

# Responsabilidad e impactos a las partes por la comisión de errores en la etapa precontractual

JUAN DAVID DUQUE BOTERO<sup>1</sup>

## RESUMEN

A partir de la Constitución Política de 1991 se ha establecido que el Estado tendrá a su cargo el cumplimiento de los fines esenciales, con el propósito de asegurar a la sociedad la prestación adecuada de bienes y servicios, prestación que se materializa mediante la celebración de contratos entre el Estado (a través de las autoridades administrativas competentes para ello) y particulares. Sin embargo, se ha demostrado que las partes del contrato estatal se han mostrado en algunas ocasiones omisivas frente al cumplimiento del de la Constitución y del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por tanto, resulta pertinente identificar la responsabilidad que le asiste a las partes en cuanto al negocio jurídico celebrado con vulneración a presupuestos legales de orden público.

**Palabras clave:** contratación estatal, contratos, contratista, entidad administrativa, errores, fines esenciales del Estado, nulidad absoluta, principio de planeación, responsabilidad.

1 Doctor en Estudios Jurídicos, Universidad Alfonso X El Sabio, Madrid, España. Gerente general de Duque Botero Consultores y exdirector general de Colombia Compra Eficiente. Correo-e: [jduque@duquebotero.com](mailto:jduque@duquebotero.com) Enlace Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5281-9793>. Fecha de recepción: 10 de agosto de 2021. Fecha de modificación: 17 de septiembre de 2021. Fecha de aceptación: 11 de octubre de 2021. Para citar el artículo: DUQUE BOTERO, JUAN DAVID, "Responsabilidad e impactos a las partes por la comisión de errores en la etapa precontractual", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, 2022, pp. 135-156. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n27.05>.

# Liabilities and Impacts to Contractual Parties Due to Errors Committed in Pre Contractual Stages

## ABSTRACT

Since the issuance of the Political Constitution of 1991, it has been established that the State is to be responsible for the fulfillment of essential ends with the purpose of ensuring that society has an adequate provision of goods and services. Provisions and services that are materialized through the conclusion of contracts between the State (through the competent administrative authorities for it) and organizations or individuals. It has been demonstrated however, that parties in state contracts have shown, on various occasions, a lack of regulatory compliance with the Constitution and Public Procurement Legislation. It is therefore pertinent for this study to identify the responsibilities of these parties regarding the legality of these agreements, investigating whether they are entered into, whilst being in violation of legal requirements pertaining to public administration regulations.

**Keywords:** State Contracting, Contractor, Contracts, Administrative Entity, Errors, Essential Purposes of the State, Absolute Nullity, Planning Principle, Liability.

## INTRODUCCIÓN

Desde el desarrollo que dio la Constitución Política de Colombia de 1991, en lo atinente a los deberes del Estado para con la sociedad, se colige que este es el principal garante frente al cumplimiento de los fines que le son esenciales. A su vez, este deber se materializa mediante la gestión que en concreto hacen las diversas autoridades públicas a nivel nacional, con observancia de disposiciones como las contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración pública, creado mediante la Ley 80 de 1993 y la Constitución.

De las normas mencionadas se derivan una serie de principios para la interpretación de las mismas, así como para la gestión contractual, encontrando entre ellos el de planeación; principio que resulta transversal a las etapas que comportan la creación, el desarrollo y la liquidación de un proceso contractual.

Mediante este escrito se pretende establecer el alcance de las obligaciones que asumen las partes y de allí, sus responsabilidades en el marco del negocio

jurídico de naturaleza pública, a la vez que se identificarán los impactos a lugar cuando se presenta un desconocimiento a los principios rectores de la contratación estatal, especialmente el de planificación, y finalmente, se presentarán conclusiones al respecto.

## 1. MARCO NORMATIVO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR ERRORES EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL

### 1.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

En el marco de la apertura o celebración de contratos estatales con el propósito de dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado, el artículo 90 de la Constitución es claro al establecer la responsabilidad que les asiste a los funcionarios derivada de su acción u omisión, a saber, el artículo 90 establece: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas"<sup>2</sup>.

El artículo antes mencionado nace como consecuencia de la constitucionalización de la responsabilidad y la sus funcionarios con la finalidad de proteger los recursos públicos<sup>3</sup>.

Para la interpretación acertada de esta disposición, la expresión "autoridades públicas" empleada en el artículo 90 de la Constitución no solo compromete, para el caso en desarrollo, a las autoridades que contratan, sino que de manera extensiva incluirá a los contratistas, quienes han sido catalogados como colaboradores de la Administración, en virtud de la actividad que desarrollan y que se enmarca en la prestación de bienes y servicios, para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Por su parte, el artículo 209 indica que la función pública estará al servicio del interés general y, a su vez, se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. En consecuencia, los principios, en el contexto que nos expone el artículo *ibídem*, más allá de remitir a una interpretación normativa, instan a que el desarrollo de la función pública se haga con base en ellos.

2 Constitución Política de Colombia, artículo 90.

3 JUAN CARLOS ESQUERRA PORTOCARRERO, "La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional", en Eduardo Ferrer MacGregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, t. VI, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2008, p. 884.

Además, con la aplicación de los principios contenidos en el artículo 209 superior se pretende la protección y aplicación de la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y al ordenamiento jurídico, y el cumplimiento de los fines esenciales, así como el cumplimiento de las obligaciones tanto por parte del Estado como por los particulares<sup>4</sup>.

Por lo demás, los artículos 339 y 341 de la misma Carta aluden al Plan Nacional de Desarrollo y al Plan Nacional de Inversiones, y de este último, en particular, destaca la posibilidad de aumentar o disminuir las partidas y los recursos aprobados en el plan inicialmente mencionado, lo que se traduce en la cantidad de recursos disponibles para las diferentes autoridades territoriales, que se deberán manejar con observancia del Estatuto y la Constitución.

## 1.2. LEY 80 DE 1993

En lo que atañe al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, los numerales 6.º, 7.º y 11 a 14 del artículo 25 aluden al principio de economía, empero, constituyen una referencia de lo que se debe entender por principio de planeación, destacando de este modo elementos a considerar previos a la apertura de un proceso licitatorio, como, por ejemplo: la disponibilidad de recursos para la celebración de contratos; la conveniencia, las autorizaciones y las aprobaciones del objeto a contratar; la elaboración de estudios, diseños y proyectos requeridos para consolidar el pliego de condiciones; la elaboración de aquellos documentos que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto, tanto a nivel económico, como ambiental y social; los ajustes presupuestales a realizar en el curso del proyecto; y la previsión de recursos para solventar imprevistos, entre otros.

Cabe resaltar que el principio de planeación es un deber que recae en la Administración para la mejora del ejercicio de la función administrativa desde la perspectiva de la contratación estatal, por lo que la correcta planeación permite identificar y determinar de manera correcta la necesidad que se pretende satisfacer a través de la actividad contractual, o sea, que este principio se convierte en la principal razón de todas las actuaciones que se ejecutan en torno al proceso contractual desde su etapa precontractual hasta su liquidación<sup>5</sup>.

Respecto a la ausencia del deber de planeación, Ernesto Mantalla manifiesta que vulnera el principio de igualdad "porque la información que suministra la entidad no tiene certeza y por lo tanto no atrae una población de posibles

4 LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, "Derecho administrativo general y colombiano", Bogotá: Editorial Temis, 2013, p. 258.

5 CARLOS FERNANDO AMAYA RODRÍGUEZ, "El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado", *Revista Via Iuris*, n.º 20, 2016, pp. 105-119.

oferentes que, de encontrar una información cierta, tal vez se animarían a participar en la convocatoria; es decir, el presupuesto del contrato determina el perfil del contratista, y por lo tanto un presupuesto alto puede atraer a un nivel de contratistas de superior categoría que si se tratara de un presupuesto bajo, y de igual manera, presupuestos bajos probablemente atraigan posibles oferentes que no tengan tanta experiencia<sup>6</sup>. En ese sentido, el numeral 3.º del artículo 26 consagra el principio de responsabilidad, que le asiste a las entidades y los servidores público, esto como contrapartida al otorgamiento de una gran autonomía en cabeza de los administradores del patrimonio público y una contratación semejante a la de los particulares, que por ende conlleva una mayor responsabilidad<sup>7</sup> desde la apertura a procesos licitatorios sin observancia del principio de planeación, a saber,

Ley 80 de 1993, artículo 26. Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio:

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

En virtud de la relevancia del principio de planeación en el desarrollo de la contratación estatal, el mismo Estatuto, mediante los numerales 2.º y 3.º del artículo 44, ha indicado que serán causales de nulidad absoluta de los contratos del Estado los casos previstos en el derecho común, y además cuando se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal, o cuando sean celebrados con abuso o desviación de poder.

De la mención realizada en lo referente a nulidad absoluta se desprende la relevancia del principio de planeación como eje transversal de la contratación, pues a partir de él es posible dimensionar el alcance del proyecto, así como las herramientas a tener en cuenta para prever el riesgo o mitigar los impactos asociados a la paralización del contrato, y en consecuencia, su posible incumplimiento. Es por esta razón que el principio de planeación comporta un carácter que insta a que su aplicación sea obligatoria mas no

6 ERNESTO MATALLANA, *Manual de la contratación de la Administración pública*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 348-349.

7 MÓNICA OVIEDO, *Principios de la contratación estatal aplicables a los reglamentos espaciales de contratación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos* (tesis de maestría), Bogotá: Universidad del Rosario, 2016, p. 20.

discrecional, por ende, desconocerlo o aplicarlo de manera errónea comportaría un desconocimiento a la Constitución y a la ley.

Ahora bien, se debe manifestar que no solo la causal de nulidad absoluta del contrato estatal, que está referida de manera explícita y contenida en el inciso primero del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, es la que debe prevalecer para esta clase de sanciones, debido a que en los casos previstos en el derecho privado, que en últimas es uno de los puntos de controversia jurídica, los que puede generar la invalidez del negocio jurídico<sup>8</sup>, de acuerdo con la doctrina, se puede dar por las siguientes razones:

- 1.º. Se hubieren celebrado con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad.
- 2.º. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.
- 3.º. Se celebren con abuso o disociación de poder.
- 4.º. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamentan.
- 5.º. Se hubieren celebrados con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras<sup>9</sup>.

### 1.3. LEY 84 DE 1873

Respecto a la referencia que hace el párrafo inmediatamente anterior, relativo a nulidad absoluta, el artículo 1741 del Código Civil establece que la nulidad aludida procede por un objeto o causa ilícita<sup>10</sup>. En consecuencia, se reputa que el objeto de la contratación estatal es ilícito cuando el proceso licitatorio por el cual se busca la mejor oferta para el cumplimiento y desarrollo del objeto contractual ha desconocido el principio de planeación, que como ya se ha establecido, es de carácter mandatorio. A la luz del derecho privado, dicha declaratoria de nulidad absoluta es una sanción que está destinada a condenar todo aquello que se haya ejecutado contrario al interés general<sup>11</sup>.

8 LUIS FELIPE GUECHA MEDINA, *La nulidad absoluta del contrato estatal por falta de planeación* (tesis de maestría), Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2019, pp. 17 y ss.

9 RAMIRO BORJA ÁVILA, *Estudios jurídicos sobre la contratación estatal*, Bogotá: Editorial Ibáñez, 2009.

10 Artículo 1741: "Nulidad absoluta y relativa. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas"; Ley 84 de 1873.

11 F. GARCÍA, *El negocio jurídico*, Granada: Editorial Comares, 1992, p. 333.

En ese orden de ideas, la solicitud de declaratoria de nulidad absoluta desde el punto de vista del derecho público se encuentra contenido en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), donde se establece que cualquiera de las partes de un contrato puede solicitar que se declare su nulidad por parte del juez competente cuando el contrato se haya celebrado con los llenos de los requisitos legales<sup>12</sup>. Una vez presentado el marco teórico, pasamos a analizar los principios de la contratación estatal para la determinación de la responsabilidad que puede asistirle a las partes.

## 2. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL PARA LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD QUE LE ASISTE A LAS PARTES

Los principios consagrados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública representan los postulados a considerar por las partes intervinientes en el contrato estatal, con el propósito de cumplir de manera idónea y oportuna con los fines esenciales del Estado colombiano, los cuales han sido definidos desde la Constitución Política en su artículo 2<sup>[13]</sup>. Estos fines representan los deberes que el Estado tiene para con sus administrados, los cuales se ha encargado de cumplir mediante la delegación y desconcentración de funciones a entidades administrativas de orden regional, departamental y nacional, con el propósito de que estas, junto con los contratistas, puedan proveer a los administrados de los bienes y servicios a lugar, una vez celebrados los contratos a lugar, en cumplimiento de los principios y lineamiento del Estatuto general de contratación.

Respecto a los principios de mayor relevancia, se encuentra el de buena fe y planeación, pues se consideran verdaderos principios rectores de la contratación estatal. Esto en virtud de que la planeación en el contrato estatal,

12 Ley 1437 de 2011; véase IVETTE MARCELA LONDOÑO TAMAYO, *La nulidad absoluta en los contratos estatales* (tesis de especialización), Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2014, p. 20.

13 El artículo 2 de la Constitución Política dispone que son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

debido a su naturaleza, es una etapa que se debe ejecutar durante todo el desarrollo del contrato y que además debe ser concordante con todas las fases del proceso de selección<sup>14</sup>. De ahí que la Sección Tercera del Consejo de Estado haya establecido que dentro de los principios rectores de la contratación estatal y de toda la función administrativa se encuentra el principio de buena fe, que se encuentra contenido en el artículo 83 superior, el cual instruye que tanto en las actuaciones de los particulares como en la de las autoridades públicas de deben ceñir a la buena fe.

Así las cosas, se debe llevar su aplicación al ámbito de la contratación estatal, pues esta se traduce como la obligación recíproca de las partes en actuar con rectitud y honradez mutua en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos en el cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y corrección de los actos, tratos o conversaciones preliminares al contrato así como en su ejecución<sup>15</sup>.

Es necesario mencionar también que la planeación es parte de la etapa precontractual, es decir, que es anterior a la celebración del contrato, etapa que debe ser desarrollada bajo los principios, como ya se ha dicho, de responsabilidad y economía. Como lo recuerda la doctrina, el estatuto general de contratación otorga vital importancia a la fase previa o preparatoria de los procesos de selección. En efecto, los numerales 6.º, 7.º y 12 del artículo 25 y 3.º del artículo 26 se refieren a esta fase que en definitiva integra el principio de planeación y que está dirigida a preparar todo lo necesario para el éxito de la licitación y del contrato<sup>16</sup>. El objetivo de la etapa precontractual consiste en que las entidades realicen estudios de factibilidad, planos y diseños, y todas las gestiones encaminadas a obtener las licencias, los permisos

14 LINA YURANI MONTOYA ARREDONDO, *Aplicación del principio de planeación en los Estatutos de la Contratación en las empresas sociales del Estado E. S. E.* (tesis de maestría), Bogotá: Universidad Autónoma Latinoamericana, 2020, p. 68.

15 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de julio de 2011, Rad. 19346, 66001-23-31-000-1999-00040-01(19349), p. 13. Dentro de los mencionados principios rectores de la contratación estatal y en general de la función administrativa, la Sala destaca el principio de la buena fe, respecto del cual, con amplitud, se ha predicado lo siguiente: La buena fe está consagrada como canon constitucional en el artículo 83 de la Constitución Política, según el cual "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante esta. En el ámbito de la contratación se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos, esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido.

16 LUIS GUILLERMO DÁVILA, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 3.ª ed., Bogotá: Legis, 2016.

y las autorizaciones que el contrato requiera, así como para la elaboración de pliegos de condiciones que sean suficientes, completos y objetivos<sup>17</sup>. Por tanto, se estiman contrarios a estos principios "las licitaciones con planos y diseños desactualizados, sin licencias y permisos o pliegos ambiguos, subjetivos e incompletos"<sup>18</sup>.

De este modo, el principio de buena fe, junto con el principio de planeación, comportará el criterio para la imputación de responsabilidad por los daños que en la etapa precontractual se hubiesen podido causar. Por tanto, en la sentencia *ibídem* se indicó al respecto "En el ámbito del derecho administrativo la imputación de responsabilidad por los daños causados en la etapa precontractual no se hace con fundamento en la culpa, ni en el riesgo ni en el enriquecimiento injusto, o la reciprocidad de prestaciones del contrato bilateral, sino en los principios de la buena fe y de legalidad"<sup>19</sup>.

Del apartado citado se destaca la relevancia que tiene el cumplimiento de principios rectores en la contratación estatal, pues estos mismos, en sede judicial, pueden consolidarse como los derroteros a emplear por el operador judicial, con el fin de hacer la imputación de las partes en el marco del contrato incumplido o paralizado. Esto, sin olvidar a su turno que las implicaciones por desconocimiento de los principios enunciados y, especialmente, el de planeación en el marco del proceso de contratación estatal puede conllevar a la nulidad absoluta del contrato. De ahí 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"<sup>20</sup>.

En ese sentido, la declaratoria de nulidad absoluta será una decisión en la que la responsabilidad se entenderá que es de las partes que integran el negocio jurídico, pues estas, frente al cumplimiento de su deber de planeación, fueron omisivas, y es por ello que el Consejo de Estado, mediante providencia del 24 de abril de 2013, Exp. 27315, expreso que de conformidad con el deber de planeación, los contratos estatales deben obedecer a negocios previamente diseñados de conformidad a las necesidades del interés general; es decir, que la celebración de un contrato estatal no sea la consecuencia de

17 *Ibid.*

18 *Ibid.*

19 *Ibid.*

20 JOHN FREDY SILVA TENORIO, "El principio de planeación a la luz de la jurisdicción contencioso administrativa", en John Fredy Silva Tenorio, *Contratación estatal. Del principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia: una visión multidisciplinaria*, Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2019, p. 28.

la improvisación de la entidad y resultado de la mediocridad de la misma, porque como se ha mencionado a lo largo de este documento, la planeación esta estrechamente ligada con el principio de legalidad especialmente en la etapa previa a la formación del contrato.

Igualmente, adujo que este principio no solo está ligado a la ejecución, pues también nos permite establecer el precio real de los bienes o servicios a contratar con la finalidad de maximizar los recursos públicos que se asignen para la contratación. El no cumplimiento de este deber genera que estemos frente a un contrato con objeto ilícito, porque se está 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<sup>21</sup>.

De la insatisfacción del interés general, por falta de planeación en el contrato, derivado de la estructuración y ejecución de un objeto ilícito, se trae nuevamente a colación que la responsabilidad será compartida entre el contratante y el contratista, pues si bien es cierto que el primero estaba facultado para contratar, el segundo, es decir, el contratista, desde la etapa contractual pudo prever la inoperancia o las falencias en el principio de planeación; sin embargo, ante su acción omisiva al respecto, y continuación en el proceso, se asimila como responsable, por lo que a las voces del inciso 2.º del artículo 3.º de la Ley 80 de 1993, los particulares "tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que [...] colaboran

21 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de abril de 2013, Rad. 27315, 68001-23-15-000-1998-01743-01. De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado "deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad [...]. La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato [...]. Pero además ese parámetro de oportunidad, entre otros fines, persigue establecer la duración del objeto contractual pues esta definición no sólo resulta trascendente para efectos de la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración [...]. De otro lado, el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva [...]. Así que entonces en este caso se estará en presencia de un contrato con objeto ilícito porque se está 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".

con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones". Por consiguiente, de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la Administración, puesto que no solo 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<sup>22</sup>. A lo que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia 27315 de 2013, indicó "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"<sup>23</sup>. En consecuencia, se enfatiza en la imposibilidad que tiene el contratista de pretender un reconocimiento de los daños que se hubiesen podido ocasionar, pues dicha pretensión sería contraria a la ley, dado el comportamiento negligente que lo llevó a desatender las obligaciones que tenía a su cargo como interesado oferente y posteriormente, como contratista del Estado.

Es por este panorama que incluso, mediante doctrina, el profesor Santofimio Gamboa enfatiza en la oportunidad desde la cual se puede evidenciar la falta de planeación y, con ello, evitar al contratista un perjuicio mayor, como es la nulidad absoluta y la ausencia de cualquier reconocimiento pecuniario derivado por daños que este persiga. Por tanto, la falta de planeación puede ser observada desde la apertura del proceso de selección, en donde a pesar de contar con los estudios previos, los mismos carecen de información como requisitos objetivos para la escogencia del contratista, o presenta de forma general o vaga la necesidad a satisfacer el presupuesto y las especificaciones técnicas, así como la inclusión de cláusulas generales, imprecisas o confusas, entre otras<sup>24</sup>. Al respecto se indicó:

los indicios sobre situaciones anómalas, producto del desconocimiento al principio de planeación en cuanto a su componente técnico, pueden advertirse cuando se producen situaciones negativas respecto de lo dispuesto en el numeral 5.º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993; esto es, cuando en los pliegos o términos de

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*

24 La falta de planeación puede ser observada desde el momento mismo de la apertura del proceso de selección, que, a pesar de contener un documento denominado "estudios previos" no conlleva en su clausulado, por ejemplo, requisitos objetivos para la escogencia del contratista, o presenta de forma general o vaga la necesidad a satisfacer, el presupuesto y las especificaciones técnicas, así como la inclusión de cláusulas generales, imprecisas o confusas, entre otras. Estos últimos aspectos permiten identificar como primer filtro una evidente falta de planeación.

referencia no se incluyen requisitos objetivos para la escogencia de contratistas, porque sencillamente se improvisó en los mismos, o se incluyen reglas incompletas, o costos que no coinciden con los precios del mercado, o las calidades de los bienes o servicios no resultan claras o coherentes con los intereses de la comunidad, o se incluyen reglas que inducen a error por ser abiertamente improvisadas<sup>25</sup>.

Ahora, es oportuno cuestionar respecto a si la responsabilidad aludida es aplicable a todos los casos de los cuales conozca el contencioso, o bien, definir los criterios bajo los cuales se determinaría la existencia o no de responsabilidad de las partes contratantes, pues se considera que

aún el Consejo de Estado no ha definido con absoluta claridad cuándo es predecible 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<sup>26</sup>.

### 3. RESPONSABLES DE LOS ERRORES COMETIDOS EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL

Una vez analizados los escenarios por medio de los cuales se definen los fines esenciales del Estado, los principios rectores de la contratación pública y cómo estos pueden llegar a determinar la responsabilidad que les asiste a las partes, resulta procedente pasar a definir quiénes son considerados responsables de los errores cometidos en la etapa precontractual de un determinado proceso licitatorio.

No obstante, de manera previa al desarrollo del tema enunciado, se traen a colación posturas doctrinales que analizan la posición de Santofimio Gamboa

25 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Delitos de celebración indebida de contratos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 151.

26 JOHN FREDY SILVA TENORIO, "El principio de planeación a la luz de la jurisdicción contencioso administrativa", *op. cit.*, pp. 73-74.

respecto a la responsabilidad de las partes, tanto del contratante como del contratista, al desconocer las obligaciones que les asiste en el marco de la correcta aplicación del principio de planeación en la etapa previa y en el mismo negocio jurídico estatal a celebrar.

En ese orden de ideas, se cuestiona la eficiencia que tiene en sí misma la declaratoria de responsabilidad que se presume de las partes intervinientes el negocio jurídico, conforme lo establece el Consejo de Estado, al no hacer consideraciones especiales ni objetivas para determinar el grado de responsabilidad aplicable a los involucrados. Al respecto “es posible destacar el impacto que ello genera en la estructuración de los proyectos comoquiera que, si bien se busca sean viables y ejecutables, la nueva posición de la jurisprudencia del Consejo de Estado promueve que las entidades del Estado sean menos rigurosas, o en el caso extremo, desatiendan las prescripciones relacionadas con el principio de la planeación por cuanto en últimas, los funcionarios del Estado ni siquiera enfrentarán un juicio de responsabilidad por incumplimiento contractual, sino que se predicará la nulidad absoluta del contrato celebrado”<sup>27</sup>.

De lo anterior, se colige que el Estado en atención a la postura del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, antes criticada, deja el espacio abierto para que las autoridades administrativas asuman una conducta negligente frente a su deber de planeación, aún cuando es la parte que cuenta con el tiempo, el conocimiento y demás herramientas necesarias para determinar la necesidad que tiene la entidad con relación a los administrados. Por ende, en la fase de planeación en la contratación estatal, el responsable principal de la veracidad de la información es el contratante, porque es él quien elabora, corrige, perfecciona y posteriormente realiza la publicación correspondiente para que los oferentes puedan leer los documentos que elabora la entidad estatal para realizar el procesos de compra pública. En este instancia del procedimiento de selección —la planeación—, los particulares interesados en la futura contratación no tienen responsabilidad en la producción de la información, porque es a la entidad a quien le corresponde definir el contrato que desea celebrar y qué especificaciones técnicas exigirá<sup>28</sup>. No obstante, en la etapa precontractual que da origen al

27 LAURA AMAYA, “La violación al principio de la planeación en la contratación estatal. El cambio jurisprudencial y los efectos adversos que se desprenden de la nueva postura”, *Revista Nova et Vetera*, n.º 2, 2016, p. 1.

28 Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia 27315 de 2013, con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, indicó: “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, para lectura de los futuros oferentes, los datos de los cuales se servirán. En este horizonte, los documentos que elabora la

negocio se debe 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, con ocasión del trato o en la relación entretejida por las partes del negocio futuro<sup>29</sup>.

Es así que desde la etapa precontractual, si bien el contratista puede revestir algún grado de responsabilidad por los errores que en esa etapa se presentaron, resulta cuestionable la premisa por medio de la cual se presume que su responsabilidad sea equiparable a la de la autoridad administrativa, quien mejor que nadie conocía las necesidades para contratar y, por decisión propia, hace apertura del proceso licitatorio:

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 quién 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.

29 JOHN FREDY SILVA TENORIO, "El principio de planeación a la luz de la jurisdicción contencioso administrativa", *op. cit.*, p. 79.

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 ejecución<sup>30</sup>.

#### 4. EJEMPLOS DE DIVERSOS ERRORES COMETIDOS DE LA RESPONSABILIDAD QUE LE ASISTE A LAS PARTES DEL CONTRATO ESTATAL

En el momento de hacer alusión a la responsabilidad que les asiste a las partes que celebran el contrato estatal, pese a la ausencia de un desarrollo acucioso del principio de planeación y a la forma en que cada situación debe ser evaluada, se presentarán dos ejemplos, en los que conforme al principio de planeación, hay lugar a variables para determinar el grado de responsabilidad a endilgar a las partes.

El primero de los ejemplos nace del proceso de contratación al cual dio apertura el Departamento de Risaralda. Este no atendió al principio de planificación ni al de buena fe, pues posterior al momento de convocar a los oferentes interesados para la presentación de ofertas, decide no continuar el proceso de contratación, sin comunicar a nadie de esta decisión.

A los tres días siguientes de adoptada la decisión en mención, la Administración decide dar apertura a un nuevo proceso licitatorio cuyo objeto era satisfacer la misma necesidad del anterior, por lo que uno de los oferentes que en efecto presentó oferta en el proceso inconcluso, presenta demanda ante la jurisdicción de lo contencioso con el fin de que se le haga el reconocimiento de los daños económicos causados a él, por cuenta del Departamento de Risaralda, pues de haberse evaluado su oferta, esta hubiese obtenido el mejor puntaje y, por ende, se hubiese seleccionado.

De las pretensiones del demandante, la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió: "Así las cosas, comoquiera que la omisión de la parte actora llevó a que el procedimiento administrativo de selección directa del contratista resultare frustrado y que con dicha abstención se le causó un daño antijurídico al demandante, dado que se probó en el proceso que su propuesta, en el evento en el cual se hubiere continuado con dicho procedimiento, habría

30 *Ibid.*

obtenido el mayor puntaje, la Sala confirmará la decisión de primera instancia en cuanto declaró la responsabilidad patrimonial del ente demandado"<sup>31</sup>.

Esta sentencia, pese a ser anterior al pronunciamiento que hizo la misma sección en 2013, resulta oportuno traerla a colación como ejemplo, pues se evidencia que el principio de planeación no fue atendido por la entidad contratante y, en cambio, el contratista siempre mostró buena fe y debida diligencia en el proceso inconcluso. Por ende, en el caso hipotético de sustraer las implicaciones de la sentencia del doctor Santofimio Gamboa, en materia de responsabilidad, y aplicarlas al caso en estudio, resultaría contrario a todo razonamiento de proporcionalidad, por lo que se reitera que es necesaria la evaluación de cada caso en concreto, de acuerdo con sus presupuestos fácticos y jurídicos.

Por otro lado, se presenta un segundo ejemplo, el cual se ocupará de un contrato de obra, donde el principio de planificación tiene la misma relevancia que en otros contratos estatales, sin embargo exige un mayor grado de cuidado por sus especificidades en cuanto a las unidades de obra y a las características que tienen los diseños a desarrollar<sup>32</sup>. En ese sentido, el contrato de obra se ha definido como el que celebra el Estado a través de sus entidades para la construcción, el mantenimiento, la instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago<sup>33</sup>. Esto quiere decir que comporta una tipología contractual donde las unidades de medida pueden ser objeto de variaciones, producto de las modificaciones que pueda sufrir el diseño a ejecutar, a la divisa en que se ha planeado la adquisición de materiales para la ejecución, entre otros factores. Por ende, aunque se dé cumplimiento a los postulados que trae consigo el principio de planeación, hay factores que deberán atenderse en el curso de la ejecución contractual, en ese sentido.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto 1439 del 18 de julio de 2002, que sirvió de base para el análisis del presente apartado, estudió un caso en el que posterior a la suscripción del contrato la administración se encontró con diseños insuficientes que necesariamente debían ser subsanados, lo que generaría, para ellos, una prórroga y adición que les superaba el monto permitido. Frente al tema, por tratarse de un contrato de obra suscrito a precios unitarios, se estableció que lo que se pretendía no correspondía a la necesidad de una adición, sino

31 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de julio de 2011, Rad. 19346, 66001-23-31-000-1999-00040-01(19349), p. 16.

32 Cfr. EVELIN ASTRID CASTILLO MURILLO, *La trascendencia de los estudios previos, como materialización del principio de planeación en los contratos estatales*, op. cit., p. 115.

33 MARÍA MESA LOZANO y ALFONSO MUÑOZ, "Principio de planeación en el contrato de obra pública", *Revista Iusta*, n.º 51, 2019, p. 187.

a la generación de mayores cantidades de obra del objeto contractual como resultado de la corrección de errores de diseño en busca de soluciones técnicas que permitieran la ejecución del contrato y el cumplimiento de los fines estatales realizando la siguiente salvedad:

Desde luego que si las modificaciones requeridas implican adiciones en el alcance del objeto contractual o exigen la creación de nuevos ítems de contrato o variación en los precios unitarios, tales modificaciones deberán recogerse en un contrato adicional; si ellas solo exigen modificaciones de diseño o de cantidades de obra, simplemente no será necesario suscribir un contrato adicional y bastará, entonces, el acuerdo entre las partes<sup>34</sup>.

No obstante permitirse la corrección de estudios, y de hecho contar la Administración con la facultad de modificarlos cuando estos adolezcan de errores, llama la atención sobre la forma de elaboración y estructuración de los diseños y estudios previos, así como el deber de verificación de la calidad e idoneidad de los trabajos efectuados, so pena de las responsabilidades a que haya lugar<sup>35</sup>.

En el marco de las consideraciones que anteceden, es propio identificar que el contrato estatal de obra tendrá unas condiciones particulares a examinar, en el evento de decidir respecto a la declaratoria de responsabilidad de las partes frente a la ejecución del mismo, pues si bien las unidades de medida y los ajustes en el diseño, por solo nombrar algunos de los factores que se pueden presentar, deben atender en todo momento al principio de planeación y de buena fe, entre contratante y contratista.

De los ejemplos mencionados, que aunque se han dado con anterioridad al pronunciamiento de 2013 del Consejo de Estado en materia de responsabilidad, se deriva un concepto oportuno que permite concluir que los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa con competencia respecto a los conflictos dados por la omisión al desarrollo y aplicación del principio de planeación en los contratos estatales, deberán establecer lineamientos que desde un concepto objetivo permitan hacer un juicio proporcional a la responsabilidad que le asiste a las personas frente al negocio jurídico no celebrado, o bien, que ha quedado inconcluso por girar en torno a un objeto ilícito.

34 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1439 del 18 de julio de 2002.

35 EVELIN ASTRID CASTILLO MURILLO, *La trascendencia de los estudios previos, como materialización del principio de planeación en los contratos estatales* (tesis de maestría), Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2018, pp. 125-126.

## 5. IMPACTOS PARA LAS PARTES DEL CONTRATO ESTATAL FRENTE A SU DECLARATORIA DE NULIDAD ABSOLUTA

La imputación de responsabilidad de las partes que han suscrito el contrato estatal, por desconocimiento del principio de planeación y buena fe, no se limita a la declaratoria de nulidad absoluta que se haga respecto al contrato jurídico, aunque durante la etapa precontractual, los intervinientes deben actuar observando diligencia, transparencia y buena fe<sup>36</sup>.

En consecuencia, la declaratoria de nulidad genera impactos adversos para las partes involucradas en el negocio jurídico. Respecto a la entidad contratante, con su actuar negligente y ausente de planificación, el impacto se ve reflejado en el detrimento patrimonial del erario público, pues en todo caso empleó recursos que no lograron satisfacer las necesidades que por medio del contrato suscrito se esperaba hacer.

Por su parte, el contratista, en calidad de colaborador de la Administración, notará el impacto de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, por objeto ilícito, al dejar de percibir la utilidad que había proyectado para su ejecución, y en el evento de haberse suscrito un contrato de obra, como impacto adicional, responderá por la devolución del anticipo debidamente indexado, conforme lo ordene el operador judicial competente.

Finalmente, pero no por ello menos importante, está el impacto que sufren los administrados, quienes asumen el detrimento patrimonial y, por ende, entran a soportar la limitación frente al uso y disposición de recursos públicos para la adquisición de bienes o servicios, e incluso, para el desarrollo de obras orientadas a satisfacer las necesidades del interés general.

En resumen, a nivel de impactos ocasionados a las partes con la declaratoria de nulidad, podría afirmarse que la falta de planeación afecta a las tres partes involucradas en el contrato estatal. Como lo recuerda el juez administrativo, ella afecta en primer lugar al contratista, que si bien debe colaborar y detectar la falta de planeación cuando esté en capacidad para ello, a su vez tiene derecho a obtener una contraprestación económica razonable; por lo que puede endilgarse su responsabilidad a la hora de suscribir contratos mal planeados. En segundo lugar, la falta de planeación afecta a la entidad contratante que erró en la planeación y quien deberá ajustar su presupuesto y tramitar los recursos necesarios para alcanzar el cumplimiento del contrato, además de las responsabilidades individuales que deben enfrentar tanto representantes legales o directores, como los demás funcionarios encargados. En tercer lugar, se ve afectada la comunidad, pues es esta titular

36 LIZNEYDE OCAMPO, MARÍA EUGENIA CORTÉS y LUCILA SALAMANCA, *Responsabilidad de la administración pública en la etapa precontractual* (tesis de especialización), Bogotá: Universidad la Gran Colombia, 2015.

de los recursos públicos y a que se cumplan los fines consagrados constitucionalmente y a la prevalencia del interés general<sup>37</sup>. Es por esto que "todo lo anterior representa una gran responsabilidad en cabeza del Estado, toda vez que debe actuar con un alto grado de eficiencia y eficacia, garantizando la protección de los recursos públicos, siendo cuestionable cualquier conducta contraria que evidencie falta de planeación"<sup>38</sup>.

De ahí que la Sección Tercera del Consejo de Estado establece, frente a la viabilidad de las sanciones judiciales derivadas de la declaratoria de nulidad absoluta, la concurrencia de diversos elementos: en primer lugar, con esta premisa lo que se busca es garantizar la protección del interés general, pero no es requisito indispensable para su declaratoria el conocimiento o desconocimiento que tengan las partes del contrato o negocio jurídico respecto de la indebida planeación. En un segundo momento, que todas las prohibiciones contenidas en la ley comportan un vicio que puede llegar a generar nulidad absoluta siempre que dicha norma no contemple una consecuencia diferente. Tercero, que la nulidad absoluta no solo se da por mandato imperativo de la ley que así lo establezca, sino también por normas jurídicas abiertas que prohíban ciertas actuaciones. Cuarto, que en esta línea, el principio de planeación, siendo una norma de carácter abierto, su desconocimiento genere una declaratoria de nulidad absoluta; y quinto, 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<sup>39</sup> y,

37 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 1998, Exp. 10439.

38 *Ibid.*

39 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de julio de 2011, Rad. 19346, 66001-23-31-000-1999-00040-01(19349). "(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, 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; (v) que a pesar de que la deficiente aplicación

por ende, habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo<sup>40</sup>.

## CONCLUSIONES

De lo expuesto se puede señalar que la aplicación y observancia de los principios rectores en los procesos estatales constituye un fundamento necesario para la mitigación de riesgos e impactos que pueden afectar a las partes interesadas o contractuales, según corresponda, y por ende, su relevancia en el curso de la duración del proceso licitatorio escogido, independiente a la etapa en que se encuentre. Así, los principios de planeación y buena fe son de obligatorio cumplimiento como principios rectores, por lo que su omisión puede significar la consolidación de un objeto ilícito, el cual será el eje de conocimiento por parte del operador judicial competente en sede contencioso administrativa, y del que se puede derivar, la declaratoria de nulidad absoluta. Por tal razón, se hace necesario que desde el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa o, bien, vía legislativa se haga un desarrollo de las herramientas o criterios idóneos que permitan graduar la responsabilidad de las partes involucradas en la participación o celebración de un contrato estatal, conforme a las particularidades fácticas y jurídicas de cada caso, y por ende, se promueva un juicio proporcional.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

AMAYA, CARLOS. "El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado". *Revista Via Iuris*, n.º 20, 2016.

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 celebración 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".

40 JOHN FREDY SILVA TENORIO, "El principio de planeación a la luz de la jurisdicción contencioso administrativa", *op. cit.*, p. 67.

AMAYA, LAURA. "La violación al principio de la planeación en la contratación estatal. El cambio jurisprudencial y los efectos adversos que se desprenden de la nueva postura". *Revista Nova et Vetera*, n.º 2, 2016.

BORJA, RAMIRO. *Estudios jurídicos sobre la contratación estatal*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2009.

CASTILLO MURILLO, EVELIN ASTRID. *La trascendencia de los estudios previos, como materialización del principio de planeación en los contratos estatales* (tesis de maestría). Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2018.

DÁVILA, LUIS GUILLERMO. *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 3.ª ed. Bogotá: Legis, 2016.

ESGUERRA PORTOCARRERO, JUAN CARLOS. "Estudios homenaje a Héctor Fix-Zamudio". En Eduardo Ferrer MacGregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *Responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas–Unam, 2008.

GARCÍA, F. *El negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 1992.

GUECHA MEDINA, LUIS FELIPE. *La nulidad absoluta del contrato estatal por falta de planeación* (tesis de maestría). Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2019.

LONDOÑO TAMAYO, IVETTE MARCELA. *La nulidad absoluta en los contratos estatales* (tesis de especialización). Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2014.

MATALLANA, ERNESTO. *Manual de la Contratación de la Administración pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

MESA LOZANO, MARÍA, Y ALFONSO MUÑOZ. "Principio de planeación en el contrato de obra pública". *Revista Iusta*, n.º 51, 2019.

MONTOYA ARREDONDO, LINA YURANI. *Aplicación del principio de planeación en los Estatutos de la Contratación en las empresas sociales del Estado E. S. E.* (tesis de maestría). Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana, 2020.

OCAMPO, LIZNEYDE, MARÍA EUGENIA CORTÉS Y LUCILA SALAMANCA. *Responsabilidad de la administración pública en la etapa precontractual* (tesis de especialización). Bogotá: Universidad Gran Colombia, 2015.

OVIEDO, MÓNICA. *Principios de la contratación estatal aplicables a los reglamentos espaciales de contratación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos*. Bogotá: Universidad del Rosario. Tesis de maestría, 2016.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, 2013.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Delitos de celebración indebida de contratos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

SILVA TENORIO, JOHN FREDY. "El principio de planeación a la luz de la jurisdicción contencioso administrativa". En John Fredy Silva Tenorio, *Contratación estatal. Del principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia: Una visión multidisciplinaria*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2019.

#### JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1439 del 18 de julio de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de julio de 2011, Rad. 19346, 66001-23-31-000-1999-00040-01(19349).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de abril de 2013, Rad. 27315, 68001-23-15-000-1998-01743-01.