

# ¿QUIÉN DEBE RESPONDER POR LA CORRECTA PLANEACIÓN DEL CONTRATO?

## Los mecanismos de protección del contratista frente a la indebida planeación.

**LUIS FERNANDO OLIVEROS VILLARREAL**  
ABOGADO EXPERTO EN CONTRATO DE OBRA Y DE CONCESIÓN

**A** propósito de peregrinos y desafortunados pronunciamientos judiciales, en los últimos tiempos ha sido práctica común de los agentes del Estado excusar, evadir o eludir su propia responsabilidad, cuando el proyecto o contrato resulta encarando serias vicisitudes de orden técnico, económico o jurídico por causa de su indebida, escasa, insuficiente o, en muchos casos, inexistente planeación.

La falta de planeación dificulta y encarece la realización del proyecto o, en el peor de los casos, aun cuando de común ocurrencia, se frustra su ejecución, por razón de la imposibilidad física y/o jurídica que resulta insuperable, lo que así se atreven a hacer, por cuanto, solazándose en un aislado razonamiento judicial<sup>1</sup>, suponen que el particular, agente del mercado y contratista del estado, en su condición de colaborador para el cumplimiento de la finalidad estatal, aparentemente también ostenta deberes

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá, D.C, trece (13) de junio de dos mil trece (2013). Radicación número: 66001 – 23 – 31 – 000 – 1998 – 00685 – 01(26637).

en el cumplimiento del principio de la planeación, lo que, según su dicho, le implica: (a) en el escaso término del proceso de selección, poner de presente a la entidad contratante las deficiencias del proyecto, indebidamente planeado por ella, más aún, (b) abstenerse de celebrar contratos respecto de los cuales se adviertan fallas en su planeación.

La sanción por “osar” licitar y resultar adjudicatario será, en ese “peculiar” criterio de “justicia contractual”, la imposibilidad de pretender, a futuro, el reconocimiento y pago de los sobre costos, daños y perjuicios padecidos por el contratista ejecutor, derivados de un contrato indebidamente planeado, por cuanto, en ese cuestionable parecer, ello configuraría una “apropiación indebida de los recursos públicos”, entre otras, que porque tal negocio jurídico estaría viciado de “objeto ilícito”, dado que se celebró desconociendo lo dispuesto por normas imperativas, las cuales disponen que los contratos estatales deben ser adecuadamente planeados, por



cuanto constituyen el instrumento por medio del cual se debe satisfacer el interés general<sup>2</sup>.

Al margen de los argumentos por los cuales, por fortuna, tal visión jurídica nunca fue una decisión judicial, respecto de la cual se predicó su plena firmeza, en tanto quedó sin efectos por constituir una vía de hecho, esto es, por haber desbordado el cauce jurídico aplicable<sup>3</sup> —cuestión que convenientemente suelen omitir quienes invocan tal descaminada decisión judicial para escudar su “irresponsabilidad”—, en los términos de la constitución y la ley, ese mismo pronunciamiento judicial violentó elementales disposiciones contenidas en una ley de orden público, como lo es el Estatuto General de la Contratación Pública, el cual impone el deber de planear el contrato o proyecto al estado, no a sus contratistas, luego éste, el contratista, jamás puede ni debe —porque no está obligado ni constitucional ni legalmente a ello—, asumir la condición de “garante” respecto del cumplimiento de un deber asignado, en forma exclusiva y excluyente y de cargo del estado —cuando menos en lo que hace a los contratos de obra pública y de concesión que éste debe estructurar—, menos aun cuando, es la propia ley la que deriva precisas responsabilidades para el contratante, cuando incumple dicho principio y deber, lo que no endilga respecto del contratista, como a continuación se verá:

- ▶ Planificación o planeación constituye un principio del derecho público devenido de principios del siglo XX, por el cual, se pretende que la gestión del estado sea perfectamente “coordinada” —por oposición a la improvisación—, por cuanto, de por medio se encuentra la prestación continua y eficiente del servicio público, la satisfacción de la necesidad general, la correcta, útil, eficaz y eficiente administración de los

<sup>2</sup> Ello, así lo sustenta en aplicación de las siguientes disposiciones legales: artículo 1519 y 1741 del Código Civil. Numerales 2° y 3° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

<sup>3</sup> Así lo definió la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia de fecha 21 de agosto de 2014, quien, en apretada síntesis puntualizó que la nulidad absoluta sólo puede declararse por las causales expresamente señaladas en la ley, dado lo cual, lo ilícito se predica respecto de las prestaciones asumidas por las partes, lo cual constituye el verdadero objeto del contrato, de modo que la causal de nulidad por objeto ilícito no aplica con respecto a la: “la violación al principio de la planeación, por una parte, no es una causal autónoma o directa de nulidad del contrato y, por otra, no encaja en la configuración de un verdadero caso de objeto ilícito”.

recursos públicos, en suma, el cumplimiento del cometido estatal o la finalidad pública que justifica la existencia del estado.

- ▶ Tal principio así quedó explícitamente contenido en la carta fundamental, cuando, refiriéndose a sus distintas manifestaciones, mandó el constituyente que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado<sup>4</sup>, más aún cuando le impone a los agentes del estado generar planes de desarrollo, inversión y gestión que determinen el rumbo coordinado de su quehacer estatal, y cuando a nivel nacional y territorial, dicha planeación se origina en instituciones dispuestas al efecto<sup>5</sup>.
- ▶ Aterrizado el concepto al plano del instituto del contrato estatal, hasta la saciedad, el legislador clamó que, para evitar el despilfarro de los recursos públicos, en su gestión

<sup>4</sup> Artículo 209 de la Constitución Política

<sup>5</sup> Artículos 339, 341, 342, 343 y 344, *ibidem*.



contractual: la escogencia, celebración, ejecución y liquidación de los contratos, en manera alguna puede ser fruto de la improvisación, dado lo cual, debe darse un estricto orden para la adopción de las decisiones que deban materializarse en favor de los intereses de la comunidad por lo cual, dicha gestión implica: coherencia, racionalización y organización en la toma de las decisiones<sup>6</sup>. Todo ello determina el cumplimiento de requisitos de orden: técnico, presupuestal, de conveniencia y oportunidad, mercado y jurídico, factores todos que, en conjunto deben contemplarse para estructurar, en debida forma un proyecto, más aún, lograr su correcta realización. Así, a lo largo y ancho del Estatuto General de la Contratación, múltiples son las disposiciones que al respecto, como manifestaciones de los principios de planeación, transparencia y economía, el legislador insertó en forma expresa como deber de cargo del estado<sup>7</sup>. Ello mismo lo replicó, para el mismo

<sup>6</sup> Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, Delitos de celebración indebida de contratos, análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal. A. CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE LA PLANEACIÓN APLICADO AL CONTRATO ESTATAL, Págs. 147 y siguientes. Universidad Externado de Colombia. Año 2000.

<sup>7</sup> Artículo 25: numerales 6°. Las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales. 7°. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso (...) 12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia. La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes. 13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios. 14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados. Artículo 30. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: 1°. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado. De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de factibilidad o factibilidad. 2°. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente: los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias

estado —no para el agente del mercado proponente o contratista— con respecto al que modernamente dio en denominar principio de maduración<sup>8</sup>, lo que igualmente calcó para lo que sería la Ley 1682 de 2013, relativa a los proyectos de infraestructura de transporte<sup>9</sup>.

- ▶ Siendo un deber de cargo del estado, el cual debe cumplir, en virtud del principio de la buena fe —en su variante objetiva y subjetiva—, como carga negocial y en cumplimiento del principio del deber de información en la formación del contrato<sup>10</sup>, la ley reguló la responsabilidad de las entidades del estado y sus agentes cuando falten o violenten el deber de planeación y, a tal efecto, dispuso que: “En los pliegos de condiciones (...) d) No se incluirán condiciones

de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas. (Se destaca)

<sup>8</sup> Artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, según el cual: “MADURACIÓN DE PROYECTOS. El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 quedará así: 12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato, en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones, según corresponda. Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño. (Se destaca)

<sup>9</sup> Artículos 7 y 8.

<sup>10</sup> Aguado Josep Llobet, EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS, MARCIAL PONS, Capítulo II. CARACTERIZACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN EN LOS CONTRATOS PRELIMINARES. FUNDAMENTOS DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN, FUNCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN. Págs. 33 y siguientes.

y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren”, las cuales, de incorporarse, resultarían ineficaces de pleno derecho<sup>11</sup>, a la vez que, en forma directa calificó y determinó la exclusiva responsabilidad del estado al indicar que: las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos 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<sup>12</sup>.

Así, el estudio del principio de la planeación tiene su fundamento en el principio de legalidad, el cual se aplica a los servidores públicos, incluyendo los jueces, no a los particulares, en tanto así expresamente lo reguló la ley, dentro del marco de la responsabilidad del estado y sus agentes, lo cual, en manera alguna se extiende a los proponentes o contratistas, por la sencilla razón de que no está en manos de estos: la definición ni de la necesidad pública, ni del objeto a satisfacer, ni de si el estado cuenta o no con los predios para desarrollar el proyecto o si tramitó o no sus licenciamientos, o si cuenta con la apropiación de los recursos públicos, necesarios y suficientes para llevar a buen puerto la realización del proyecto, como que tampoco, el garante del cumplimiento de tal deber pertenece al contratista. Ello, a no dudarlo corresponde a un deber del estado y por ello, él y sus agentes son los únicos llamados a responder, sin que deban extenderse consecuencias patrimoniales en contra del contratista, víctima de la inducción a error por parte del estado<sup>13</sup>, quien debió hacer lo que no hizo.

De cara a lo que comúnmente ocurre a lo largo y ancho del país, a todos los niveles, en su gran mayoría, los proyectos que el estado estructura y licita develan graves y protuberantes errores de planeación, los cuales, haciéndose tempranamente visibles, pretenden ser desconocidos, ocultados o trasladados por el estado al contratista, en forma anticipada e ilegal, por la vía incluso de la matriz de riesgos o ya, en desarrollo del contrato, por acusaciones que osan endilgarle, con lo cual, presumen trasladar su responsabilidad a quien nunca participó en la estructuración del proyecto, porque legalmente no podía hacerlo y porque, por su esencia y naturaleza, constituye un negocio por adhesión<sup>14</sup>, por lo mismo, no cuenta con ningún margen de negociación dentro de la etapa de formación del contrato.

Frente a tal conducta, la cual raya en la violación de los principios de “buena fe” y “abuso de derecho”, puesto en dicha ilegal situación, el contratista del estado deberá:

- ▶ Negarse a dar inicio al contrato hasta tanto la entidad no resuelva todas y cada una de las deficiencias de la planeación, con lo cual se permita ejecutar el contrato en forma continua, porque de seguir, ya

no podrá reclamar los daños o perjuicios que se deriven de situaciones adversas que debieron ser corregidas al inicio, en el deber de evitar la causación del propio daño<sup>15</sup>.

- ▶ Negarse a ejecutar actividades no pactadas y que no cuenten con respaldo presupuestal, entendiendo que el contrato entra en situación de suspensión legal, por imposibilidad jurídica de ejecución<sup>16</sup>, sin que requiera pacto expreso entre las partes, luego legítimamente podrá paralizar las obras hasta tanto no se convengan los nuevos precios<sup>17</sup>.

Finalmente, debe destacarse que es la violación al principio de la planeación, de cargo del estado, lo que suele ser génesis y semillero de toda la problemática que aqueja la contratación pública, generadora de sobrecostos, quiebra económica de los constructores, malversación y pérdida de los recursos públicos y frustración de los proyectos, fuente inmediata y directa de los enormes conflictos que surgen entre el estado y sus colaboradores, lo cual tiene desgastado a este sector de la economía, a pesar de lo cual, en forma repetitiva se registra su ocurrencia, sin aprendizaje alguno para los agentes del estado, los mismos que al final, frente al entuerto pretenden solucionar su negligencia, inculpan-do al contratista y así, declarando en forma unilateral el incumplimiento de un contrato indebidamente proyectado.♥

<sup>11</sup> Literal d) e inciso final del numeral 5° de la Ley 80 de 1993.

<sup>12</sup> Numeral 3° del artículo 26, ibídem.

<sup>13</sup> Literal e) del numeral 5°, ibídem.

<sup>14</sup> Numeral 6° del artículo 30, ibídem.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera - Subsección B, Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) Proceso número: 25000232600020010214401 (37.478)

<sup>16</sup> Literal d) del numeral 5° del artículo 24, ibídem.

<sup>17</sup> Sección Tercera, Consejo de Estado. Sentencia de Unificación Jurisprudencial de fecha 19 de noviembre de 2012.