

En consonancia con lo dicho, se podrá señalar que lo que se protege a través de estos tipos penales, es la buena marcha de la administración pública al igual que el patrimonio del Estado, como supuesto indispensable para el ejercicio de la actividad estatal¹⁴⁶.

Finalmente y como elemento estructural en el ejercicio de atribución de responsabilidad penal, se tiene lo que hace referencia al elemento subjetivo-valorativo, esto es, lo relativo al análisis del grado de culpabilidad de los actores que realizaron la conducta (activa u omisiva) típica y antijurídica, lo cual se enlaza con las preceptivas establecidas en los artículos 22-24 del Código Penal colombiano, al hacer relación al dolo, la culpa y la preterintención.

En este tercer elemento de aquel trinomio que integra la responsabilidad penal, el operador judicial analizará cuáles fueron los móviles que llevaron al servidor público a cometer el injusto penal, siendo posible múltiples eventos en el análisis valorativo de la conducta, pues como lo pregonan el ordenamiento jurídico en múltiples materias, la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita y resulta necesario analizarse y valorarse a través del sujeto la conducta.

Presentados los elementos estructurales de la responsabilidad penal, se considera importante señalar que, aquella responsabilidad como elemento importante dentro de la actividad contractual, especialmente en lo que se refiere al principio de planeación, se encuentra incluido aquí como una mera descripción normativa, legal y jurisprudencial que busca presentar al lector una breve aproximación a aquella responsabilidad, sin pretender ahondar en ese campo, dado el nivel de especialidad que el mismo requiere y el respeto que merece aquella materia.

Así pues, el derecho punitivo del Estado condensa la preocupación del constituyente y el legislador por garantizar la convivencia de la sociedad en un plano de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de los asociados y que solo aquel actuará cuando se desconozca aquella finalidad en última instancia.

Por lo dicho y luego de haber presentado de forma genérica los elementos estructurales de los ilícitos penales, según el régimen jurídico actual, corresponde ahora realizar una descripción de cada uno de los tipos penales que, en criterio de este libro, tienen relación directa con el devenir del sistema de compras públicas.

.....
146 Augusto Castañeda Díaz y Francy Eugenia Gómez Sevilla, *Delitos contra la administración pública: la contratación administrativa* (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2005), 18 y ss.

El control penal del Estado, una doble dimensión: entre el control social y los fines superiores en el sistema de compras públicas y su relación con el principio de planeación

En el anterior aparte se presentaron de forma muy sucinta las particularidades del derecho punitivo del Estado y los elementos que distinguen aquel control de otros eventuales regímenes de responsabilidad, siendo en este momento necesario realizar una meridiana aproximación a los tipos penales que regulan conductas en materia contractual.

Dichos tipos penales poseen su generalidad en el ilícito denominado “celebración indebida de contratos”, respecto del cual y dependiendo de la actividad activa u omisiva que realice el servidor público, podrá encuadrarse en uno o varios de los siguientes: (i) violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, consignado en el artículo 408 del Código Penal colombiano, (ii) interés indebido en la celebración de contratos, que tiene su asidero legal en el artículo 409 del Código Penal colombiano y, (iii) celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales, según está dado por los artículos 410 y 410A de la Ley 599 de 2000¹⁴⁷.

En este contexto, se procederá a presentar cada uno de ellos, a fin de poder entregar al lector una aproximación a la estructura de los mismos, partiendo de los argumentos antes expuestos.

Del tipo penal de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades

El primer tipo penal de este catálogo especial aparece en el artículo 408 de la Ley 599 de 2000 y es el relacionado con el precepto legal que enjuicia al servidor público que participe en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato

147 En los delitos contra la administración pública el bien jurídico protegido es el recto ejercicio de la función pública, la cual resulta indispensable para el funcionamiento del sistema. Armando Luis Calle Calderón y Juan Oberto Sotomayor Acosta, “El delito de interés ilícito en la celebración de contratos”. *Revista Estudios de Derecho*, n.º 128 (1997), 360-3. “Ante estas razones, la celebración indebida de contratos encuentra ajuste indiscutible dentro del bien jurídicamente protegido de los delitos contra la Administración Pública. Al establecer el legislador las tres conductas básicas y especiales de la celebración indebida de contratos identificó aquellas situaciones que se consideran como de mayor potencialidad para vulnerar el objeto jurídicamente protegido [...]”. Santofimio, *Delitos de celebración*, 63 y ss.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...•

estatal con violación del régimen constitucional o legal, en lo referente a la existencia de inhabilidades o incompatibilidades.

Tal tipo penal busca prevenir la tramitación, aprobación o celebración de un contrato estatal con violación del régimen constitucional o legal, en lo referente a la existencia de inhabilidades o incompatibilidades, pues resultó de vital importancia para el legislador proteger la moralidad administrativa de la gestión contractual, dados los intereses que en ella intervienen.

Así, nótese que aquel tipo penal enlista una serie de actividades respecto de las cuales podrá responder un servidor público en materia de compras públicas, cuando actúe a pesar de la existencia de inhabilidades e incompatibilidades y con ello desconozca el régimen jurídico legal o constitucional que regula la materia.

En cuanto a las hipótesis que trae la normativa, se tiene que pueden ser muchos los escenarios en los cuales puede aplicar este ilícito. Al respecto trata la norma dos de las grandes etapas en materia de compras públicas, es decir, las etapas precontractual y contractual. En este escenario, el servidor público podrá ser declarado responsable, si previo a la confección del negocio jurídico existe alguna causal de incompatibilidad e inhabilidad en la fase de tramitación, la cual por razones prácticas incluirá la construcción de los estudios y documentos previos, como supuesto práctico que materializa el principio de planeación.

En este punto se debe hacer un alto, pues para encuadrar la conducta que contiene el ilícito, resulta necesario como se dijo al inicio de este capítulo, integrar al análisis otros ordenamientos o normatividades. Aquí nótese que existe un elemento objetivo que exige el tipo penal y que no se encuentra en la misma ley penal y es precisamente que para que el mismo sea reprochable, se requiere la existencia de una inhabilidad o incompatibilidad, la cual puede estar en otra ley o en la misma Constitución.

Acerca de la institución de la inhabilidad asegura la Corte Constitucional que: “Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y

tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo [...]”¹⁴⁸.

Ahora bien, en lo que respecta a las incompatibilidades las mismas han sido entendidas jurisprudencialmente como la imposibilidad legal o jurídica de coexistencia de dos actividades en el sector público. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional lo siguiente: “De ahí que las incompatibilidades legales tengan como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública [...]”¹⁴⁹.

De acuerdo con la Corte Constitucional, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, lo cual se traduce en una expresa prohibición que amerita la sanción que establece el régimen jurídico.

En similar situación pero con matices un tanto diferentes, se han entendido las incompatibilidades como las restricciones fijadas por el constituyente o el legislador y que tienen como eje fundacional la protección del ejercicio del servicio público, al impedir el ejercicio simultáneamente de actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública.

A modo de ejemplo, el EGCAP establece en los artículos 8 y 9 las inhabilidades e incompatibilidades que pueden darse en materia de compras públicas, las cuales pueden aparecer en la etapa de planeación como se mencionó anteriormente y cuya inobservancia puede traer como consecuencia la atribución de responsabilidad, a pesar del título de culpabilidad utilizado para tal atribución¹⁵⁰.

148 Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia 380 de 1997. M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia 200 de 2001. M. P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia 1212 de 2001. M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

149 Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia 426 de 1996. M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

150 Respecto al grado de culpabilidad y a pesar de lo dispuesto por el Código Penal colombiano, pueden existir ocasiones en las cuales los servidores públicos a pesar de conocer en las normas habituales la inexistencia de inhabilidades e incompatibilidades en determinada contratación, resulta ser posible que exista alguna no conocida y que según la lectura del tipo penal igual lo hace responsable, pues resulta ser una norma de imperativo

•El principio de planeación en materia de compras públicas...•

En este punto se destaca que la existencia de inhabilidades e incompatibilidades como supuesto objetivo para la estructuración del tipo penal, no se agota simplemente en la revisión del EGCAP, sino en las inagotables normas que posee el ordenamiento jurídico nacional, ya que pueden existir en otras normas jurídicas o en la misma Constitución estas prohibiciones¹⁵¹, como es el caso de las prohibiciones en derecho disciplinario, fiscal y en el reciente Código Nacional de Policía¹⁵².

Con todo lo anterior, lo que se debe señalar es que en la estructuración de los estudios y documentos previos como elemento tangible de la materialización del principio de planeación en el sistema de compras públicas, resulta posible que se pueda atribuir responsabilidad penal a un servidor público que desconoció consciente o inconscientemente la existencia de una inhabilidad e incompatibilidad dispuesta en cualquier norma jurídica, sea esta constitucional o legal, sin que aquel análisis se circunscriba exclusivamente a las señaladas en el EGCAP.

Finalmente y realizando una lectura extensiva e integradora del ilícito sustancial, el servidor público también será responsable cuando celebre un contrato con una o varias inhabilidades e incompatibilidades constitucionales o legales, cuya génesis pudo bien ser adquirida desde siempre, es decir, desde la misma planeación o en la etapa de confección del negocio jurídico.

Del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos

El segundo tipo penal de este trinomio perfecto se encuentra en el artículo 409 de la Ley 599 de 2000 y el cual consiste, dispone la norma, en celebrar contratos estatales desconociendo la finalidad que ellos buscan y su participación en el cumplimiento de los fines generales que los mismos persiguen.

cumplimiento, esto a pesar del esfuerzo en conocer las normas que contienen de forma restrictiva estas órdenes, pero que por el cúmulo de normas que posee el ordenamiento jurídico nacional no resultan ser de pleno conocimiento por todos los operadores administrativos en su quehacer diario en materia de compras públicas. (Véase: <http://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/506911/1020.pdf/e43b09f4-ef4d-46c8-8df1-a34494379a7c>).

151 Sobre este tópico asegura la Corte Constitucional que el constituyente no ha entrado a definir en el propio texto de la Constitución Política todas las incompatibilidades e inhabilidades aplicables a los distintos cargos públicos. Buena parte de ellas son del exclusivo resorte del legislador, por disposición expresa de la Carta o por cláusula general de competencia. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia 483 de 1998. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

152 El legislador a través de la Ley 1801 de 2016 adoptó el Código Nacional de Policía, que en su artículo 186 establece que si transcurridos seis meses desde la fecha de imposición de la multa, esta no ha sido pagada con sus debidos intereses, hasta tanto no se ponga al día, la persona titular de la deuda no podrá entre otros aspectos, ser nombrada o ascendida en cargo público o contratar o renovar contratos con cualquier entidad del Estado.

Dicha descripción normativa se materializa en el mundo del ser, desde el punto de vista de la selección y ejecución del contrato estatal, pues en estas etapas puede suceder con alguna frecuencia que a pesar de materializar los requisitos normativos que enseñan las normas en materia de compras públicas, en el ejercicio de aquellos requisitos se elige aplicarlos de forma objetiva o no, lo cual traerá como consecuencia el favorecimiento personal o de un tercero.

En consonancia con lo anterior, se encuentra que lo que se pretende –al menos desde el punto de vista normativo– es proteger el cumplimiento del interés general que se encuentra involucrado en las compras estatales, pues dada la actividad que realizan los servidores públicos en la esfera contractual, estos pueden decidir como en efecto lo hacen, sobre el resultado de una determinada compra pública en sentido amplio.

Desde el punto de vista teleológico lo que busca esta prescriptiva legal es precisamente garantizar que el contrato estatal, como instrumento de gestión administrativa cumpla su finalidad y castigar su inobservancia. Así pues, el contrato estatal de conformidad con lo establecido en el EGCAP posee profundos fundamentos, los cuales no son otros diferentes a garantizar a través de la adquisición de bienes, servicios u obras, los fines superiores que ordena la Carta Política en su artículo segundo y que de forma sistemática se desarrollan en otros artículos de la misma disposición.

Hasta aquí es claro que lo que se pretende con el establecimiento de este ilícito penal, es sancionar la actuación del servidor público que teniendo dentro de su órbita de control la gestión contractual, se aleja de los fundamentos que ordenan su conducta, sea en provecho o interés propio o de un tercero.

Cobra vital importancia en este punto lo que se refiere al interés indebido, pues este concepto no resulta ser uno de aquellos que se agota en una etapa de la gestión contractual, sino que perdura durante todo el transcurrir de la misma, así podrá verse en las fases precontractuales, contractuales y por qué no decirlo poscontractuales. Pero en sentido genérico a qué se refiere que un servidor público tenga interés indebido en un contrato del Estado.

Tal situación se da cuando en la gestión contractual un servidor público transforma su deber genérico y objetivo en uno de tipo personal y subjetivo, sea para sí o para un tercero. En otros términos, cuando existe una desviación del fin que

•El principio de planeación en materia de compras públicas...•

debe perseguir la actuación del servidor público, que no es otro que contribuir a garantizar el interés general, hay un acercamiento a este tipo penal.

Para el profesor Santofimio Gamboa el elemento constitutivo de este ilícito penal es la desviación de poder como elemento determinante para predicar la comisión de dicho tipo penal.

Al respecto puntualiza el profesor en cuestión:

En definitiva, en el ordenamiento jurídico colombiano es inadmisibles, no solo dentro de las actuaciones unilaterales tendientes a producir actos administrativos, sino también en las bilaterales propias de los negocios jurídicos del Estado, la posibilidad de que los servidores públicos actúen motivados por razones de orden personal. Cuando un sujeto estatal actúa en estas circunstancias desborda las mínimas normas de convivencia dentro del ordenamiento jurídico y con ello no sólo vicia los actos jurídicos que produce, sino que también, conforme a lo dispuesto en el artículo 6° constitucional, se encamina por los senderos de la responsabilidad personal, tanto disciplinaria como penal.

Bajo esta concepción ideológica del desvío de poder resultan entendibles y lógicas las modificaciones que el legislador le introdujo al artículo 145 del Código Penal de 1980, al cambiar su denominación de interés ilícito por el de interés indebido, según la redacción del artículo 409 de la Ley 599 de 2000.

Eventualmente, dentro de una interpretación restrictiva y peligrosa para las finalidades del Estado de derecho, podría entenderse que, para efectos penales, tan sólo existiría desvío de poder si el actuar desviado del servidor público llevara a desconocer algún elemento o requisito de la legalidad del contrato, lo cual resulta por completo absurdo frente al alcance que en materia administrativa se le da al desvío de poder; en efecto el acto o contrato puede resultar perfecto o intachable ante un juicio de legalidad y a la vez la intención, el querer, la finalidad que se propone el servidor público no ser la de satisfacer el interés general sino el de su ego [...] ¹⁵³.

Vistos los fundamentos expuestos por el profesor Santofimio Gamboa, podrá señalarse con seguridad que el fundamento del ilícito radica en el desconocimiento de las normas superiores que inspiran el sistema de compras públicas, por parte del servidor público involucrado en la contratación.

Así, el interés general como supuesto de orden teleológico que debe perseguir la actividad contractual, según lo informa la propia Constitución Política de

.....
¹⁵³ Santofimio, *Delitos de celebración*, 88 y ss.

Colombia y el EGCAP, se torna en el fundamento para predicar la existencia de este ilícito penal¹⁵⁴, cuando el mismo no se da. En otras palabras, cuando con la actividad contractual se demuestre que las acciones u omisiones realizadas por el servidor público que tuvo en su órbita la actividad contractual, responden a un interés individual o de un tercero, desconociendo de tal forma la finalidad de la actividad comercial del Estado, se podrá predicar la existencia de este injusto penal.

La gran dificultad práctica que se encuentra en este escenario y la comisión del ilícito penal, radica en la prueba, pues como sucede en otras actividades administrativas del Estado, en ocasiones no resulta sencillo observar claramente la intención del agente estatal de obtener un interés indebido.

En consonancia con lo anterior, por ejemplo y respecto de la anulación de actos administrativos existe una causal para ello, que al amparo del Decreto 01 de 1984 se denominaba “desviación de poder”, la cual fue acuñada en el actual Estatuto Administrativo¹⁵⁵ con la denominación de “desviación de las atribuciones propias del cargo”. Sobre esta causal ha dicho el Consejo de Estado que básicamente consiste en que el servidor público en el ejercicio de la función administrativa, desvía la misma para obtener algún provecho en detrimento de lo que debería hacerse al expedir el respectivo acto administrativo¹⁵⁶.

En el caso presentado, también afirma el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, que la demostración de esta causal de anulabilidad de los actos administrativos resulta compleja, pues resulta sencillo para el servidor público cubrir bajo un manto de legalidad su actuación al cumplir los requisitos que impone el ordenamiento jurídico en cada materia y a pesar de ello, incidir sustancialmente en la decisión que contiene el acto administrativo, en favorecimiento de algo o alguien en particular¹⁵⁷.

154 Arthur Kaufmann, *Filosofía del derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999), 309.

155 El actual Estatuto Administrativo que reglamenta las actuaciones generales de la administración pública y las propias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se consigna en la Ley 1437 de 2011, la cual entró a regular aquellas materias a partir del 2 de julio de 2012, esto de la mano de la Ley 1755 de 2015 que contiene las reglas aplicables por la administración pública y los particulares en tratándose del ejercicio del derecho de petición y el Código General del Proceso.

156 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 23 de febrero de 2011. Referencia: Radicado No. 170012331000200301412 02(0734-10). C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

157 Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia 479 de 1992. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo y Dr. Alejandro Martínez Caballero.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...•

Esta misma lógica es aplicable al sistema de compras públicas, especialmente en lo que respecta a la comisión del ilícito sustancial que se analiza en este estudio, pues las actividades y el ejercicio de la actividad administrativa contractual, pueden hacerse cumpliendo estrictamente lo ordenado por la ley, a pesar de existir subjetivamente un interés indebido, como es por ejemplo la confección de estudios previos y pliegos de condiciones con estricta sujeción a los requisitos legales que impone la ley, pero con un direccionamiento especial respecto de un sujeto determinado a través de los denominados “pliegos sastré” o “pliegos camisa”¹⁵⁸.

No obstante el tema probatorio, este tipo penal tal y como lo informa la normativa penal tiene un propósito profundo. Ahora bien, en lo que respecta a la comisión de aquel delito y su relación con el principio de planeación, se procederá en las siguientes líneas a realizar algunas anotaciones relevantes para su entendimiento.

La comisión de este tipo penal posee profunda relación con la materialización del principio de planeación en el sistema de compras públicas, pues es precisamente en esta parte de la contratación estatal, que resulta más obvio que se pueda caer en él por parte del servidor público que tiene en su órbita el control y decisión de la confección de los negocios públicos estatales.

Esto es factible que pueda suceder, por cuanto en esta etapa es precisamente cuando se planean las condiciones de tiempo, modo y lugar en las cuales se confeccionarán los negocios estatales, es aquí y no en otro momento donde se establecen las condiciones de participación y requisitos exigibles a los partícipes del sistema de compras públicas, pudiendo establecer condiciones restrictivas o favorables para algunos sujetos en particular, desconociendo de tal forma la finalidad y principios que poseen las compras estatales, a pesar del ropaje de legalidad de cada una de esas actuaciones.

En consecuencia, podrá un servidor público ser responsable penalmente, especialmente en este tipo penal, cuando luego de observar todo el proceso de

.....
 158 En la actualidad el Congreso Nacional expidió la Ley 1882 de 2018, a través de la que introdujo modificaciones sustanciales al sistema de contratación pública, entre las cuales se resalta la obligatoriedad de las entidades estatales de aplicar pliegos de condiciones tipo, entendidos estos de conformidad con el artículo 4 como documentos que contienen condiciones generales desde el punto de vista habilitante, así como factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección, pero además, la ponderación precisa y detallada de los mismos, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos.

integración del contrato estatal, se logre observar que el despliegue de sus actividades propias del empleo público, no respondieron a garantizar el interés general, sino un interés oculto, el cual puede ser personal o de un tercero, como lo puede ser por ejemplo la confección de pliegos de condiciones y exigencias habilitantes de difícil cumplimiento para la generalidad de participantes, lo cual permite que exista un proceso de selección sin pluralidad de oferentes o en otros términos, sin constituir aquel proceso uno de aquellos denominados “competitivo”.

Sin embargo, se resalta que lo difícil de la demostración de aquel tipo penal, radica en la dificultad probatoria del mismo, pues la actuación del servidor público a pesar de encontrarse reglada en el ordenamiento jurídico, le permite un margen de discrecionalidad, el cual puede darse con observancia del interés general o con observancia de un interés indebido¹⁵⁹.

De la celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales

El tercer tipo penal de este trinomio perfecto se reporta en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, el cual indica que se le podrá atribuir responsabilidad a un servidor público, cuando en ejercicio de sus funciones en materia contractual, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos.

La forma de protección del bien jurídico de este delito busca mantener los postulados que orientan la función administrativa, la cual al tenor de lo normado en el artículo 209 del texto superior, ha de estar al servicio de los intereses generales y desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Pero adicionalmente, lo que busca es que los negocios estatales se realicen con total asomo a los requisitos que impone el ordenamiento jurídico en materia de compras públicas. Para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

.....
159 “La administración, a diferencia del particular que escoge libremente el objeto de sus actos, se ve imponer la finalidad que su acción debe perseguir. De manera general, ella no debe ejercer nunca sus competencias sino en vista de la satisfacción del interés público, en virtud de un principio general del derecho [...] La desviación del poder es el vicio que tacha a un acto por el que la administración, en desconocimiento de estas reglas, ha perseguido un fin diferente del que el derecho le asignaba, desviando así el poder que le fue confiado de su fin legal”. Jean Rivero, *Derecho administrativo* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984), 227-78. Citado por Santofimio, *Delitos de celebración*, 95.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...•

Se estructura ese tipo penal cuando un servidor público en ejercicio de sus funciones desatiende los requisitos legales atinentes a un contrato, específicamente en tres eventos, a saber: (i) cuando lo tramita sin cumplir los requisitos propios de esa fase contractual, (ii) cuando lo celebra sin observar los presupuestos necesarios para su perfección o sin verificar el cumplimiento de los inherentes a la fase pre-contractual, y (iii) cuando liquida el contrato sin sujetarse a las exigencias requeridas para el efecto.

Consecuente con lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene determinado que los requisitos legales esenciales a los cuales se refiere el artículo 410 del estatuto punitivo, según la fase contractual respectiva, son

1. *Previos a la celebración del contrato:*
 - a. Competencia del funcionario para contratar.
 - b. Autorización para que el funcionario competente pueda contratar.
 - c. Existencia del rubro y registro presupuestal correspondiente.
 - d. La licitación o el concurso previo.

2. *Concomitantes a la celebración del contrato cuyo cumplimiento habilita el acuerdo entre la administración y el particular:*
 - a. Elaboración de un contrato escrito que contenga todas las cláusulas atendiendo a su naturaleza, y las obligatorias en casos determinados y para ciertos contratos.
 - b. La constitución y otorgamiento de garantías de cumplimiento por el contratista.
 - c. La firma del contrato por las personas autorizadas.

3. *Posteriores a la celebración del contrato, cuyo cumplimiento permite que una vez firmado el mismo la actuación quede en firme y pueda ser ejecutado:*
 - a. La aprobación por parte de la entidad competente.
 - b. El pago del impuesto de timbre.
 - c. La publicación [...] ¹⁶⁰ (cursiva fuera del texto original).

Nótese que el tipo penal en estudio se encuentra dirigido a todas las fases que confeccionan los contratos estatales, tanto desde su nacimiento hasta su terminación, estableciendo que el mismo se aplicará en la medida en que no se cumplan

.....
 160 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de octubre de 2011. Aprobada en acta No. 373. M. P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

en cada etapa sus requisitos legales esenciales, para lo cual se deberá integrar los requisitos esenciales que establecen las normas civiles y comerciales y las propias del EGCAP.

Resulta apropiado en este escenario enunciar que el principio de legalidad como premisa del Estado de derecho y al cual se sujeta la administración pública, los gerentes públicos y sus gestores, es el elemento integral de este tipo penal, pues para que eventualmente se pudiera predicar aquella responsabilidad, será necesario que la contrariedad entre la normatividad y la actuación del servidor público, sea una prescriptiva fijada previamente en las normas que ilustran el sistema de compras públicas¹⁶¹.

En lo que respecta a este ilícito en materia de compras públicas y su relación con la materialización del principio de planeación en la esfera contractual, se dirá aquí que en las compras públicas hoy por hoy, el principio de planeación se ha constituido en un auténtico requisito de la esencia, por lo cual su inobservancia constituye elemento analizable a la luz del ilícito en esta parte de este estudio.

Acudiendo a la doctrina en cuanto a la naturaleza del principio de planeación en materia de compras públicas, se indica que: “En esta perspectiva, la planeación, y en este sentido la totalidad de sus exigencias, constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado [...]”¹⁶².

Continúa el autor, señalando: “Del estudio de los componentes normativos del principio de planeación deducimos que el legislador le indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano ciertos

161 “El principio de legalidad, por lo tanto, [...] no puede ser desconocido ni por las autoridades ni por los particulares investidos de facultades administrativas, cuando les corresponde adelantar trámites contractuales, celebrar contratos, acompañar la ejecución de los mismos, y realizar las correspondientes liquidaciones. En este sentido, el estudio de la legalidad del contrato estatal significa comprometerse en un análisis de las bases sistemáticas normativas de principios y valores que orientan y vinculan cualquier actuación de la Administración Pública [...]”. Santofimio, *Delitos de celebración*, 115 y ss.

162 Santofimio, *Delitos de celebración*, 148 y ss.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...

parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual [...]”¹⁶³.

Así al confeccionar contratos estatales, sin los estudios y documentos previos necesarios para la consecución de aquel instrumento de gestión administrativa, aquel servidor público que participe de aquella actividad, estará inmerso en una presunta responsabilidad penal por esta materia, dada la exigencia legal que le impone el ordenamiento jurídico contractual a aquel servidor público de orientar la actividad contractual con total apego al cumplimiento correcto e idóneo del principio de planeación y la confección de estudios y documentos previos completos e idóneos.

Es importante señalar que aquel principio aplicado al devenir práctico de las compras públicas, implica no solo cumplir con los requisitos que ordena la normatividad en la materia, sino además introducir en cada uno de ellos un concepto de completitud, es decir, no solo basta con señalar que se han hecho los estudios técnicos en dado caso, o que se han realizado los estudios necesarios para determinar el valor de la futura compra, sino que tales actividades deben ser idóneas, completas y con el suficiente análisis para predicar su cumplimiento, pues eso es precisamente lo que busca prevenir el tipo penal en estudio.

En conclusión y respecto de este tipo penal, el mismo se realizará por parte de un servidor público, en múltiples momentos de la confección de los negocios jurídicos estatales, cuando con su actuar no cumpla los requisitos legales que le impone el ordenamiento jurídico en cada etapa. En lo que respecta a la configuración del ilícito en la etapa de planeación, el mismo se materializará cuando con el actuar u omisión del servidor público, la confección de los estudios y documentos previos entre otros aspectos en la etapa precontractual, no se lleve a cabo o se realice de formas deficientes, incompletas e irreales.

Finalmente y no menos importante, se tiene que el Estatuto Anticorrupción incluyó un artículo adicional a los descritos anteriormente y que se encuentra

.....
¹⁶³ Santofimio, *Delitos de celebración*, 148 y ss.

relacionado con el ejercicio de la libre competencia, asumiendo desde el punto de vista del deber ser, que los procesos competitivos se realizan, por esa misma razón, es decir, porque debe primar la competencia entre los participantes, alejados de intereses ocultos. Es esta la prescriptiva que protege la normativa, pues puntualiza que, en aquellos procesos competitivos, como lo es la licitación pública o el concurso de méritos, entre otros, debe prevalecer la libre competencia y que en dado caso en que se acuerde alterar ilícitamente la selección, entrará a operar la sanción, como consecuencia de la actividad contraria a la normativa¹⁶⁴.

Presentado cada uno de los tipos penales asociados al sistema de contratación pública y especialmente alineados al principio de planeación, se tiene que aquellos, solo operarán en la medida en que el actuar o la omisión de los asociados traslade aquel límite entre las meras faltas y la estructuración de una actuación típica, antijurídica y culpable, siendo importante reiterar que, el derecho penal en la esfera de la contratación estatal puede operar por afectación directa al sistema de compras públicas o de forma indirecta cuando con ello se configure otro tipo penal¹⁶⁵.

En este contexto y acuñando algunas ideas del profesor Santofimio Gamboa, la fuente jurídica que despierta el derecho punitivo del Estado se encuentra de forma indefectible en la transformación del contenido y finalidad del contrato estatal, esto es, desconocimiento o transgresión del interés general¹⁶⁶.

.....
164 Dispone el artículo en cuestión que: "El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

Parágrafo. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivo en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años".

165 Existen diversos tipos penales establecidos en la ley penal que se asocian al quehacer de las autoridades públicas en el ejercicio de las atribuciones encomendadas por el régimen jurídico, que pueden tener relación con la actividad contractual. Tal es el caso de los tipos penales de peculados en sus diferentes modalidades, el de concusión y el de cohecho. Sin embargo, aquí se apunta a los tipos penales consignados en la ley y que tienen conexión directa con la actividad contractual, estos son: celebración indebida de contratos, interés indebido en la celebración de contratos y celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales (artículos 408-410A del Código Penal colombiano).

166 Santofimio, *Delitos de celebración*, 109-65.

•El principio de planeación en materia de compras públicas...•

Finalmente, aquel derecho y su consecuente atribución de responsabilidad descansan en un postulado general y el cual se resume en el deber de utilizar aquel instrumento de gestión administrativa, como lo es el contrato estatal, para contribuir al cumplimiento de los elementos que garanticen el interés general y en la medida en que no se cumpla aquel querer entrará a operar aquella disciplina.

Concreción y divergencias como conclusión de este capítulo

El control penal y su consecuente declaratoria de responsabilidad a diferencia de lo presentado en los capítulos anteriores, no forman parte de los controles administrativos genéricos, como lo son aquellos de primer orden constitucional, esto es, los relativos al control fiscal y disciplinario. Dicho control posee matices y orígenes totalmente diferentes, pues busca garantizar en última instancia la convivencia social y proteger el orden justo.

Según la lógica anterior, primeramente el constituyente y luego el legislador, ha establecido todo un andamiaje contenido en preceptos normativos, los cuales buscan garantizar múltiples bienes que para el conglomerado social, merecen ser protegidos desde el punto de vista penal. Vista así la razón de ser del control punitivo del Estado, se observa que, en materia de lo público, existen múltiples supuestos jurídicos que buscan proteger aquel bien, pues ha entendido el legislador la importancia y relevancia que tiene para un Estado como el colombiano, la protección de lo público.

Esta idea ha llevado a establecer todo un catálogo normativo para la protección y defensa de lo público, como concepto indeterminado, pero determinable en la medida en que a través de él se materializa el bien común o interés general. Dada esta idea, el legislador puntualmente estableció todo un régimen penal protector del sistema de compras públicas en el ordenamiento nacional.

Así, existe todo un conjunto de normas de imperativa observancia cuyo patrón común se encuentra íntimamente relacionado con la adecuada y legal confección, celebración, ejecución y liquidación de los negocios estatales. En lo que se refiere a la materialización del principio de planeación, se encuentra a lo largo del desarrollo de este capítulo que aquella actividad exige que la compra pública se ejecute por los gerentes públicos y operadores administrativos de una forma idónea, completa, adecuada y precisa.

Dicho lo anterior, se encuentra que este control y su consecuente responsabilidad poseen particulares elementos, los cuales fueron expuestos a lo largo de este capítulo. Se citan dos situaciones presentes en el primer elemento constitutivo de responsabilidad penal, el cual se encuentra relacionado con la tipicidad de la conducta. Por una parte, lo que se encuentra relacionado con el concepto de tipos penales en blanco, los cuales requieren obligatoriamente ser llenados por diversas disposiciones normativas de múltiples órdenes, siendo necesario un ejercicio de completitud por parte de quien se encuentra aplicando las disposiciones penales. Por otra, lo que se refiere a la calificación del sujeto sobre el cual recae el poder punitivo del Estado, por cuanto esta exigencia contenida en los diferentes tipos penales, no se reclama a todos los asociados, sino a aquellos que efectúen una actividad estatal negocial, según los desarrollos normativos, jurisprudenciales y doctrinales sobre aquella calificación y concepto.

De los otros dos elementos necesarios para la atribución de responsabilidad penal de forma amplia, la normatividad en la materia, la jurisprudencia y la doctrina declaran que constituyen elementos indispensables para el juicio de responsabilidad. Dichos elementos se encuentran relacionados con el concepto de antijuridicidad material y culpabilidad, este último como elemento subjetivo-valorativo de la conducta.

Dadas las consideraciones anteriores, resulta importante señalar que el derecho punitivo del Estado ha incluido como objeto de análisis y valoración, aquellos supuestos relacionados con la actividad contractual y al respecto ha puntualizado y descrito de forma especial aquellos preceptos legales. Estos tipos penales se centran de forma especial en los diferentes momentos de la actividad contractual, pues consideró el legislador que en cada uno de estos era posible la comisión del ilícito.

Por lo dicho resulta importante mencionar que al ser el principio de planeación un postulado de primer orden y acatamiento en la actividad contractual, resulta sumamente plausible que los gerentes públicos y sus operadores administrativos, puedan ser declarados responsables penalmente, cuando con su actuar omisivo u activo, se encuadren en uno de los supuestos fácticos que establece la norma penal, como es el caso del servidor público que participa en la tramitación o aprobación de un contrato estatal con violación del régimen constitucional o legal. En lo relativo a la existencia de inhabilidades o incompatibilidades o la

•El principio de planeación en materia de compras públicas...•

celebración de contratos con interés indebido, cuando el fundamento del ilícito se ha desarrollado en la etapa de planeación, esto es, en la etapa de construcción de estudios y documentos previos a la medida o selección de contratista con violación del régimen en el cual se fundamenta.

Dadas las anteriores consideraciones, se observa que el derecho punitivo del Estado de manera general y precisa, se encarga de definir cuáles actividades de la actividad negocial del Estado podrán ser sujetas de control penal y eventualmente ser reprochables.

CONCLUSIONES

Se concluye este estudio mencionando una idea que ya se ha señalado en los diferentes capítulos y es la relacionada con que la compra pública como instrumento de gestión administrativa, es una actividad inherente al cumplimiento de los fines estatales.

Así, el contrato estatal –al menos desde el mundo del deber ser– tiene como finalidad el poder cumplir los fines esenciales del Estado a través de él, por lo cual aquel negocio jurídico resulta ser un instrumento de gestión administrativa al servicio del interés general a diferencia del típico negocio jurídico en el derecho privado¹⁶⁷. Con esta idea se encuentra que en el devenir histórico y la consolidación de un derecho contractual autónomo, el negocio estatal hoy en día puede catalogarse como un acuerdo de voluntades, a través del cual el contratista no solo se vincula al cumplimiento de las obligaciones normales y ordinarias de todo contrato, sino también y de manera especial al funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, sometido por otra parte a un concreto régimen de exorbitancias en donde la administración goza de poderes y prerrogativas unilaterales para imponerse en la relación negocial¹⁶⁸.

Dicho lo anterior, el tema abordado en este trabajo tuvo por objeto efectuar una presentación de lo que se ha entendido por un sector de la doctrina como el

167 José Luis Benavides Russi, *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008), 74 y ss.

168 Santofimio, *Delitos de celebración*, 210 y ss.

principio medular de la actividad contractual, dada la importancia en la consolidación de contratos estatales que puedan cumplirse, en la mayoría de los casos, tal y como se planearon.

Dicha concepción al menos en este estudio se abordó a partir del concepto, delimitación y alcance del principio de planeación desde el punto de vista teórico, para posteriormente observarlo desde el punto de vista de la jurisprudencia del Consejo de Estado, con lo cual se concretizó su naturaleza de pilar medular de la actividad contractual.

A su vez, se presentaron los principales tipos de responsabilidades que se derivan de la actividad contractual, especialmente en lo relacionado con el principio de planeación contractual. La intención no fue explorar cada uno de aquellos regímenes desde sus innumerables discusiones teóricas, dogmáticas y prácticas, contrario a ello, los esfuerzos estuvieron encaminados a una presentación básica de estos y a su vez, cómo estos se encuentran relacionados con los temas contractuales, especialmente en materia de aplicación del principio de planeación.

Acertadamente, en cada uno de los capítulos se efectuó una conclusión que dio cuenta de las particularidades de cada aspecto analizado, las convergencias obtenidas luego del estudio, al igual que sus divergencias y preocupaciones sustanciales de cara al entendimiento del principio de planeación.

Por lo dicho, se considera que este estudio responde a una necesidad latente en la practicidad del derecho público, la cual se concretiza en poder indicar y presentar que el principio de planeación, como supuesto de orden principalísimo en materia de contratación pública, posee una naturaleza extensiva que no se agota en el campo puramente contractual, sino que trasciende al análisis jurisprudencial y de regímenes de responsabilidades, sean estas de tipo administrativo o penal.

El objetivo planteado al iniciar este estudio a través del trasegar de cada uno de sus capítulos ha sido alcanzado de forma completa, al margen del estudio de las particularidades de cada uno de los regímenes de responsabilidad, el cual muy seguramente será objeto de estudio en una oportunidad posterior, pero que no era objeto del presente.

Finalmente, resulta necesario agradecer a los lectores que han llegado a estas líneas, pues se supone, han efectuado la lectura de todo el estudio, con lo cual muy seguramente existirán múltiples interrogantes adicionales a los existentes al momento de iniciar la lectura, con lo cual se considera aquí se ha cumplido

•Conclusiones•

el cometido de este estudio y es precisamente despertar aquellas dudas que motivan la investigación constante, lo que genera en el suscrito, agradecimiento y satisfacción.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, Josep. “Tres preguntas sobre principios y directrices”. *Revista Doxa* n.º 28 (2005): 341-65.
- Alarcón, Harold Alexander. “Contratación estatal comparada con Argentina”. *Revista Novum Jus*, n.º 4 (2010): 205-36.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Aponte, Iriana. “Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 11 (2014): 177-207, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3831/4087>
- Arias, Grethel. “A vueltas con la discrecionalidad administrativa”. *Revista Novum Jus*, n.º 4 (2010): 127-50.
- Ávila, Humberto. *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Bacigalupo, Mariano. *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- Beccaria, Cesare. *De los delitos y las penas*. Bogotá: Ediciones Esquilo Ltda., 2008.
- Benavides, José Luis. *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Benavides, José Luis. *Contratos públicos. Estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Calixto, Diana Carolina. *Responsabilidad disciplinaria del servidor público en la contratación estatal*. Chía: Universidad de La Sabana, 2011.
- Calle, Armando Luis y Juan Oberto Sotomayor Acosta. “El delito de interés ilícito en la celebración de contratos”. *Revista Estudios de Derecho*, n.º 128 (1997): 360-3.

- Camargo, Pedro Pablo. *El control fiscal en los Estados americanos y México*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1969.
- Castañeda, Augusto y Francly Eugenia Gómez Sevilla. *Delitos contra la administración pública: la contratación administrativa*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2005.
- Chiavenato, Idalberto. *Introducción a la teoría general de la administración*. Ciudad de México: McGraw-Hill Interamericana, 2004.
- Colombia Compra Eficiente. *Plan estratégico, 2017-2020*. Bogotá: Agencia Nacional de Contratación, s. f.
- Colombia Compra Eficiente. *Guía para la elaboración del plan anual de adquisiciones*. Bogotá: Agencia Nacional de Contratación, 2013.
- Colombia Compra Eficiente. *Guía para la elaboración de estudios del sector*. Bogotá: Agencia Nacional de Contratación, 2013.
- Corredor, Edison Ariel. *Control fiscal en Colombia. Apuntes desde el derecho comparado y el proceso de responsabilidad*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2009.
- Corredor, Edison Ariel. *Control fiscal en Colombia. Apuntes de acción y reflexión*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2009.
- Dávila, Luis Guillermo. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016.
- Esplugas, Pierre. *Le service public*. 2ª ed. París: Dalloz, 2002.
- Expósito, Juan Carlos. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Expósito, Juan Carlos. *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Expósito, Juan Carlos. *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas, XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Fernández, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la administración*. 4ª ed. Madrid: Civitas, 2008.
- García, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo*. Bogotá: Civitas, 1985.
- Gil, Enrique e Iván Darío Rincón Córdoba. *La responsabilidad patrimonial del servidor público*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Gómez, Iván Darío. *Control fiscal y seguridad jurídica gubernamental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Gómez, Iván Darío. *Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos*. Bogotá: Legis, 2014.
- Gómez, Iván Darío. *La seguridad jurídica: el caso de la responsabilidad fiscal en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

•Bibliografía•

- Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Jojoa, Alexander. *Los regímenes exceptuados en los contratos estatales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012.
- Kaufmann, Arthur. *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- Koontz, Harold. *Elementos de administración*. Ciudad de México: McGraw-Hill Interamericana, 1994.
- Marín, Hugo Alberto. *Discrecionalidad administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Mintzberg, Henry. *La estructuración de las organizaciones*. Barcelona: Ariel, 1984.
- Oliveira, Reinaldo. *Teorías de la administración*. Ciudad de México: International Thomson Editores, 2002.
- Pérez, Oswaldo. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Reyes, Agustín. *Administración de empresas. Teoría y práctica: el concepto de la administración*. Ciudad de México: Limusa, 2005.
- Reyes, Alfonso. *La tipicidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1979.
- Rivero, Jean. *Derecho administrativo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984.
- Rodríguez, Libardo. *Estructura del poder público en Colombia*. Bogotá: Temis, 2015.
- Ruiz, Juan. “Principios, objetivos y derechos, otra vuelta de tuerca”. *Revista Doxa* n.º 28 (2005): 341-65.
- Sánchez, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994.
- Santofimio, Jaime Orlando. *Delitos de celebración indebida de contratos, análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Santofimio, Jaime Orlando. “Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública”, en *Contratación estatal: estudios sobre la reforma contractual*, editado por José Luis Benavides Russi, 42-43. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Santofimio, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Suárez, Julián. *La culpabilidad disciplinaria: interpretación jurídica y valoración probatoria bajo el estándar del “Buen servidor público”*. Bogotá: Leyer, 2016.

Jurisprudencia colombiana

Corte Constitucional

- Corte Constitucional, Sala de Revisión Octava. M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia T-020 de 2010.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo y Dr. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia 479 de 1992.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Fabio Morón Díaz. Sentencia 427 de 1994.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis. Sentencia 341 de 1996.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Sentencia 426 de 1996.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia 346 de 1996.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia 144 de 1997.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Sentencia 380 de 1997.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia 483 de 1998.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia 200 de 2001.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño. Sentencia 712 de 2001.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia 1212 de 2001.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño. Sentencia 373 de 2002.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis. Sentencia 948 de 2002.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia 097 de 2003.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dra. María Victoria Calle Correa. Sentencia C-713 de 2009.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia 338 de 2011.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Sentencia 444 de 2011.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia 250 de 2012.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia 300 de 2012.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dra. María Victoria Calle Correa. Sentencia 103 de 2015.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia 259 de 2016.
- Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia 634 de 2016.

•Bibliografía•

Corte Suprema de Justicia

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M. P. Dr. Alfonso Reyes Echandía. Sentencia del 16 de junio de 1981. Referencia: 16 de junio de 1981.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M. P. Dr. Alberto Ospina Botero. Sentencia del 4 de octubre de 1993. Referencia: Radicado No. 5.005, 04.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M. P. Dr. Nilson Elías Pinilla Pinilla. Sentencia del 1 de febrero de 2001. Referencia: Radicado No. 16.362.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M. P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Sentencia del 19 de octubre de 2011. Aprobada en Acta No. 373.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M. P. Dra. María del Rosario González. Sentencia del 8 de octubre de 2014. Referencia: Radicado No. 44504 SP13691-2014.

Consejo de Estado

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C. P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno. Sentencia del 23 de febrero de 2012. Referencia: Radicado No. 11001-03-24-000 -2008-00035-00.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 23 de junio de 2011. Referencia: Radicado No. 25000-23-25-000-2006-08478-03(2174-10).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 5 de octubre de 2005. Referencia: Radicado No. 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Referencia: Radicado No. 15324 850012331000030901.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Referencia: Radicado No. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410); 1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) Acumulados.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 30 de julio de 2008. Referencia: Radicado No. 07001-23-31-000-1996-00511-01(15079).

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Sentencia del 1 de diciembre de 2008. Referencia: Radicado No. 85001-23-31-000-1997-00423-01(15603).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 1 de diciembre de 2008. Referencia: Radicado No. 25000-23-26-000-2007-00533-01(35827).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 25 de febrero de 2009. Referencia: exp. 16103.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Sentencia del 25 de febrero de 2009. Referencia: Radicado No. 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 4 de abril de 2010. Referencia: Radicado No. 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 14 de abril de 2010. Referencia: Radicado No. 25000-23-31-000-1993-09448.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dra. Olga Mélida Valle de la Hoz. Sentencia del 31 de enero de 2011. Referencia: Radicado No. 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 8 de junio de 2011. Referencia: Radicado No. 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 28 de septiembre de 2011. Referencia: Radicado No. 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 1 de febrero de 2012. Referencia: Radicado No. 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 1 de febrero de 2012. Referencia: Radicado No. 66001-23-31-000-1999-00435.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 12 febrero de 2012. Referencia: Radicado No. 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 28 de marzo de 2012. Referencia: Radicado No. 73001-23-31-000-1999-00536-01(22471).

•Bibliografía•

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 28 de mayo de 2012. Referencia: Radicado No. 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 16 de agosto de 2012. Referencia: Radicado No. 47001-23-31-000-1999-00769-01(24699).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia del 30 de enero de 2013. Referencia: Radicado No. 85001-23-31-000-2000-00239-01(21130).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 24 de abril de 2013. Referencia: Radicado No. 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 13 de junio de 2013. Referencia: Radicado No. 66001-23-31-000-1998-00685-01(26637).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Referencia: Radicado No. 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 20 de marzo de 2014. Referencia: Radicado No. 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 12 de agosto de 2014. Referencia: Radicado No. 25000-23-26-000-1995-10866-01(26332).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Sentencia del 21 de agosto de 2014. Referencia: Radicado No. 11001-03-15-000-2013-01919-00(AC).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Hernán Andrade Rincón. Sentencia del 29 de octubre de 2014. Referencia: Radicado No. 25000-23-26-000-2001-01477-01(29851).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Referencia: Radicado No. 25000-23-26-000-1996-12809-01(27986).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Hernán Andrade Rincón. Sentencia del 29 de abril de 2015. Referencia: Radicado No. 25000-23-26-000-1995-01431-01(21081).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Hernán Andrade Rincón. Sentencia del 2 de julio de 2015. Referencia: Radicado No. 68001231500019961131101 (34518).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia del 27 de enero de 2016. Referencia: Radicado No. 25000-23-26-000-2002-01573-01(38449).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia del 28 de enero de 2016. Referencia: Radicado No. 25000-23-26-000-2003-01742-01(34454).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 30 de noviembre de 2016. Referencia: Radicado No. 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832).

Fallos de los entes de control

Procuraduría General de la Nación

Procuraduría General de la Nación. Fallo dentro del proceso de responsabilidad disciplinaria. Referencia: Radicado No. 002-139728-06. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, 2009.

Procuraduría General de la Nación. Fallo dentro del proceso de responsabilidad disciplinaria. Referencia: Radicado No. IUS 2013-293516 / IUC 2013-598-634943, 10 de noviembre de 2014.

Procuraduría General de la Nación. Fallo dentro del proceso de responsabilidad disciplinaria. Referencia: Radicado No. 161-5455, 156-167989, 21 de mayo de 2015.

Procuraduría General de la Nación, Sala Disciplinaria. Fallo dentro del proceso de responsabilidad disciplinaria. Referencia: Radicado No. 161-5455 (156-167989), 21 de mayo de 2015. Concepto, Referencia: No. 360-2013, 18-X-2013. SIAF: 2013-343653. Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, 2013.

Procuraduría General de la Nación, Sala Disciplinaria. Fallo. Referencia: proceso verbal disciplinario. Radicado No. 161-6095 (IUS 2013-318812), 4 de junio de 2015.

Procuraduría General de la Nación, Sala Disciplinaria. Fallo dentro del proceso de responsabilidad disciplinaria de única instancia. Referencia: Radicado No. IUS 2011 - 440498 - IUC-D-2015-139-516816, 19 de noviembre de 2015.

Procuraduría Regional de Caquetá. Fallo. Referencia: proceso verbal disciplinario, Radicado No. IUS 2014-41945 IUC-D-2014-564- 670870, 7 de junio de 2016.

Procuraduría Regional de Nariño. Fallo de segunda instancia, recurso de apelación. Referencia: Radicado No. 085-11887-2006. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, 2006.

•Bibliografía•

Procuraduría Regional de Sucre. Fallo de segunda instancia, recurso de apelación. Referencia: Radicado No. 093- 09429-2005. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, 2005.

Contraloría General de la República

Contraloría General de la República, Oficina Jurídica. Concepto, Referencia: 0070A, 15 de enero de 2001.

Contraloría General de la República, Oficina Jurídica. Concepto, Referencia: 80112 EE15354, 13 de marzo de 2006.

Contraloría General de la República, Oficina Jurídica. Concepto, Referencia: 80112 EE13113, 27 de marzo de 2007.

Contraloría General de la República, Oficina Jurídica. Concepto, Referencia: 80112 EE240, 4 de enero de 2011.

Normatividad

Constitución Política de Colombia.

Decreto 1510 de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto de Contratación Estatal.

Ley 599 de 2000. Código Penal colombiano.

Ley 1150 de 2007. Por la cual se modifican algunos artículos de la Ley 80 de 1993.

Ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ley 1474 de 2011. Por medio de la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y efectividad de la gestión pública.

Ley 1882 de 2018. Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia en febrero de 2019, impreso en papel propalibros de 75 g, en tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

CONTRATACIÓN ESTATAL.
DEL PRINCIPIO DE
PLANEACIÓN EN EL
SISTEMA DE COMPRAS
PÚBLICAS EN COLOMBIA:

UNA VISIÓN
MULTIDISCIPLINARIA

27

COLECCIÓN **JUS** PÚBLICO

La contratación estatal es uno de los temas más controvertidos y dinámico en el sistema jurídico colombiano, por lo cual requiere de su análisis a diario, esto a partir de la normativa que se expide, la interpretación que de ella realizan los órganos de cierre en la Jurisdicción Constitucional y Contenciosa Administrativa, los aportes de la doctrina especializada y las directrices en esta materia fijadas por parte de las entidades estatales que poseen la competencia para ello. En este escenario los principios del sistema de contratación pública en Colombia, cobran vital importancia, dado que constituyen verdaderas reglas de conducta para los partícipes del sistema de las compras públicas o de la contratación estatal, como hasta hace algunos años se denominaba a la facultad del Estado de comprar y/o adquirir bienes, obras y/o servicios.

El objeto de este estudio es entonces presentarle al lector los elementos constitutivos del principio de planeación pero, lo más importante, es mostrarle que el mismo tiene la vocación de evolucionar y convertirse en el núcleo esencial y porque no decirlo, en el pilar fundamental de la contratación tal y como la conocemos, teniendo como punto de partida el análisis que de él han realizado la administración de justicia, así como los falladores fiscales, disciplinarios y penales.



UNIVERSIDAD **CATÓLICA**
de Colombia

Vigilada Mineducación

