

**La responsabilidad patrimonial por la violación al principio de planeación en el contrato
de obra pública a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado en Colombia**



Lucio Armando Jurado Ahumada

Edidson Tovar Nogales

Universidad del Cauca

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Maestría Derecho Administrativo

Popayán, Cauca

2017

Nota de aceptación

El Director y los Jurados han leído el presente documento, escucharon la sustentación del mismo por sus Autores y lo encontraron satisfecho

Dr. Antonio Alejandro Barreto Moreno
Director

Dr. Héctor Santaella
Jurado

Dr. Milton Javier López García
Jurado

En primer lugar agradecer a Dios y nuestros padres, a quienes les debemos lo que somos.

Especialmente quiero agradecer a mi esposa Alejandra, por ser la fuente de inagotable afecto, amor y desinteresada compañía, a mi hija Verónica, quien se convirtió en este logro como la fuente de inspiración para alcanzarlo y quien será mi motivación para lograr mis metas de ahora en adelante. A mi madre y a mi hermano, por la incondicional compañía y amor brindado. (Lucio)

A mi Padre que a pesar de no estar entre nosotros, es y seguirá siendo el ejemplo de vida a seguir y persona admirar. (Lucio)

De igual forma, manifestar sinceros sentimientos de gratitud, admiración y respeto al Dr. Antonio Barreto Moreno, que no solo contribuyo en nuestras experiencias académicas sino que nos brindó numerosas e invaluable enseñanza profesionales y personales.

Popayán, Cauca, enero de 2017

Contenido

	Pág.
Resumen	5
Introducción.....	6
Capítulo I. Hacia la comprensión de un principio de planeación más allá de lo normativo	10
1.1. El principio de planeación como una herramienta visionaria para la contratación pública	12
1.2. La ley 80 de 1993, como fuente normativa de la planificación contractual.....	14
Capítulo II Dos posturas sobre la responsabilidad del contratista por falencias en la ejecución del contrato de obra pública.....	18
2.1. Momentos de participación del oferente en la estructuración de un proceso de contratación	23
2.2. Análisis de caso: Violación al principio de planeación - Fallos del Consejo de Estado	25
Conclusiones.....	42
Referencias Bibliográficas.....	46
Anexos	53

Título

La responsabilidad patrimonial por la violación al principio de planeación en el contrato de obra pública a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado en Colombia

Resumen

Pese a la importancia que reviste un principio como el de la planeación en materia contractual, resulta paradójico que el mismo no se encuentre consagrado expresamente en la Constitución Política ni en la ley. Recientemente el Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015, aunque explícitamente no establezca el principio de planeación como rector de la contratación pública, crea un marco conceptual que impone deberes a las entidades de garantizar su cumplimiento; a su vez, se ha estudiado la planeación como un elemento inactivo, sin explorarse en toda su dimensión e importancia, pues pragmáticamente, ésta es una herramienta muy útil para lograr satisfacer las necesidades de los administrados.

La jurisprudencia del Consejo de Estado permite identificar sentencias sobre el tema relativo a la planeación del contrato de obra pública, a partir del año 2007. En una primera fase atribuye la responsabilidad por la actividad de la planeación exclusivamente a la entidad pública, en un segundo periodo se identifican, fallos en los cuales se involucra al contratista como colaborador de la administración y se le endilgan responsabilidades (co- responsable) por las falencias que impidan llevar el contrato a su correcta ejecución; tesis que ha sido sostenida según la posición jurídica en que se encuentren las partes, estudiando cada caso en concreto. Este trabajo busca adentrarse en el debate, identificando los argumentos que se utilizan para responsabilizar al contratista en la configuración de todo proceso de contratación; lo cual a nuestro juicio, consideramos en mayor grado ajustado a derecho, puesto que la violación al principio de planeación debe generar cargas económicas para la parte contratista dado su alto conocimiento sobre la materia objeto del contrato, pues visto y analizado desde esta perspectiva, con ello se minimizarían los riesgos inherentes a todo acto contractual.

Introducción

La contratación estatal es una herramienta trascendental para el funcionamiento de todo el andamiaje del Estado, por esto, es una actividad contenida en múltiples normativas que la gobiernan, convirtiéndola en una disciplina jurídica cargada de tecnicismos y regulaciones que han surgido en el desarrollo de la misma. Lo cual se observa en las múltiples reglamentaciones sufridas por la Ley 80 de 1993, pues no obstante la complejidad, ello no se convierte en una cortapisa para los intereses estatales, todo lo contrario, es un intento por controlar los altos índices de corrupción que se presentan en nuestro país.

Visto lo anterior, encontramos que uno de los principios contemplados en nuestra Carta Política, dice relación con el deber de planeación para la ejecución de los recursos estatales el cual se encuentra matizado en los artículos 209, 334, 339 y 341, siendo entonces ésta una directriz para la optimización en la aplicación de los recursos que componen el erario público destinado a la satisfacción de las necesidades propias de los administrados y, es por ello, que adquiere una gran significación para la actividad contractual de la administración pública.

De tal modo que tanto la doctrina y la jurisprudencia nacional, se han referido a la planeación en materia contractual suscitando un debate de no poco calado, pues se trata de establecer si el incumplimiento del deber de planeación puede afectar de nulidad el contrato estatal y, como una consecuencia propia de ello, atribuir responsabilidades tanto a la entidad contratante como al contratista.

En la jurisprudencia del Consejo de Estado, encontramos que sus fallos han venido consolidando posturas para cargar de responsabilidad al contratista, como en el fallo de 28 de

enero de 2016, de la Sección Tercera – Subsección A, en el que nuestro máximo órgano de la jurisdicción administrativa, dijo: “*que inclusive, que en el contrato se viola el principio de planeación contractual, el cual no solo involucra a la entidad contratante sino también al contratista, puesto que se predica que éste debe actuar de forma técnica y diligente al momento de presentar su propuesta*”. Es por esta razón, que para el desarrollo del presente trabajo, se hará un rastreo de las principales sentencias proferidas por el Consejo de Estado sobre violación al principio de planeación entre los años 2007 a 2016, puesto que es en este periodo de producción jurisprudencial en el cual se ha generado un debate interesante en torno a la violación al principio de planeación y sobre las consecuencias que deben soportar los partícipes de los procesos contractuales, concretamente, en el contrato de obra pública de carácter civil, sin desconocer que dicho principio es susceptible de violarse en todos los procesos contractuales. Es así como analizaremos los argumentos que se han expuesto, lo cual, finalmente, nos permitirá asumir una posición al respecto, para en consecuencia brindar una respuesta al problema jurídico planteado, y establecer que tan ajustado a derecho resulta condenar al pago de perjuicios a un contratista de la administración pública, cuando el contrato suscrito con ésta no pueda ejecutarse satisfactoriamente.

Precisado lo anterior, en el primer segmento del trabajo se abordan aspectos teóricos y legales para dar sustento académico al escrito, por ello, nos remitiremos a las obras de algunos doctrinantes¹ que han expuesto sus puntos de vista y reflexiones en lo relativo a la planeación como principio, lo cual nos permitirá adentrarnos con mayor criterio al tema planteado, pues su comprensión hará formular nuestra tesis para la resolución del problema

¹ Como Iriana Aponte Díaz, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Luis Guillermo Dávila Vinueza, Ernesto Matallana Camacho, entre otros.

jurídico que atañe a los profesionales del derecho que día a día transitan, desarrollan y disciplinan la importante actividad de contratar con el Estado.

Igualmente, las discusiones en el seno de la Alta Corporación Judicial, han puesto en escena de debate, que en principio es solo la administración la que debe soportar las consecuencias adversas a los procesos contractuales, lo que por su parte, otra facción de los magistrados ha considerado discutible, pues visto en detalle para ellos, el contratista encarna un profesional del mercado de la contratación, es de ahí entonces, que pueden derivarse responsabilidades futuras por las falencias en la planeación del contrato de obra pública.

El ordenamiento jurídico y los intervinientes en la contratación estatal han sesgado y limitado el alcance del concepto de planeación, generando confusiones con temas como el requisito de realizar estudios, el cual se lleva a cabo en la etapa precontractual, sin tener en cuenta las otras etapas, como la ejecución, desarrollo y cumplimiento de los términos contractuales. Es por esta razón que tratándose de un tema de gran importancia, parece haberse confundido entre los conceptos de lo que significa tener un plan para contratar, con el tema de planificar, pues no es extraño encontrar obras en las que a pesar de haberse ejecutado en debida forma, con el paso del tiempo dejar de ser útiles para la comunidad, es por ello que dicha actividad debe ser estudiada con dinamismo y no simplemente como el cumplimiento de unos requisitos para la ejecución de un contrato, que tiene como finalidad, más allá de eso, la satisfacción de necesidades sociales.

De otro lado, uno de los aspectos importantes para el desarrollo de esta clase de trabajos, es plantear el método con el cual se pretende elaborar la línea jurisprudencial, en el presente caso, se debe mencionar cómo se van a revisar los fallos producidos por el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa en relación con el principio de planeación

(año 2007 – 2016), para establecer luego de una exhaustiva búsqueda, como se ha ido decantando en el tiempo la posición adoptada en las sentencias dictadas por dicho órgano, buscando así conceptualizar y evidenciar la naturaleza, operatividad e incidencia que para la actividad contractual del Estado tiene el principio o deber de planeación contractual en la administración de la cosa pública.

Entonces, de la doctrina nacional escogeremos el método desarrollado por el tratadista Diego López Medina, en su libro *“El Derecho de los Jueces”*, para de esta manera poder estudiar desde la jurisprudencia administrativa los diversos fallos que se han proferido sobre el principio de planeación en la contratación estatal.

Para tal efecto, se procederá con las pautas trazadas por el autor, las cuales se concretan en *“(i) acotar el patrón fáctico concreto (con el correlativo conflicto de intereses y derechos que le sea propio) que la jurisprudencia ha venido definiendo como relevante; (ii) identificar las sentencias más relevantes (“sentencia hito”) dentro de la línea jurisprudencial; (iii) finalmente, es necesario construir teorías estructurales para establecer las relaciones en diversos pronunciamientos jurisprudenciales”*, en otras palabras, las continuidades argumentativas – *ratio decidendi*-. Partiremos del escenario jurisprudencial propuesto, el cual se centra en la discusión sobre la aplicación del principio de planeación en la contratación pública (López, 2007, p.140) y, de ahí se estudiarán las diversas posturas que han venido imprimiéndose a los fallos judiciales, para contestar la siguiente pregunta *¿La vulneración del principio de planeación es causal para que se declare la nulidad de un contrato estatal, y se ordenen indemnizaciones para la parte responsable?*, ubicando los fallos en el escenario en el cual no se carga al contratista de responsabilidad, moviéndose hasta su opuesto, en el que sí, éste debe soportar las consecuencias que le sean adversas.

Capítulo I.

Hacia la comprensión de un principio de planeación más allá de lo normativo

La planeación como principio rector de la contratación estatal tiene en sí mismo gran relevancia, no obstante, su consagración en la Constitución Política de Colombia y la ley debe inferirse puesto que como se reitera, conceptualmente, se le ha limitado a las etapas precontractuales, pues no se habla concretamente de su existencia como si lo ha venido reconociendo la Jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional; así las cosas, el texto constitucional permite evidenciar que en el ordenamiento jurídico colombiano el concepto de planeación se encuentra presente de diversas formas y está estrechamente ligado a la aplicación óptima de los recursos públicos, pues tiene una finalidad social y material superior al simple y llano cumplimiento de los requerimientos legales dispuestos en las normas. Es por esta razón, que considerada en la práctica su dimensión posliminar – visión a futuro del contrato de obra, la planeación implica observar las condiciones de funcionamiento adecuado de la obra, como miras, incluso, a la minimización de los impactos ambientales y sociales.

Para tal fin, abordamos el estudio conceptual *del principio / deber de planeación*, para observar como éste ha sido diseñado por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina; por ello, al inclinarnos más por la tesis en la cual el contratista es responsable por los defectos en la ejecución de la obra civil por yerros en la planificación, consideramos que este precedente judicial consolidado debería ser la posición mayoritaria al momento de enjuiciar las conductas contractuales de las partes involucradas en los procesos de contratación.

Entrando en rigor, luego de revisar las normativas más relevantes que modifican y desarrollan el estatuto de la contratación estatal, encontramos que en el derogado² Decreto 1510 del 17 de julio de 2013 “*Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública*” no se reglamentó el Estatuto de la Contratación en lo referente al deber de planeación de las entidades públicas de la misma manera que lo hizo el también derogado Decreto 734 de 2012³, “*Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones*”; sin embargo, forzoso es mencionar que el Decreto 1510 de 2013, aunque no incluyó a la planeación como principio rector de la contratación pública, si estableció un marco reglamentario de deberes a las entidades públicas, por medio del cual se las obliga a presentar el plan anual de adquisiciones⁴, a elaborar estudios del sector⁵, el cumplimiento de procesos de planeación, contratación y ejecución; definiendo así que, planear es visionar el futuro, para poder prevenir los problemas que se puedan presentar en el contrato, bajo el entendido que ésta es una valiosa herramienta con la que cuenta el Estado para hacer posibles sus fines esenciales.

² Por el Decreto 1082 de 2015 “*Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional*”

³ **Título II. De la Planeación Contractual. Capítulo I. De la Planeación Contractual. Artículo 2.1.1. Estudios y documentos previos.** En desarrollo de lo señalado en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones o del contrato, de manera que los proponentes o el eventual contratista respectivamente, puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad así como la distribución de riesgos que la misma propone. (...) – Decreto derogado por el art. 163, Decreto Nacional 1510 de 2013.

Artículo 2.2.2. Determinación de los riesgos previsible. Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio económico del contrato, pero que dada su previsibilidad se regulan en el marco de las condiciones inicialmente pactadas en los contratos y se excluyen así del concepto de imprevisibilidad de que trata el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable en condiciones normales. (...)

⁴ **Capítulo IV. Plan Anual de Adquisiciones.** Artículos 4 a 7 del Decreto 1510 de 2013.

⁵ **Capítulo VI. Análisis del sector económico y de los oferentes por parte de las Entidades Estatales. Artículo 15. Deber de análisis de las Entidades Estatales.** La Entidad Estatal debe hacer durante la etapa de planeación el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso.

1.1 El principio de planeación como una herramienta visionaria para la contratación pública

En este aparte del trabajo, buscaremos dar algunas respuestas a las inquietudes que surgen en cuanto a las formas como se asume la planificación en materia de contratación estatal y, particularmente, de los contratos de obra pública centrando sus esfuerzos a la enseñanza en las facultades de derecho, convirtiendo su conceptualización en una discusión puramente académica y, en tanto esto, dogmática, dejando de lado que la planeación de la contratación estatal es un concepto complejo que involucra nociones provenientes de otras disciplinas del saber, debido a que de conformidad con el espíritu de la Ley 80 de 1993, la misma se introduce como un tópico necesario para la ejecución de los cometidos estatales (Aponte Díaz, I, 2011)⁶; sin embargo, cuando de planeación se trata, dicho concepto no resulta fácil de comprender a través de nociones enteramente jurídicas⁷.

⁶ APONTE DÍAZ, Iriana. Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra. “Posiciones doctrinales sobre la planeación en la contratación pública. Universidad Externado de Colombia. Revista Digital de Derecho Administrativo. Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra. *A nivel doctrinal, algunos tratadistas de contratación pública (Gómez, 2011) y de los contratos de obra pública (Cuello, 2009) suelen escribir para un público académico (Rodríguez, 1996) pues en general son textos que se convierten en libros de enseñanza en las universidades donde hay facultades de Derecho (Atehortúa, Hernández y Ospina, 2010) y en ellos no se pasa por alto el tema de la planeación en materia de contratación (Betancur, 1995), pero su trabajo se centra en integrar la planeación con la legalidad (Benavides, 2009), ocupándose fundamentalmente en que su interpretación esté ajustada a Derecho, teniendo como referente la casuística judicial, la Constitución Política (Pino, 2005) y como línea de interpretación la jurisprudencia (González, 1990), pero el fondo del análisis es la ley en materia de contratación pública, principalmente la Ley 80 de 1993 (Dávila, 2003) y la diversidad de transformaciones legislativas que se han tenido en los últimos 10 años (Matallana, 2009).*

⁷ (...) estimamos que la Planeación debe ser entendida como un sistema dinámico, que integra múltiples saberes y metodologías, aplicable en todos los campos de intervención del ser humano, en la naturaleza y en la sociedad. Las ciencias de la administración, de la economía, de la contabilidad y finanzas, de las ingenierías, de la administración pública (Maurer, 2011), de la medicina, de la epidemiología (Ruiz, 2010), son áreas de saber teórico-práctico que desarrollan de manera autónoma la planeación; sin embargo, los campos que mayor desarrollo han dado 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 le

Así las cosas, cuando en la ejecución del contrato de obra pública se presentan problemas y éste no puede llevarse a cabo, saliendo a la luz falencias advertidas desde el proceso de planeación contractual, se presenta una ruptura de los fines de la contratación pública que en su totalidad están involucrados en cada una de las etapas de los procesos de contratación, esa es la razón por la cual el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, enuncia el principio de responsabilidad de los partícipes en la contratación, que para efectos del presente estudio, se tratará únicamente en el plano de lo patrimonial.

A. Una visión desde el ordenamiento jurídico del principio de planeación. De la lectura del texto constitucional se puede evidenciar que el concepto de planeación se hace presente como principio que irradia no solo el cumplimiento de las funciones a cargo del Estado, sino que se encuentra presente en diversos aspectos de la vida de los administrados a través de normas que hacen parte de la libertad económica, la estructura y, la organización de la administración en materia de contratación estatal, por medio del respeto a los principios que guían el cumplimiento de la función administrativa. El plexo axiológico al que se alude tiene como base el principio de legalidad y se desarrolla a partir de fundamentos constitucionales como el debido proceso (Ley 80 de 1993)⁸.

considera como un desarrollo científico-técnico, que pone al servicio de sus fines en contexto, todos los saberes, técnicas y avances tecnológicos disponibles, requeridos para hacer su cometido (Safar, 2009). Ibídem

⁸ *Declaró, sin ambages, que “las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollaran con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicaran en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo. (...) A nuestro entender, además de los mencionados principios (...) este régimen se encuentra fundado en los principios de selección objetiva y planeación, aunque hasta el momento la doctrina continua debatiendo sobre la naturaleza jurídica de uno y de otro.(...) Deik Acostamadedo, Carolina. Guía de Contratación Estatal. Deber de planeación y Modalidades de Selección. Editorial Abeledoperrot. 2015, p. 31.*

Según lo ha sostenido el Consejo de Estado⁹, del texto constitucional se infieren elementos propios de la planeación contractual a partir de los artículos 209, 334, 339 y 341; de tal suerte que al tenor de lo establecido por el artículo 209 de la Carta Superior, la planeación se convierte en un elemento esencial de la función pública que se halla relacionado directa, necesaria e insoslayablemente con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que en su conjunto, orientan la actividad contractual del Estado. Siguiendo la premisa desarrollada por el máximo Tribunal Administrativo, podemos decir que este principio no se agota y limita a la contratación y ejecución de obras públicas, puesto que es necesario para el correcto ejercicio de la función administrativa, la cual precisa de la aplicación de dichos principios de rango constitucional para el adecuado funcionamiento de todo el aparato estatal.

1.2 La ley 80 de 1993, como fuente normativa de la planificación contractual

Para comprender un poco más las razones que consolidaron la expedición de la ley 80 de 1993, es necesario remitirnos a la exposición de motivos (Aponte Díaz, I.) que se dieron en el seno del cuerpo legislativo del Estado:

En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 no se usa la palabra planeación. La referencia a los principios de economía, eficacia y transparencia en la contratación pública se refleja en el acápite VII de la exposición de motivos, denominado Aspectos Generales de la Selección Objetiva. Allí se trata la importancia del proceso de selección del contratista para el logro del objeto contractual, lo cual debe hacerse con sentido técnico y legal, asegurando el recurso económico del estado, que tutela el

⁹ Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, del 1 de febrero de 2012. Expediente: 22464

interés público de la comunidad, que en últimas es la que recibe el beneficio o perjuicio de la obra contratada.

No obstante, el artículo 25 de la citada ley, que trata del principio de economía, 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 las garantías que pedirá a los proponentes, para seleccionar la mejor oferta. La modificación que introdujo el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, denominó a esta obligación “*maduración de proyectos*”, imponiendo a las Entidades estatales el deber de cumplir, previamente, las exigencias para concretar la necesidad y procedencia de la contratación, para lo cual se debe contar además, con la existencia de recursos económicos para atender el contrato. Por otra parte, el análisis previo debe establecer cuáles serán los impactos fiscales, sociales y ambientales de la obra a realizar, lo cual es de gran importante, porque evalúa la ejecución de la obra en sus aspectos técnicos y la vincula como un proyecto que debe cumplir metas previamente establecidas.

El artículo 26 de la Ley 80 de 1993 enuncia el “*Principio de Responsabilidad*” de los partícipes en los procesos de contratación, señalando que, la actuación responsable de éstos en el proceso contractual debe cumplir con los principios contenidos en la Constitución y la ley, y en cuanto a la obras, indica que la mismas sirven en la medida en puedan satisfacer las necesidades de la comunidad, mejorando su calidad de vida haciendo posible su desarrollo.

B. La planeación es el principio rector de la actividad contractual del Estado conforme a la doctrina nacional. En materia de contratación pública, el concepto de la planeación resulta ser inherente a la actividad, de esta manera, su estudio parte de una base

dogmática, en la cual las normas que rigen la materia contractual tienen como insumo de trabajo las diversas situaciones que se presentan en la realidad, siendo a esta realidad entonces, a la que se deben aplicar las normativas que se van desarrollando y, como frontera de interpretación, la jurisprudencia producida por el Consejo de Estado, como órgano de cierre y unificación de tesis jurídicas.

Los estudios dogmáticos de la planeación, no la integran como una materia que requiera de la intervención de otras disciplinas como la ingeniería de procesos, administración basada en gestión o aseguramiento de la calidad, es por ello que para autores como Matallana Camacho Ernesto (2013, p.189), la planeación es un principio que se deriva de la ley 80 de 1993 y que ha sido decantado en el tiempo por las múltiples reformas al estatuto de la contratación:

***Principio de planeación.** Otro aspecto importante a resaltar, de este Estatuto de Contratación es el consagrado en el numeral 12° de artículo 25 de la ley 80 de 1993 y que fue modificado por el artículo 87 de la ley 1474 de 2011, en donde se obliga a las entidades estatales, con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o a la firma del contrato, según el caso, elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones.*

(...)

El artículo 222 del decreto 019 de 2012 (Decreto anitrámite) derogó la ley 598 de 2000 que había creado el sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal (SICE) y el catálogo único de bienes y servicios (CUBS).

(...)

El artículo 8 de la ley 1150 de 2007 estableció una obligación para las entidades estatales en relación con la publicidad de los estudios previos junto

con los proyectos de pliego de condiciones con lo cual se confirma su condición de anteriores a la apertura del proceso de selección.

Por su parte, el tratadista, González López E (2010, p.54), al referirse al proceso contractual, dedica más trabajo a explicar los pasos que se surten en la etapa precontractual para la elaboración del pliego de condiciones, y sólo de paso menciona la aplicación de disciplinas que integran la planeación contractual:

Con acierto el artículo 8° de la ley 1150 de 2007 amplió el campo de aplicación de los principios de publicidad y transparencia también a la actuación administrativa previa a la expedición del pliego de condiciones y a la apertura del proceso contractual.

Se trata de un desarrollo específico y especial de las actuaciones administrativas consagradas (...) que obligan a la administración a cumplir unos principios orientadores e incorporan actuaciones previas a la expedición del acto administrativo. Ello implica dar la oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, examinar los documentos y la previa citación a terceros que puedan estar interesados en el resultado de la decisión.

Para el mismo autor, el proceso precontractual establece a nivel legal herramientas que involucran el desarrollo del principio de planeación, tales como los factores de calificación, la selección argumentada del proceso de selección, las especificaciones técnicas de la prestación y del contrato por celebrar, su valor y el análisis de los fundamentos de sus precios unitarios, la definición, tipificación, valoración y distribución de los riesgos inherentes al contrato, las garantías necesarias, los estudios financieros y técnicos.

Capítulo II

Dos posturas sobre la responsabilidad del contratista por falencias en la ejecución del contrato de obra pública

En la Jurisprudencia el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Secciones Tercera y Cuarta, encontramos pronunciamientos relativos al tema de la declaración de nulidad del contrato de obra pública a partir del año 2007, en los cuales es posible afirmar que al presentarse falencias por inobservancia del principio de planeación, la responsabilidad únicamente recae sobre la entidad estatal por ser ésta la encargada de llevar a cabo la etapa precontractual. Recientemente, las secciones arriba referidas, se han pronunciado sobre los efectos que se generan en el contrato de obra pública cuando se presentan falencias en la planeación contractual, suscitando controversias debido a considerar posibles responsabilidades del contratista en algunos casos.

De un lado, la jurisprudencia de la Sección Tercera¹⁰, ha sostenido que aunque la planeación no se encuentre definida como un principio rector de la contratación pública en la normatividad contenida en la Ley 80 de 1993, la asume como principio de obligatorio cumplimiento, que no tiene su único fundamento en normativas legales y reglamentarias, sino

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO - Sección Tercera. Sentencia del 5 de junio de 2008. Rad. 15001233100019880843101- 8031. M.P. FAJARDO GÓMEZ, Mauricio. La sentencia hace el siguiente planteamiento: (...) *En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado. De hecho, aun cuando, como se indicó, el multicitado principio de planeación carece de consagración normativa expresa en el Derecho positivo colombiano, su contenido y alcances bien pueden delimitarse como consecuencia de la hermenéutica armónica de un conjunto de disposiciones de rango tanto constitucional – artículos 2, 209, 339 a 353 de la Carta Política– como legal – artículos 25 (numerales 6, 7 y 11 a 14) y 26 (numeral 3) de la Ley 80 de 1993–, con remarcado acento tras la expresa catalogación de la contratación estatal como mecanismo de promoción del desarrollo por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2.007”*

que el mismo está contenido en la Constitución Política, al extremo de considerar que cuando se le desconoce por los partícipes del proceso contractual, llámese contratista y contratante estatal, se genera una nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, consecuencia que deviene del derecho común, como sanción jurídica para los actos y contratos que contravienen las normas de orden público.

Para arribar a esta conclusión, y fundamentar decisiones en que se declara la nulidad del contrato estatal el Consejo de Estado¹¹ sostiene que, si bien legislador no consagró el principio de planeación en el articulado 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 de la Constitución Política; 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 éstos de la Ley 80 de 1993, los cuales entre otras cosas, están orientados a hacer un uso eficiente de los recursos públicos, para lo cual se plantea que debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones en favor de los intereses comunales.

En consecuencia, la posición que ha decantado el Consejo de Estado concluye que el contrato estatal adolece de nulidad absoluta por las fallas en la planeación, a partir del siguiente razonamiento:

¹¹ CONSEJO DE ESTADO- Sección Tercera. M.P: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013). Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315) “*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 2° 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 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. 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. (...)*”.

En esta perspectiva la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias, constituyen sin lugar a dudar 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.

(...)

En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del Estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal, pero la causal no será la enlistada en el numeral 2° del artículo 44 de la ley 80 de 1993, sino una diferente según el caso.

En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que debe observarse el principio de planeación la alusión de este mandato comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto, porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene el derecho público¹².

El Consejo de Estado concluye que, en estos casos, cuando se declara la nulidad¹³ del contrato por objeto ilícito derivado de las falencias en la planeación, se debe remitir a la aplicación del artículo 48 de la Ley 80 de 1993¹⁴.

¹² CONSEJO DE ESTADO. M.P: JAIME ORLANDO, SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C, veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 760012331000200502371 00 (49.847)

¹³ Está viciado de nulidad absoluta el contrato cuyo proceso de selección previo, se adelantó con graves y protuberantes fallas en la etapa previa o de planeación” DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de La Contratación Estatal, Página 746, Legis, 2016)

¹⁴ **Artículo 48°.- De los Efectos de la Nulidad.** La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria. Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.

Dicho precepto, no distingue entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, para ordenar el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas del contrato nulo por objeto o causa ilícito hasta el monto del beneficio recibido por la entidad estatal, constituyéndose este mandato, en una excepción al régimen común previsto en el artículo 1525 del Código Civil, que no viabiliza la posibilidad de repetir respecto de lo dado o pagado en razón de ellos; pues en la sentencia analizada, se expone que cuando se presentan falencias en la planeación el contrato estatal y, no puede llevarse a cabo plenamente, concluye que la entidad estatal no recibió ningún beneficio y el contratista debe devolver debidamente indexado lo que haya recibido de la entidad a título de anticipo o similares.

De la misma manera, frente a estos pronunciamientos se han presentado salvamentos de voto, como el del Magistrado **Enrique Gil Botero**, de la misma Sección Tercera del Consejo de Estado y, la sentencia de tutela de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante las cuales se dice que la planeación no es un principio rector que se encuentre debidamente consagrado en la Ley 80 de 1993 y, que aun aceptando la tesis que lo trata como un principio rector de la contratación estatal, su desconocimiento no configura ninguna de las causales de nulidad absoluta del contrato que establece el artículo 44, en particular, el numeral 2 de la citada ley, a saber:

Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y demás cuando:

- 1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la constitución y la ley;*
- 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;*
- 3. Se celebren con abuso o desviación de poder;*

4. Se declaren nulos los actos administrativos que se fundamenten

5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad que de trata esta ley.” (Negrillas fuera de texto)

Desde esta perspectiva, no se configura causal de nulidad alguna del contrato estatal cuando se vulnere el principio de planeación y, así se infiere que la planeación es un principio que rige la administración pública a partir de los postulados constitucionales y legales, aplicable también a la actividad contractual del Estado, las fallas en la planeación, no vician el clausulado del contrato por objeto ilícito, ya que esas fallas se presentan con anterioridad a la celebración del mismo contrato.

Aunque estas sentencias no establecen con precisión a qué tipo de responsabilidad se refiere, se deduce que es una responsabilidad de naturaleza patrimonial, la cual dependerá en cada caso particular de las posibilidades de conocimiento de las obligaciones que tenía a su cargo el contratista.

En suma de lo expuesto, el contrato de obra pública mantiene su validez, debiendo pasar el estudio del tema, a una fase posterior, a saber, cual es la responsabilidad patrimonial que puede caberle tanto a la administración como al contratista, observando cuales fueron las verdaderas posibilidades de participación en la etapa de planeación del contrato que tuvo el contratista, y finalmente, cual es el grado de incumplimiento de las obligaciones de las partes, según la posición jurídica en que se encuentren frente a cada una de ellas.

3.1 Momentos de participación del oferente en la estructuración de un proceso de contratación

Una de las cuestiones que más suscita inquietudes y controversias, y que en buena medida corresponde al problema jurídico que surge de las diversas posturas que se asumen en torno a las responsabilidades que nacen cuando un contrato estatal no puede llevarse a cabo, tiene que ver con la falta de consolidación de una tesis jurídica que defina a quien, como y en qué casos es posible hablar de responsabilidades como se ha venido planteando en el desarrollo del trabajo. Para tal efecto, se deben tener en cuenta las oportunidades que tiene el contratista de advertir las falencias o riesgos que se pueden presentar en la ejecución del contrato de obra.

Primero que todo, y de manera tangencial, digamos que todo proceso contractual de obra se lleva a cabo, por regla general, a través del modo de selección de licitación pública, el cual comienza con la publicación de estudios previos, avisos, pliegos de condiciones y demás; con posterioridad a esto, una vez se surte el anterior trámite, se realiza una primera etapa donde el proponente presenta sus observaciones al Proyecto de Pliego de Condiciones, lo cual se convierte en la primera oportunidad para que al oferente se le resuelvan sus observaciones al pliego de condiciones; en este momento, se ponen en evidencia los posibles errores en los que la administración está incurriendo y se plantean alternativas o soluciones que pueden presentarse al respecto. A nuestro juicio este es el primer momento, dependiendo de la conducta de las partes, que puede servir de prueba para cualquiera de los partícipes del proceso contractual para descargarse de eventuales responsabilidades, si es que en la ejecución

del contrato se presentan problemas relacionados con los aspectos advertidos por ellos en el desarrollo de dicha etapa contractual.

Un segundo momento se presenta cuando, la entidad contratante resuelve los puntos que han sido objeto de controversia por los oferentes, con lo cual se concretan en definitiva los pliegos de condiciones, profiriéndose de este modo resolución de apertura oficial del proceso contractual.

Otra de las oportunidades con la que cuenta el oferente para nuevamente poner en evidencia los posibles riesgos, se concreta en la llamada “*audiencia de revisión, asignación y distribución de riesgos, y de aclaración de los pliegos definitivos*”, pues es aquí donde el contratista puede alegar a su favor que, advirtió oportuna y pertinentemente las posibles falencias que, posteriormente, le pueden ser imputables.

Así las cosas, la jurisprudencia del Consejo de Estado, no ha consolidado una posición que unifique los criterios en sus fallos, para que los mismos sirvan de fundamento para la toma de decisiones tanto en sede judicial como administrativa, en cuanto a las responsabilidades que puedan tener las partes del contrato, no obstante eso, la jurisprudencia de las altas cortes tiene la función de fijar los criterios orientadores que conduzcan a resolver en concreto las situaciones complejas que se presentan en la realidad por diversas razones.

Toda vez que si se comprueba que la entidad contaba con un plan de obra y dispuso la partida presupuestal, aportó los estudios previos, los planos, la documentación para definir técnicamente los requerimientos a contratar e hizo la correspondiente apertura del proceso licitatorio, y se da por comprobado que cumplió con todas las exigencias en materia de planeación, es posible que sirva para la exoneración de responsabilidad desde el punto de vista jurídico formal, cuando el funcionario demuestra que su actuar fue ajustado a Derecho, pero

en términos objetivos, se requiere de un análisis más profundo y en perspectiva, pues debe verificarse la existencia de las obras en el tiempo y su funcionamiento, para establecer si se cumplió con el objetivo de satisfacer la necesidad para la cual se invirtió y se contrató la obra; pues la comprensión de ideal de un concepto de planeación, abarca criterios de evaluación mucho más visionarios que el simple cumplimiento de los requisitos establecidos en la normatividad vigente..

3.2 Análisis de caso: Violación al principio de planeación - Fallos del Consejo de Estado

Periodo de estudio año 2007 – 2016

La jurisprudencia se ha convertido en nuestro ordenamiento jurídico en una fuente productora por de derecho, luego del giro cognoscitivo que se introdujo al sistema con la promulgación de la Constitución de 1991, por ello funciona y se entiende obligatoria como la ley, así entonces, las decisiones adoptadas en sede judicial son de imperativo cumplimiento en su aplicación para los operadores judiciales de conformidad con la verticalidad del precedente.

Generalmente una sentencia judicial se produce una vez agotado un proceso contencioso o mejor dicho, una vez se ha logrado desatar la controversia jurídica planteada ante un estrado judicial, por ello podríamos afirmar que la sentencia deviene su obligatoriedad por cuanto es dictada por un juez en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales con la competencia necesaria para tal fin, la cual surge una vez se ha aplicado un ejercicio dialéctico, en el que se afirman o niegan las proposiciones jurídicas de los extremos en contienda, siendo entonces, la sentencia la síntesis del proceso.

De esta forma, podemos ver que este cambio de epistemología para entender el derecho, es a su vez, una forma distinta de aplicarlo y reconocerlo, pues se parte para ello de una categoría diferente de análisis, para superar el viejo silogismo en el que se considera a la ley como un producto último de la razón para resolver todos los conflictos que subyacen en la realidad social, es así entonces, que la jurisprudencia se convierte en algo novedoso, puesto que en términos generales los efectos son *inter partes*, pero una vez se van consolidando en el tiempo las tesis jurídicas que sustentan dichos pronunciamientos, eventualmente, pueden resultar obligatorias a la hora de resolver casos análogos. La jurisprudencia cumple así una función definitoria para los derechos que se reclaman, pues son los jueces los que dan el alcance normativo y el espectro interpretativo que se ajusta para otorgar o no un derecho a una situación jurídica concreta, como lo es para el presente trabajo, las consecuencias jurídicas que devienen de la violación al principio de planeación en la actividad contractual del Estado.

Buscando adentrarnos en el desarrollo de la línea de precedentes jurisprudenciales, vamos a realizar un análisis de trece fallos proferidos por el Consejo de Estado sobre la posibilidad de declarar la nulidad del contrato estatal por violación al principio de planeación, y en ese sentido, de establecer cuáles son las responsabilidades propias de los participantes en el proceso de contratación, es decir, de la entidad contratante y del contratista.

¿La vulneración del principio de planeación es causal para que se declare la nulidad de un contrato estatal, por lo que habría lugar a ordenar el pago de las restituciones mutuas y las correspondientes indemnizaciones por daño emergente y lucro cesante, ordenando su pago a la entidad contratante o al contratista?

Sentencia fundante de línea: 85001-23-31-000-1996-00309-01(15324) del 29 de Agosto de 2007.

1. Se decreta la nulidad el Contrato estatal, pero no hay lugar a la indemnización.

Sentencia 15324 del 29 de agosto de 2007

Se indica que cada uno de los principios que rigen la contratación estatal sin importar la modalidad de contratación están conectados con el principio de planeación, cuyo fin se traduce en que desde la etapa precontractual tengan en cuenta la existencia de disponibilidad presupuestal para respaldar los compromisos que llegue adquirir la entidad Estatal y se realice cada uno de los estudios y licitaciones que amerite el objeto del contrato, ello con el fin de concretar adecuadamente y conforme a la Ley y la Constitución el proyecto.

El principio de planeación es esencial para llevar a cabo la actividad contractual; este principio significa que todo el proceso contractual no debe ser consecuencia de la improvisación, pues la ejecución del contrato es el resultado de los estudios previos y, de la planeación seria y responsable por parte del Estado.

La planeación tiene que ver con el análisis suficiente y previo antes de la etapa de selección, etapa en la que se estudia si es necesario la celebración del contrato, se determina la modalidad de contratación, se determina la elaboración de diseños, análisis técnicos, se proyectan los valores, los costos, se analiza la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante para asumir el pago de todo el proceso contractual hecho garantiza la buena ejecución del contrato.

La falta de planeación, compromete la responsabilidad patrimonial de la Administración en los eventos en que por ello se ocasionen daños antijurídicos al contratista e incluso podría generar responsabilidad de tipo patrimonial, fiscal, disciplinario y aún penal, respecto de los funcionarios que actúan de manera negligente e improvisada en las distintas etapas del contrato.

2. Se decreta la nulidad del Contrato estatal y hay lugar a las restituciones mutuas.

Sentencia 15469 del 29 de agosto de 2007

Para el Consejo de Estado la falta de planeación por parte de las entidades públicas incide tanto en la etapa de formación del contrato pero también en su etapa de ejecución, obviedades, que generan ineficacia a la hora de cumplir con el objeto del contrato.

Es obligación de la administración hacer previsiones presupuestales que pueda llegar a demandar un contrato, todo con el objeto de asegurar la efectividad de pagos y reconocimientos al contratista, requisito que tampoco cumple la administración municipal de Tumaco pues fue indiferente a los problemas manifestados por el contratado y que exigían una adición de obras al contrato estatal.

Los principios de planeación, economía y transparencia que, entre otros, orientan la contratación estatal, tienen como finalidad asegurar que todas las actuaciones adelantadas por la Administración durante la actividad contractual se cumplan con eficiencia y eficacia; que los procedimientos de selección sean ágiles, agotando los trámites estrictamente necesarios; que todo proyecto esté precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos requeridos para la viabilidad económica y técnica de la obra; que en la ejecución del contrato se optimicen los recursos y se eviten situaciones dilatorias que ocasionen perjuicios a una de las partes contratantes.

3. No se declara la nulidad del contrato - el pliego de condiciones es conforme a la Ley, no hay lugar a la indemnización solicitada.

Sentencia 8031 5 de junio de 2008

Indica el Consejo de Estado que el pliego de condiciones tiene una doble connotación, cuando está en la etapa precontractual y hasta producirse la adjudicación del contrato, se cataloga como un acto administrativo general, sin embargo, cuando se adjudica el contrato y celebrado el mismo, el pliego de condiciones que contiene se convierten en estipulaciones o cláusulas contractuales que rigen la ejecución del contrato.

Los aspectos del pliego de condiciones que permanecen en el tiempo son las exigencias técnicas de los bienes o servicios que se pretende adquirir, las estipulaciones sobre la garantía del contrato, los intereses a pagar en caso de mora, las condiciones de pago, la entrega del anticipo, la forma como se debe ejecutar el contrato, estos aspectos se integran como clausulado del contrato que tiene efectos entre las partes, el pliego de condiciones es la ley del contrato, toda vez que a él se acude en adelante para resolver conflictos sobre su contenido e interpretación.

La ley otorga un amplio margen de libertad a la administración para que establezca el contenido el pliego de condiciones, dichos preceptos consagran una facultad que habrá de concretarse en el señalamiento de las reglas, los procedimientos, las exigencias y los criterios, objetivos y razonables, con base en los cuales habrá de adelantarse el respectivo procedimiento administrativo de selección del contratista.

4. Se decreta la nulidad del Contrato estatal y hay lugar a las indemnizaciones correspondientes por tratarse de un contratista de buena fe.

Sentencia - 16103 del 25 de febrero de 2009.

Define el principio de planeación estableciendo que constituye una fase previa y preparatoria del contrato, importante principio que incorpora una medida de control del presupuesto dado que implica que todo proyecto de contrato antes de celebrarse debe estar precedido de un conjunto de estudios previos que tienen como fin determinar la viabilidad de la ejecución del objeto de contrato y que esta satisfaga las necesidades públicas.

Las entidades estatales deben respetar y cumplir el principio de planeación, pues su práctica es esencial antes de adjudicar un contrato en especial. Este principio implica lo siguiente:

1. La verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato.

2. 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.

3. Las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos y análisis técnicos.

4. Los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de los contratos, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras y servicios que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto.

5. La disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato.

6. La existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores y constructores profesionales que estén en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante.

7. Los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.

El principio de planeación ocupa la atención del Decreto Ley 222 de 1983 cuando se refiere a los procedimientos aplicables a la selección de los contratistas en relación con la cuantía del contrato y especialmente el artículo 84 pregonada de manera expresa que se debe obedecer el principio de planeación especialmente en los contratos de obra pública, cuando se ordena la elaboración de los planos, proyectos, presupuestos y demás aspectos necesarios para la identificación del contrato a celebrar.

En cuanto a la responsabilidad contractual de las entidades públicas, éstas están obligadas a indemnizar a sus contratistas por los daños antijurídicos que les

sean causados con ocasión de los contratos celebrados con las mismas entidades.

5. Se declara la nulidad parcial del contrato estatal y no se ordenan indemnizaciones.

16432 - 14 de Abril de 2010.

Precisa el Consejo de Estado abiertamente y de manera clara que ni el Decreto Ley 222 de 1983 ni la Ley 80 de 1993, autorizan o dan vía libre a las entidades estatales para que declaren desierta una licitación, cuando el impedimento para seleccionar al contratista es producto de la vulneración del principio de Planeación.

Con base en lo anterior enseña el Honorable Tribunal que en virtud del principio de planeación, debió evaluar y definir la inclusión en el pliego de condiciones las exigencias dadas por el Director de Prisiones, por lo que se debieron adelantar los estudios de conveniencia, pertinencia y oportunidad correspondientes antes de la apertura del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual.

La selección está sometida a los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, por lo que surge la obligación de someter a todos los oferentes y sus propuestas a las mismas reglas del pliego de condiciones.

Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato.

Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a

la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato.

6. Se declara la nulidad del contrato estatal por vulneración del principio de planeación, hay lugar a las restituciones mutuas por parte del demandado.

Sentencia 17767 – 31 de enero de 2011

Ha dicho el Consejo de Estado que una falta de planeación por parte de las entidades públicas inciden en la fase contractual y también en la etapa de ejecución pues la falta de estudios y diseños ocasionan modificaciones significativas en las obras, en lo que tiene que ver por ejemplo con las condiciones técnicas que producen incrementos en los costos y graves suspensiones de las obras de la ejecución del objeto de contrato.

Determina el Consejo de Estado que los criterios de selección dependen de una adecuada etapa de planeación que debe practicar la entidad para realizar el proceso de selección de licitación, por eso, una correcta planeación de los criterios de selección garantizan el cumplimiento del objeto contractual, afirmación que está establecida en el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

La entidad estatal debe cumplir con los principios de economía y planeación pues tiene la obligación de verificar la disponibilidad presupuestal además debe adelantar los estudios de viabilidad y pliego de condiciones, procedimientos que son esenciales para asegurar una selección objetiva.

También se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto éstos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual. En consecuencia, el principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad comercial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración.

El principio de planeación es esencial para garantizar la legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo relacionado con la etapa previa a la celebración del contrato y aunque dicho principio no fue definido por la Ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos, disposiciones todas orientadas a que la Administración cuente, con anterioridad al proceso de selección, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado.”

- 7. Se declara la nulidad absoluta del contrato estatal por violación del principio de selección objetiva y el principio de planeación, no se ordenan las restituciones mutuas.**

Sentencia 22471 – 28 de marzo de 2012

Con base en el deber de planeación, los contratos del Estado deben cumplir con negocios debidamente diseñados, pensados conforme a las exigencias que demande el interés general.

La ignorancia de aplicación del deber de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas para el patrimonio público que, siempre está involucrado en el contrato estatal, esta es la razón por la cual, las entidades públicas deben tener una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades contractuales.

Es importante tener claro que, aunque no se encuentra tipificado el principio de planeación de manera directa, su existencia se puede inferir en el ordenamiento jurídico y, sobretodo, de los postulados constitucionales.

En todo caso, el incumplimiento del deber de selección objetiva determina en éste asunto la nulidad absoluta del contrato.

- 8. Se declara la nulidad del contrato estatal por vulneración del principio de planeación.**

Sentencia 21489 - 28 de mayo de 2012

El deber de planeación tiene como fin asegurar que todo proyecto esté precedido de estudios de orden técnico, financiero o jurídico y así poder determinar la viabilidad económica y técnica, para poder celebrar el respectivo contrato.

No se puede iniciar procesos donde se ha violado el principio de planeación y, se ha desconocido la buena fe contractual, igualmente, no se pueden iniciar procesos sin disponibilidad presupuestal; se debe analizar con antelación la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar.

Ocupa un lugar especial el principio de planeación e implica elaborar antes de emprender el proceso de selección del contratista, los estudios completos y análisis serios que el proyecto demanda, principio que incide en la etapa de formación contrato y en su etapa de ejecución.

El principio de planeación y el de buena fe están debidamente relacionados, las entidades estatales en la etapa precontractual tienen que contar con las partidas presupuestales y no pueden iniciar el proceso si no las tuvieran.

9. Se declara la nulidad del contrato estatal por vulneración del principio de planeación.

Sentencia 27315 - 24 de mayo de 2013

La violación del deber de planeación determina la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, pues con ella se configura, también, una vulneración a la constitución y a la ley, estableciendo que para el cumplimiento de los cometidos estatales debe hacerse uso eficiente de los recursos y obtener un desenvolvimiento correcto de las funciones y, existir orden para que se adopten determinaciones que favorezcan el interés general.

La eficacia de los principios que rigen la contratación estatal dependen esencialmente de que se cumpla con el deber de planeación y selección objetiva, es importante establecer que no se tipifica legalmente el principio de planeación, sin embargo; este principio rector de la contratación estatal está implícito en los artículos 209 - 339 y 341 constitucionales y 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 1983, preceptos legales y constitucionales que disponen que para el cumplimiento de los fines estatales debe existir un estricto orden para la adopción de las diferentes decisiones que afectaran de manera favorable el interés general; por eso las previsiones técnicas, presupuestales, logísticas y determinación de unas reglas de contratación claras hacen que el contrato quede blindado de una posible ilegalidad, por lo que la organización precontractual no debe ser desconocida por las entidades contratantes, en consecuencia, el principio de planeación ostenta fuerza vinculante. En consecuencia, el desconocimiento del principio de planeación, genera nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito.

10. No se ordenan indemnizaciones, se considera que la etapa precontractual es ajustada a los principios rectores de la Contratación.

Sentencia 25642 – 24 de julio de 2013

Durante el proceso de selección del contratista no puede operar ningún tipo de discrecionalidad administrativa positiva o material y negativa o formal. Se impide que la administración introduzca criterios sustanciales o formales que puedan incidir en la escogencia del contratista. En este orden la actividad precontractual es fruto del principio de planeación. Lo que hace exigir que las decisiones que se adopten a lo largo del trámite precontractual se motiven.

La discrecionalidad en este caso queda reducida a que la administración pueda interpretar el pliego de condiciones a efectos de que se escoja la mejor propuesta.

El Consejo de Estado define que la naturaleza jurídica del pliego de condiciones tiene como base la manifestación de los principios de transparencia, planeación y selección objetiva y de igualdad pues es obligación de la administración establecer reglas y procedimientos que sean claros y que permitan la mejor escogencia del contratista.

La actividad precontractual es el fruto del principio de planeación el cual demanda que cada una de las decisiones que se adelanten en la etapa precontractual debe ser de carácter motivado.

11. La violación del principio de planeación no es causal para declarar la nulidad de un contrato estatal.

Sentencia 11001031500020130191900 – 21 de agosto de 2014

El Consejo de Estado establece que el principio de planeación si se deriva del ordenamiento jurídico, independientemente, si el proceso de selección se regía por el Decreto 222 de 1983 o por la ley 80 de 1993, teniendo en cuenta que la planeación es la conducta siempre esperada de la actividad contractual no solamente garantiza el interés general sino

también el cumplimiento de los demás principios rectores del procedimiento contractual.

Es importante indicar que los contratistas también tienen el deber de planificar las acciones y gestiones necesarias para cumplir cabalmente sus prestaciones. El contratista debe estar bien informado sobre las gestiones, proyectos, iniciativas que la administración promueve. No es justificación que el contratista diga que firman un contrato estatal en ignorancia y luego afirme que han sido sorprendidos por apariciones de problemas sobrevinientes que impiden el cumplimiento del objeto contractual.

Si bien el principio de planeación es esencial para el procedimiento contractual se destaca que una cosa es la etapa previa a la celebración del contrato y otra el momento de la celebración del contrato. Cuando se celebra el contrato se establece el objeto que implica las mutuas obligaciones entre las partes que son las que deben de estar libres de ilicitud ósea nada debe contrariar la Ley el orden público y las buenas costumbres.

Una falta de planeación puede generar responsabilidad por incumplimiento si esa omisión no permite la ejecución del contrato y la responsabilidad puede recaer tanto en el contratante como en el contratista según la posición jurídica en la que se encuentre frente a cada obligación. Se destaca que no siempre la violación al principio de planeación produce la nulidad de un contrato por objeto ilícito, sólo lo sería si al pactar las cláusulas estas son ilícitas y si esa ilicitud viene a ser consecuencia de la violación del principio de planeación al realizar las cláusulas del contrato 352 de 1994 no se observa que resulten contrarias a la ley, al orden público o las buenas costumbres.

Así las cosas la consecuencia de la violación del principio de planeación no se traduce de manera automática en una conducta constitutiva de objeto ilícito que conlleve a la nulidad del contrato, si fuera este el caso la nulidad del contrato implica incluso la presencia de conductas

penalmente reprochables pues cuando se celebran contratos de objeto ilícito va de la mano la comisión de los delitos de prevaricato y abuso de función de parte de los servidores públicos que intervinieron en la celebración del contrato.

El desconocimiento del principio de planeación no es causal autónoma de la nulidad del contrato y no encaja en la configuración de un caso de objeto ilícito. La ilicitud debe ser encontrada en la cláusula del contrato y no en la etapa previo de contratación

12. La violación del principio de planeación si es causal para declarar la nulidad de un contrato estatal

Sentencia 24809 – 20 de octubre de 2014

Precisa que no es un elemento necesario para la configuración de la nulidad absoluta que alguna o todas las partes del contrato conozcan el vicio, dado que lo que se busca con la nulidad es proteger el orden público y el interés general.

Se indica que del conocimiento o la pignoración del vicio se deriven algunos efectos que no tienen que ver con la nulidad absoluta, sino con las consecuencias que produce su decreto judicial, en lo que se refiere a las restituciones mutuas.

Explica que los artículos 6º 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...”.

Expone que para que un acto o contrato sea absolutamente nulo por objeto ilícito no es indispensable la existencia de una norma que diga expresamente que es “nulo”, pero lo que si debe establecerse es la norma que expresamente mande o prohíba.

Como consecuencia de lo anterior, dice que es desatinado afirmar que el desconocimiento del principio de planeación del contrato estatal, jamás puede conducir a una nulidad del contrato por objeto ilícito, sin embargo no toda deficiencia en la planeación del negocio contractual conduce inexorablemente a la nulidad del contrato por ilicitud de su objeto.

Para que por falta de planeación se produzca una nulidad del contrato por objeto ilícito, se debe contar con una falencia u omisión que desde el inició saquen a la luz que el objeto contractual no pueda ejecutarse o que esa ejecución dependa de situaciones inciertas que necesiten de la intromisión de terceros o por ejemplo que los tiempos contractuales no se puedan cumplir que afectaría gravemente el presupuesto y por consiguiente ocasionaría un detrimento patrimonial.

El principio de planeación es una exigencia del ordenamiento jurídico que debe tenerse en cuenta durante todas las etapas del proceso contractual, por lo que su violación constituye un objeto ilícito y es causal de nulidad absoluta del contrato.

13. La violación al principio de planeación genera responsabilidades para el contratista y, éste, debe soportar los perjuicios causados por la mala ejecución del contrato estatal.

Sentencia 250002326000200301742 -28 de enero de 2016

Los razonamientos realizados por la Sección Tercera en el sentido de que 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, que 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, no pueden escudarse 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.

<p>Se declara nulidad del contrato por violación al principio de planeación y hay lugar a pagar restituciones mutuas o indemnizaciones por daño emergente y lucro cesante</p>	<p style="text-align: center;"><i>Problema jurídico</i></p> <p style="text-align: center;"><i>¿La vulneración del principio de planeación es causal para que se declare la nulidad de un contrato estatal, y se ordenen indemnizaciones para la parte responsable?</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • 15324 del 29 de Agosto de 2007. • 15469 del 29 de Agosto de 2007. <li style="padding-left: 40px;">*8031 del 5 de Junio de 2008. • 16103 del 25 de Febrero de 2009. <li style="padding-left: 40px;">*16432 - 14 de Abril de 2010. • 17767 - 31 de Enero de 2011. <li style="padding-left: 40px;">* 22471 - 28 de Marzo de 2012. • 21489 - 28 de Mayo de 2012. • 27315 - 24 de Mayo de 2013. <li style="padding-left: 40px;">* 25642 - 24 de Julio de 2013. <li style="padding-left: 40px;">11001031500020130191900 - 21 de Agosto de 2014 * • 24809 - 20 de Octubre de 2014. • 250002326000200301742 – 28 enero de 2016 	<p>La violación del principio de planeación no es causal de nulidad del contrato.</p>
---	---	---

Conclusiones

La planeación contractual es uno de los pilares fundamentales de la administración hace parte de las actividades precontractuales – contractuales – poscontractuales, a través del diseño, ejecución, evaluación y corrección de proyectos, que en la práctica se traduce en el cumplimiento de los objetivos de un proyecto hasta llegar a la meta, que es la realización en tiempo de la obra pública, acorde con lo pactado y en términos ajustados al presupuesto.

Una vez elaborado el trabajo, podemos afirmar que los principios de la contratación estatal, son una zona común en toda la contratación estatal, de los cuales el que cobra mayor trascendencia, según lo ha expuesto la doctrina como la jurisprudencia, es el principio de planeación, debido a que una falta de observancia de éste conlleva a que no cumpla con el fin principal de la contratación el cual se concreta en la búsqueda del bien común.

Según lo manifestado, podríamos decir que el estado impone una carga mayor de responsabilidad al contratista, puesto que éste no tiene la posibilidad de manifestar su intención de no hacer parte del proceso contractual, debido a que una vez presenta la propuesta, la misma lo vincula al proceso y genera los efectos jurídicos correspondientes de cumplimiento, por lo cual, así se advierta que el proyecto de contrato adolece de defectos que claramente lo hacen inviable, debe continuar en el proceso; sin embargo, la normatividad le brinda las oportunidades necesarias para que presente las observaciones antes de consolidar el pliego de condiciones definitivo, pues su participación como colaborador de la administración, la hace en calidad de especialista y conocedor de los temas contractuales.

El principio de planeación debe ser desarrollado por la ley o reglamentado por parte de los organismos competentes, pues como sabemos, el mismo se infiere de otros postulados

legales y constitucionales, lo que dificulta su aplicación, pues en esta se realizar en los ejercicios de interpretación que ha realizado la jurisprudencia, sin embargo, de esta manera su aplicación se hace difusa y controversial, pues las discusiones que se suscitan no han permitido consolidar una doctrina que permita resolver con uniformidad los casos que se presentan ante las instancias judiciales.

Conforme a las sentencias expuestas se observa que principio de Planeación está en construcción, pero que se ha definido por medio de la jurisprudencia hasta el momento como un principio rector del proceso de contratación Estatal, que tiene como finalidad lograr la eficacia y eficiencia de la contratación, pues una indebida planeación afecta la ejecución contractual, lo que permite establecer que el principio de planeación está presente durante cada una de las etapas contractuales.

Los pronunciamientos de los Consejeros de Estado dejan ver que cuando falla la realización del objeto contractual tiene que ver esencialmente con omisiones en la planeación o falta de la misma.

Si bien un contrato puede ser modificado cuantas veces sea necesario, esto es señal de que existe serias omisiones en la planeación por parte de la administración y es una puerta para que se presenten actos de corrupción como por ejemplo una mala administración de los recursos presupuestales que impide que la comunidad se beneficie de las obras proyectadas. Así las cosas, es claro que la planeación no solo se presenta en la etapa precontractual, sino en la ejecución y con posterioridad a la entrega de la obra.

Queda claro que la modalidad de escogencia contractual no exime a la administración pública de responder por las fallas en las obras y por los daños colaterales que ellas causen, siendo fundamental la planeación para evitar el detrimento patrimonial del Estado, por eso la

selección objetiva se convierte en un principio fundamental de la contratación y tiene estrecha relación con la planeación, etapa donde está involucrado directamente los potenciales contratistas a los cuales también se les exige que conozcan de manera detallada las condiciones del contrato y los estudios técnicos y presupuestales, con el fin de que no se encuentre durante la ejecución con problemas sobrevinientes pues es necesario que tenga planes detallados con la administración para poderlos solucionar, en todo caso la falta de conocimiento de la planeación la haya hecho o no la administración exime de responsabilidad al contratista, pues debe probar que actuó con diligencia desde la etapa precontractual y no se convierta en excusa que la aparición de problemas presupuestales y técnicos no se puedan cumplir de manera efectiva con el objeto del contrato.

En conclusión la vulneración del principio de planeación si es causal para que se declare por parte de un Juez la nulidad de un contrato así las partes involucradas no lo soliciten, teniendo en cuenta que no toda vulneración del principio en comento es causal de nulidad contractual, por medio de la jurisprudencia se desarrollaron las siguiente requerimientos para tener en cuenta al momento de declarar la nulidad de un contrato por vulneración del principio rector de planeación:

- Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que el objeto contractual no podrá ejecutarse.
- Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que la ejecución del contrato va a depender de circunstancias indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros.

- Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y, por ende, habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad.

Expuesto lo anterior se concluye que el principio de planeación establece un marco jurídico de las contrataciones sin importar su modalidad de escogencia, pues además es un requisito legal para contratar dado que su inobservancia derivaría en una nulidad del contrato.

Desde el enfoque jurídico, la planeación es un asunto en apariencia preliminar a la contratación de obras públicas, pero la práctica demuestra que también es un asunto liminar, entre los estudios previos que plantean los términos de referencia del contrato en su dimensión objetiva y el modo fáctico correspondiente al cumplimiento contractual, que va paralelo al desarrollo y entrega a satisfacción de las obras contratadas. Esto incluye una dimensión posliminar respecto a la obra pública terminada, pues la garantía, su durabilidad en condiciones de funcionamiento adecuado, sostenibilidad económica e incluso para minimizar lo que el desarrollo industrial de la obra pública genera como impacto ambiental y social, son aspectos que se deben contemplar en el correcto empleo de los recursos públicos.

Referencias Bibliográficas

Códigos

Constitución Política Colombiana. (2015). Editorial Legis,

Leyes

Ley 80 (1993). Estatuto de la Contratación. Secretaría General del Senado. República de Colombia. Recuperado en <http://www.secretariasenado.gov.co/>

Ley 1150 (2007). Reforma Ley 80 de 1993. Secretaría General del Senado. República de Colombia. Recuperado en <http://www.secretariasenado.gov.co/>

Ley 1474 (2011). Ley Anticorrupción. Secretaría General del Senado. República de Colombia. Recuperado en <http://www.secretariasenado.gov.co/>

Decretos

Decretos 1510 (2013). Secretaría general del Senado. República de Colombia. Recuperado en <http://www.secretariasenado.gov.co/>

Decreto 1082 (2015). Secretaría general del Senado. República de Colombia. Recuperado en <http://www.secretariasenado.gov.co/>

Doctrina

Aponte Díaz, I. (2011). Planeación en la regulación legal y reglamentaria de la Contratación Pública. Universidad Externado de Colombia. Revista Digital de Derecho Administrativo. Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra

Benavides, J. L. (2002). *El Contrato Estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

- Benavides, J. L. y Santofimio, J. O. (2009). *Compiladores Contratación Estatal, Estudios Sobre la Reforma del estado Contractual. Ley 1150 de 2007.* Universidad Externado de Colombia.
- Bercatis, M.A. (1980). *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, 2 edición, Depalma.
- Betancurt Jaramillo, C. (1995). *Nuevo estatuto general de la Contratación*, Medellín, Dike.
- Davila Vinueza, L. G. (2003). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, 2 Ed.
- Escobar Gil, R. (1999). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. 1 Ed, Legis Editores.
- Escobar Hernández, Á. B. (2000). *El Contrato Estatal de Obra*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- González López, E. (2010). *El Pliego de Condiciones en la Contratación Estatal*, Bogotá. Universidad Externado de Colombia.p.54
- Herrera Barbosa, B. (1996). *Régimen de la Contratación Estatal. Principios de la Contratación Estatal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- López Medina, Diego. (2007). Págs. 140 Y 168 “*El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*”. Editorial Legis.
- Matallana Camacho, E. (2001). *La Ausencia de Adecuados Estudios previos es una causa Imputable a la Administración que genera desequilibrio económico en los contratos administrativos y su nulidad*. Memorias Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia.

Matallana Ernesto. (2013). Manual de Contratación de la Administración Pública, reforma de la ley 80 de 1993, Tercera Edición, Colombia, Editorial Universidad Externado de Colombia, p. 189.

Núñez, Antonio J. (11 al 24 de octubre de 2004). *El Estado Contratante un tigre de papel*. *Ámbito Jurídico*. Año VII No. 163, Bogotá.

Palacio Hincapie, J.A. (1997). *La contratación de las entidades Estatales*. Medellín, Sánchez.

Pino Ricci, J. (Comp.) (2001). *Régimen de la Contratación Estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Quintero, A. y A. Mutis (1995). *Los contratos estatales*, Bogotá, Temis.

Rodríguez L. (1996). *Derecho Administrativo General y colombiano*. Bogotá, 9 Edición, Temis.

Solano Sierra, J. E. (1994). *Contratación Administrativa*, Bogotá, Ediciones Librería El Profesional.

Páginas en internet

Secretaría General del Senado. Recuperado en <http://www.secretariassenado.gov.co/>

Real Academia Española. Recuperado en www.rae.es

Colombia compra eficiente. Recuperado en www.contratos.gov.co

www.wikipwdia.com

Bases de Datos

Banco de Datos Jurídicos (2015). Contratación Estatal, Legislación y Jurisprudencia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Información Jurídica. CD.ROM.WINDWS.

Base datos lexbase.com

Jurisprudencia

Consejo de Estado. (2007). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324.

Consejo de Estado. (2007). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15469.

Consejo de Estado. (2007). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de octubre de 2007, Expediente 15023.

Consejo de Estado. (2008). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de marzo de 2008, Expediente 16152.

Consejo de Estado. (2008). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, Expediente 8431.

Consejo de Estado. (2008). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de julio de 2008, Expediente 23003.

Consejo de Estado. (2008). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 1 de diciembre de 2008, Expediente 15603.

Consejo de Estado. (2009). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de febrero de 2009, Expediente 16103.

Consejo de Estado. (2009). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de julio de 2009, Expediente 16106.

Consejo de Estado. (2010). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010, Expediente 16432.

Consejo de Estado. (2010). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010, Expediente 36054.

Consejo de Estado. (2011). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, Sentencia del 31 de enero de 2011, Expediente 17767.

Consejo de Estado. (2011). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, Sentencia del 28 de abril de 2011, Expediente 18760.

Consejo de Estado. (2011). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, Sentencia del 12 de mayo de 2011, Expediente 18446.

Consejo de Estado. (2011). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, Sentencia del 7 de julio de 2011, Expediente 18762.

Consejo de Estado. (2011). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de noviembre de 2011, Expediente 25643.

Consejo de Estado. (2012). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, Sentencia del 15 de febrero de 2012, Expediente 19730.

Consejo de Estado. (2012). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, Sentencia del 28 de mayo de 2012, Expediente 21489.

Consejo de Estado. (2012). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Expediente 22471.

Consejo de Estado. (2012). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, Sentencia del 19 de noviembre de 2012, Expediente 22043.

Consejo de Estado. (2013). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, Sentencia del 28 de febrero de 2013, Expediente 25802.

Consejo de Estado. (2013). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de abril de 2013, Expediente 27315.

Consejo de Estado. (2013). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de mayo de 2013, Expediente 24599.

Consejo de Estado. (2013). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de mayo de 2013, Expediente 24510.

Consejo de Estado. (2013). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, Sentencia del 24 de julio de 2013

Consejo de Estado. (2013). Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del 23 de agosto de 2013, Expediente 2148.

Consejo de Estado. (2013). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, Sentencia del 13 de junio de 2013, Expediente 23730.

Consejo de Estado. (2014). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 21 de agosto de 2014.

Consejo de Estado. (2016). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,
Sentencia del 28 de enero de 2016.

Anexo

SENTENCIAS ANALIZADAS – CASO – VIOLACIÓN LA PRINCIPIO DE PLANEACIÓN

1

Tipo de proceso: Acción Contractual

Número de sentencia: 85001-23-31-000-1996-00309-01(15324)

Fecha de la sentencia: agosto 29 de 2007

Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez

Actora: Rubén Pérez Romero

Temas: Violación de los principios de contratación estatal; diferencias entre declaración unilateral y nulidad del contrato; causales para terminación unilateral del contrato y nulidad del contrato; obligación de la administración estatal de resarcir de los daños causados al contratante cuando en la relación contractual, concretamente, en la etapa precontractual se ha sido lesionado el negocio jurídico y, por tal razón, el contrato estatal se ve afectado de eficacia o validez.

Hechos objeto del pronunciamiento: El señor Rubén Pérez Romero, representado mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción contractual, instauró demanda en contra del Departamento de Casanare, en escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Casanare, el 23 de octubre de 1996, demanda que en primera instancia fue negada. Posteriormente instaura recurso de apelación contra el pronunciamiento del Tribunal. La Acción contractual referida se impulsa con base en los siguientes hechos:

Los fundamentos fácticos de la demanda se resumen a continuación: El demandante celebró con el Departamento de Casanare el contrato No. 459 de 21 de junio de 1996, cuyo objeto era ejecutar a través del sistema de precios unitarios, el cerramiento del Colegio Luis Carlos Galán Sarmiento, ubicado en la Vereda la Chaparrera, Municipio de Yopal, Departamento de Casanare. El valor to del contrato se pactó en la suma de \$39'999.343,25, con un plazo de 75 días calendario a partir de su suscripción.

El contratista fue escogido para la ejecución del contrato, por lo cual, la Administración, una vez aprobadas las garantías del contrato, ordenó el pago del anticipo pactado. No obstante lo anterior, el Departamento no cumplió con lo pactado, pese al requerimiento formulado por el demandante ante el Gobernador el día 6 de agosto de 1996, en su lugar, expidió la Resolución No. 1329 de 23 de septiembre de 1996, por medio de la cual, se dio por terminado el contrato, motivando situaciones fácticas y jurídicas inverosímiles, considerando con ello la parte actora que el referido acto administrativo está viciado de nulidad.

La Administración al dar por terminado el contrato causó perjuicios al contratista, quien no pudo obtener las ganancias que le hubiere reportado la ejecución de la obra, además, de haber contratado personal para cumplir con el objeto contractual y de adquirir compromisos relacionados con la compra de materiales, los cuales hacen surgir para la entidad demandada la obligación de indemnizarlo.

Decisión de primera instancia. El Tribunal Administrativo de Casanare, en Providencia del 11 de junio de 1998 decide negar las pretensiones del demandante, argumentando que las excepciones propuestas no son de mérito, a su vez, expone que el hecho

de no haber brindado la Gobernación del Casanare las garantías a la parte actora para conocer los motivos de resolución del contrato es intrascendente para el proceso.

Se logró establecer que en el proceso de selección del contratista, no se garantizó la igualdad de oportunidades para que otros oferentes participaran en la selección y posterior adjudicación del contrato, ya que solamente se presentó un solo contratista; circunstancia que impidió seleccionar la mejor oferta, resultando de esta manera ilegal el mentado procedimiento, y en consecuencia el contrato, por lo cual se considera que el acto administrativo tuvo un fundamento válido y, por ello, para la Corporación se consideró ajustado a derecho.

Tesis del Consejo de Estado

A. **Doctrina general:** El procedimiento de la licitación pública contenido en la legislación, es una parte importante de la función administrativa desarrollada por las entidades del Estado y, como tal, constituye un procedimiento administrativo orientado por los mismos principios que regulan dicha actividad. Así mismo, dicha norma por contener y reglar un procedimiento, es de orden público y, por tal motivo, de obligatorio cumplimiento, razón por la cual, la Administración está en el deber legal de observar, estrictamente, sus mandatos so pena de afectar de validez sus actuaciones, entre otras el acto de adjudicación, inclusive, el propio contrato estatal.

La Carta Política en su artículo 209 dispone que la función administrativa se encuentra sometida a los principios de: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; razón por la cual, al ser la contratación estatal una actividad administrativa, necesariamente, deben observarse tales principios, sin perjuicio del cumplimiento de muchos otros que también forman parte del plexo axiológico constitucional.

La transparencia, debe aplicarse desde el momento de selección de los contratistas, procedimiento que debe fundarse con base en *“i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la Administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierto; v) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la Administración.”* Sentencia Radicación número: 85001-23-31-000-1996-00309-01(15324) Consejero ponente: **Mauricio Fajardo Gómez.**

Se indica que cada uno de los principios que rigen la contratación estatal sin importar la modalidad de contratación están conectados con el principio de Planeación cuyo fin es que desde el inicio esto es desde la etapa precontractual tengan en cuenta la existencia de disponibilidad presupuestal para respaldar los compromisos que llegue adquirir la entidad Estatal y se realice cada uno de los estudios y licitaciones que amerite el objeto del contrato con el fin de concretar adecuadamente y conforme a la Ley y la Constitución el proyecto.

Se indica que existe responsabilidad de las entidades estatales y de los servidores públicos durante la etapa precontractual por abrir licitaciones o concursos sin haber realizado los estudios técnicos y evaluaciones necesarias o sin tener elaborados previamente los pliegos de condiciones o términos de referencia o, cuando éstos, a pesar de haber sido elaborados, resultan incompletos ambiguos o confusos y dan lugar a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo.

El principio de planeación es esencial para llevar a cabo la actividad contractual; este principio significa que todo el proceso contractual no debe ser consecuencia de la

improvisación, pues la ejecución del contrato es el resultado de los estudios previos, y de la planeación seria y responsable por parte del Estado.

La planeación tiene que ver con el análisis suficiente y previo antes de la etapa de selección, etapa en la que se estudia si es necesario la celebración del contrato, se determina la modalidad de contratación, se determina la elaboración de diseños, análisis técnicos, se proyectan los valores, los costos, se analiza la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante para asumir el pago de todo el proceso contractual hecho garantiza la buena ejecución del contrato.

La falta de planeación, comprometen la responsabilidad patrimonial de la Administración en los eventos en que por ello se ocasionen daños antijurídicos al contratista e incluso podría generar **responsabilidad** de tipo patrimonial, fiscal, disciplinario y aún penal, respecto de los funcionarios que actúan de manera negligente e improvisada en las distintas etapas del contrato.

B. **Definiciones dogmáticas creadas por el Consejo de Estado.** Para el caso concreto importa estudiar la causal del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Se determina que para que esta causal de nulidad absoluta del contrato se configure, se requiere de los siguientes presupuestos:

i) La violación del régimen de prohibiciones consagrado en **normas constitucionales o en normas legales o en cualesquiera otras con fuerza de ley.**

No genera nulidad la violación de normas que no sean de carácter constitucional ni tampoco las que carezcan de fuerza de Ley.

La no violación debe estar expresamente establecida en la Constitución y la Ley.

La prohibición Constitucional o legal debe ser expresa por ejemplo:

- Cuando las normas no permite que el estado hagan donaciones a los particulares.
- Cuando el contrato debe estar regido por ciertas condiciones como cuando no es posible que se autorice una concesión portuaria superior a veinte años.

Lo anterior permite establecer que no toda irregularidad o violación a la Ley o a la Constitución dará lugar a que se configure una causal de nulidad absoluta de un contrato previsto en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 pues deben concurrir dos presupuestos:

1. Violación del régimen de prohibiciones.
2. Que la prohibición sea expresa y explícita.

Es importante establecer que los anteriores presupuestos no pueden aplicarse a situaciones diferentes de aquellos que están expresamente reguladas por la Ley.

El Consejo de Estado se pregunta si la prohibición general que en materia contractual contiene el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 puede ser enmarcada dentro de la causal de nulidad absoluta consagrada en el numeral dos del artículo 44 de la Ley 80.

El Alto Tribunal responde así: si bien el artículo 24 numeral 8 de la Ley 80 establece una prohibición expresa y genérica donde se limitan a las autoridades administrativas categóricamente que en materia contractual no puede abusar o desviar su poder, interpretando que en aquellos casos en los que se compruebe una desviación de poder en materia contractual no se puede enmarcar dentro de la nulidad establecida en el numeral 2 del artículo 44 Ley 80 sino en la que se establece en el numeral 3 de esta misma disposición.

Lo anterior quiere decir que, cuando el hecho constitutivo de nulidad se enmarca dentro de la causal 2 del artículo 44, la entidad estatal por disposición de la Ley, de manera unilateral en cualquier estado que se encuentre el proceso contractual mientras se configura un

abuso o desviación de poder la administración tendrá que acudir por vía judicial a demandar la nulidad absoluta del contrato.

Facultad que tiene la administración para dar por terminado de manera unilateral un contrato.

Se encuentra establecido las siguientes modalidades de terminación unilateral del contrato.

1. La terminación unilateral regulada por el artículo 17 de la Ley 80.
2. La declaratoria de caducidad administrativa del contrato.
3. La terminación unilateral a cuya aplicación hay lugar cuando se configuran algunas causales de nulidad absoluta respecto del contrato estatal correspondiente configuradas en el inciso 2 del artículo 45 de la Ley 80.

La modalidad de terminación unilateral solamente puede tener aplicación respecto de aquellos específicos contratos estatales señalados en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80.

Esta clase de modalidad de terminación unilateral no comporta la imposición de sanción alguna, por lo que tampoco genera inhabilidad en relación con contratista afectado.

Respecto de la modalidad de terminación unilateral de contrato por declaratoria de caducidad declarativa cuando se encuentra en firme dicha declaratoria si se genera una inhabilidad para el contratista como por ejemplo el encontrarse impedido durante cinco años para participar en licitaciones o concurso ante cualquier entidad estatal y se le obligara a ceder los contratos estatales que ya hubiera celebrado.

Respecto a la modalidad de terminación unilateral que se indica en el inciso 2 del artículo 45 de la Ley 80, se dispone que esta modalidad tenga cabida en relación con cualquier clase de contrato estatal indistintamente de su objeto.

Es importante establecer que la entidad estatal tiene la facultad y el deber legal de declarar la terminación unilateral del contrato mediante expedición de acto administrativo, solamente, cuando se compruebe la existencia de alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80, en los demás supuestos que configuren un vicio de nulidad absoluta, deberá demandarse judicialmente la declaratoria de nulidad del contrato estatal.

Diferencia entre terminación unilateral del contrato y la declaratoria de nulidad absoluta. La terminación unilateral tiene como propósito y efecto la finalización anticipada de un determinado contrato estatal no se pretende desconocer ni deshacer todo lo que se haya hecho o ejecutado durante el contrato, esta terminación no comporta protesta para las partes, la competencia para dicha terminación la tiene la entidad contratante.

En lo que corresponde a la nulidad absoluta está siempre va a reflejar un vicio muy grave que afecta el contrato, la declaratoria de nulidad absoluta tiene que ver directamente con los requisitos, las condiciones del contratos y los elementos de validez existentes en el momento del contrato; su fin principal, es eliminar del mundo jurídico el contrato estatal que haya surgido en contravía del ordenamiento jurídico y se puede hacer en cualquier momento del contrato y busca devolver las cosas al estado en el que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo la declaratoria judicial de nulidad absoluta de un contrato puede declararse o incluso solicitarse con posterioridad a la terminación del mismo, esta declaración se hace en vía judicial.

C. Razones de la decisión para el caso concreto. Problema jurídico

¿Para el caso concreto el departamento de Casanare adelantó el procedimiento para la selección del contratista cumpliendo con los principios de igualdad, transparencia, economía,

selección objetiva, publicidad que orienta la actividad contractual al momento de adjudicar el contrato de obra No. 0459 de 1996?

¿El departamento de Casanare tenía la facultad legal para declarar la terminación unilateral de contrato de obra No. 459 de 1996 mediante acto administrativo?

En el caso concreto no se demostró que para la celebración del contrato No. 459 de 1996, el Departamento de Casanare hubiera invitado a contratar a otros oferentes o hubiere dado publicidad a su decisión de contratación, esto se demuestra con que en el acervo probatorio no existen más ofertas.

Tampoco se demostró en el proceso que durante la selección contractual o la etapa previa a ella, se haya realizado estudio previo para establecer la necesidad o conveniencia de contratar, no se elaboraron las bases y requisitos para participar y tampoco los criterios de evaluación y ponderación de los mismos y, los demás requisitos exigidos para una selección objetiva.

Por el contrario, en el proceso de selección está demostrado que existió un único proponente, el cual presentó dos ofertas en dos oportunidades distintas y, a este fue al que se le adjudicó el contrato de obra; por lo anterior, se evidencia que el Departamento de Casanare, impulsó un procedimiento contractual de manera irregular para adjudicar el contrato mencionado violando los principios de transparencia, planeación, publicidad, libre concurrencia, igualdad y selección objetiva establecidos en el estatuto contractual del estado.

Lo probado configura un hecho que permite declarar la nulidad absoluta del contrato al haberse configurado un abuso o desviación de poder por parte de la administración departamental.

Para dar respuesta al segundo problema jurídico se prueba que efectivamente la administración departamental expidió un acto administrativo por medio del cual da por terminado de manera unilateral el Contrato No. 459 de 1996, pues se vislumbró un vicio de nulidad que se configuraría por adelantarse la selección del contratista sin acatamiento de los principios generales de transparencia y selección objetiva, igualmente, lo establecido para la modalidad de contratación que exige que debe contarse al menos con dos propuestas, pues las que se presentaron provienen de un mismo oferente, y que al adjudicarse el contrato de esta manera, se vulneran los principios de contratación estatal y la Ley.

La administración departamental carecía, para el caso concreto, de facultades para dar por terminado de manera unilateral el contrato, pues realizado el procedimiento de selección con los yerros evidenciados, ello no configura la causal prevista en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80, en consecuencia, el acto administrativo que se demanda está afectado de nulidad por falta de competencia funcional, pues la administración actuó por fuera de la competencia atribuida legalmente.

Para el caso concreto el Consejo de Estado declara de manera oficiosa la nulidad del Contrato No. 459 y, sin ordenar pago o restitución en favor de alguna de las parte contratantes, toda vez que la administración no pago su compromiso de anticipo y, el contratista, no ejecutó la obra, por lo que ninguna de las partes recibió ni entrego nada.

Se considera también por parte del Consejo de Estado que cuando la administración decida terminar un contrato por las razones determinadas en el caso concreto se tendrá que determinar si la irregularidad o causal de terminación es imputable a unas de las partes, por lo cual, se deberá resarcir los daños patrimoniales causales a la parte que obró de buena fe.

La Ley 80 determina que si la administración termina unilateralmente un contrato por haberlo adjudicado irregularmente está en la obligación de reparar los daños que causa el contratista que haya obrado de buena fe, reparación que está fundamentada en la teoría de la “culpa in contrahendo” (culpa al contratar o responsabilidad precontractual) que consiste en que las partes intervienen en la celebración de un contrato garantizando entre sí la eficacia y validez del contrato pero cuando durante la formación del contrato alguna de ellas incurre en dolo o culpa lo cual invalidaría el acto negocial esta deberá indemnizar los perjuicios a la parte que obró de buena fe.

Conclusión. Se pudo establecer que durante la selección contractual o la etapa previa a ella, nunca se realizaron estudios previos para establecer la necesidad de contratar, nunca se dio a conocer ni se publicitó el proyecto, con lo cual no se dio la oportunidad de participación de otros proponentes, adjudicando el contrato a un único participante hecho que vulneró los principios de contratación, entre ellos, el de planeación, que demanda que los contratos del Estado siempre deben corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que establece el interés público.

Ahora bien para cumplir con el principio de planificación, deben observarse parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídico, de elaboración de pliegos y términos de referencia, ya que así se asegura una correcta preservación de los recursos del Estado y la correspondiente eficacia del contrato.

El hecho de que en el caso concreto existió un único proponente y a éste haya sido al que se le adjudicó el contrato configura una causal de nulidad que debe ser decretada judicialmente, y no faculta a la administración para que dé por terminado de manera unilateral el acto contractual.

Para el Consejo de Estado, el incumplimiento de las responsabilidades que derivarían de la nulidad del contrato, no genera la obligación *per se* de indemnizar los perjuicios en favor de algunas de las partes contratantes, por lo que si una demanda tiene como pretensión la obtención del pago, utilidad o ganancia que le hubiera reportado al contratante la ejecución del contrato, dicha pretensión debe ser denegada, por cuanto nunca existió el derecho legítimo para ejecutar el objeto de ese contrato.

Modelo de ficha de análisis de sentencia

2

1. **Tipo de proceso:** Acción Contractual
2. **Número de sentencia:** 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469)
3. **Fecha de la sentencia:** Agosto 29 de 2007
4. **Magistrado Ponente:** Mauricio Fajardo Gómez
5. **Actor:** Mario Eduardo Rosasco Estupiñan
6. **Hechos objeto del pronunciamiento:**

El señor Mario Eduardo Rosasco Estupiñán por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción contractual, formuló demanda en contra del municipio de Tumaco (Nariño), mediante escrito presentado el 8 de agosto de 1996 ante la oficina judicial en San Juan de Pasto, con destino al Tribunal Administrativo de Nariño, con las siguientes pretensiones:

Los fundamentos fácticos de la demanda se resumen a continuación: Entre el demandante y el municipio de Tumaco se celebró contrato de obra que tenía como fin la construcción de un tanque de almacenamiento de agua semienterrado en concreto reforzado sobre pilotes por un valor de \$180'265.711,06 con un plazo de entrega de 180 días calendario.

Empezando a ejecutar la obra después de dos metros de profundidad en el terreno excavado se encontraron unas aguas subterráneas lo cual generaron problemas para seguir con la construcción; fue necesario que el agua de la piscina que se estaba construyendo para la fundición del tanque semienterrado fuera evacuada y así poder continuar con la obra, pero lo anterior no fue suficiente por lo que se acordó entre las partes la ejecución de unas obras adicionales que no estaban contempladas en el contrato inicial.

Sin embargo durante la ejecución de las obras adicionales, aparecen nuevos problemas detectandose que faltaban 101 metros lineales de pilotes que no fueron previstos en los planos y las cantidades de obra establecidas en el pliego de condiciones que incrementan el valor contractual en \$10'820.784,35 imprevistos que fueron autorizados por la administración.

Cada una de las obras adicionales requeridas para la ejecución del contrato fueron aprobadas por la interventoría sin embargo ninguna de estas adiciones contractuales que fueron ejecutadas se legalizaron con la Alcaldía de Tumaco esto por la falta de disponibilidad presupuestal, hecho que por parte de los contratistas se enviaron varios requerimientos para obtener el pago de los dineros adeudados.

El objeto principal del contrato fue terminado y entregado a satisfacción a la administración; luego la Alcaldía cita al contratista para que firme el acta definitiva de liquidación, pero que para el contratista la misma no se ajustaba a la realidad pues no se incluyen las obras adicionales por lo cual el contratista se niega a firmar dicha acta y hace que la administración municipal realice la liquidación de manera unilateral dejando nuevamente por fuera las obras adicionales ejecutadas.

La administración argumenta que no se liquidaron las obras adicionales porque estas no fueron ni ejecutadas ni legalizadas.

7. Decisiones

8. Tesis del Consejo de Estado.

El Tribunal Administrativo de Nariño el 30 de junio de 1998, negó las excepciones propuestas por la demandada, como también la totalidad de las pretensiones formuladas en la demanda, fundamentándose básicamente en que las obras adicionales fueron autorizadas por la interventoría y el Director de la Unidad Regional No. 7- Sur Occidente -"FINDETER"- Cali y que el contratista procedió a construirlas pero según las pruebas aportadas al expediente, es claro que nunca se suscribió un contrato adicional, acta o adenda en la que constaran las condiciones en que debían adelantarse las obras adicionales.

El interventor no tenía la competencia contractual que le permitiera autorizar la modificación de los términos del contrato. No existe prueba de la autorización impartida por el representante legal de la administración municipal que perfeccione las adiciones contractuales aludidas por el contratado por lo cual la administración no estaba obligada a cancelar dichas adiciones.

La Administración no estaba obligada jurídicamente a suscribir contrato adicional, como lo reclamaba el contratista, porque el acuerdo de voluntades debe ser libre y no puede ser impuesto por una de las partes, más aún cuando existen razones valederas, como lo fue la inexistencia de disponibilidad presupuestal, exigencia que la ley reclama para la celebración y ejecución del contrato.

Ratio Decidendi: El demandante busca obtener la declaratoria de nulidad del acto administrativo que liquidó unilateralmente el contrato 004 de 1994 y el reconocimiento económico de varios rubros que consideraba no le habían sido satisfechos por parte de la

Administración Municipal en el acto acusado. Resulta imperativo precisar si a la luz de la ley y de la jurisprudencia procede el reconocimiento y pago de las obras adicionales o extras.

La controversia versa sobre la legalidad del acto administrativo mediante el cual el Municipio de Tumaco liquidó unilateralmente el contrato 004 de 1994. Antes de iniciar la obra dados resultados a estudios de suelos se advierte sobre la baja resistencia del suelo susceptible de fenómenos de licuación ante eventos sísmicos y se catalogó esta zona como de alto riesgo; el interventor solicita algunas aclaraciones al diseño del tanque y objeto del contrato.

FINDETER envía documento en el cual identifica el problema de suelos y propone algunas sugerencias para poder construir de manera efectiva la obra del contrato.

El Consejo de Estado indica que la controversia causada por la ejecución del contrato se debió fundamentalmente a la ausencia de estudios completos que debieron de ser elaborados por la administración municipal con anterioridad a la apertura de licitación esto con el fin de ejecutar con eficacia el objeto del contrato.

Determina que de conformidad con el artículo 84 del decreto Ley 222 de 1983 que es la norma vigente al momento en que el municipio adelantó el procedimiento de licitación pública era indispensable que se contara con estudios y planos definitivos requisito que también se encuentra establecido en la Ley 80. La administración también se encontraba en la obligación de reservar los recursos presupuestales requeridos para la obra, requerimientos que el municipio no cumplió.

Se observa entonces, que ya suscrito el contrato y próximo a iniciar su ejecución, la Administración ordenó replantear el proyecto, elaborar un nuevo diseño con sus respectivos planos, someterlos a las aprobaciones del caso y, como consecuencia de ello, debió solicitar al

contratista la presentación de nuevos ítems de las obras adicionales, determinar las mayores cantidades de obra y el plazo adicional que requería para la construcción bajo las condiciones que le imponían el nuevo proyecto; situaciones que obedecen a la falta de planeación de la entidad pública contratante.

Para el Consejo de Estado la falta de planeación por parte de las entidades públicas incide tanto en la etapa de formación del contrato pero también en su etapa de ejecución, obviedades que genera ineficacia a la hora de cumplir con el objeto del contrato.

Es obligación de la administración hacer provisiones presupuestales que pueda llegar a demandar un contrato, todo con el objeto de asegurar la efectividad de pagos y reconocimientos al contratista, requisito que tampoco cumple la administración municipal de Tumaco pues fue indiferente a los problemas manifestados por el contratado y que exigían una adición de obras al contrato estatal.

Ahora bien el contratista sí estuvo atento a acatar las órdenes de la administración presentando los estudios de las nuevas obras adicionales, hizo sugerencias para mejorar el objeto del contrato de obra, dio inicio a la ejecución del contrato en el tiempo establecido e inclusive con recursos propios ejecutó las obras adicionales que fueron autorizadas para el interventor y FINDETER.

La administración desconoció la ejecución de las obras adicionales que fueron esenciales para la ejecución del contrato vulnerando de esta manera el principio de buena fe que debe regir en todo proceso de ejecución contractual.

Se considera por parte del honorable Consejo de Estado que el hecho de menoscabo al patrimonio del contratista se causó por la negligencia e improvisación a la hora de planear la celebración de ejecución del contrato por parte de la Administración municipal.

Las omisiones de parte de la entidad contratante configuran una conducta antijurídica que viola el principio de planeación y que genera graves perjuicios al contratista que actúa de buena fe.

El Consejo de Estado indica que la falta de formalización o legalización, mediante contrato escrito de las obras adicionales, por causas imputables exclusivamente a la Administración no deben burlar los principios de buena fe y equivalencia de las prestaciones mutuas, ni tampoco propiciar el detrimento patrimonial del contratista cuando sus conductas siempre buscó el cumplimiento de los fines del Estado, para entregar una obra completamente terminada y a satisfacción de la entidad contratante.

La regla de formalización y legalización del contrato no es absoluta cada caso particular debe ser analizado en su contexto para establecer las consecuencias que esta falta de formalizaciones causan a los contratistas de buena fe.

Dice el Consejo de Estado en el caso concreto las obras adicionales al hacer parte del contrato y haciendo un análisis previo se observa que dichas adiciones fueron esenciales para cumplir con el objeto del contrato, sin las obras extras era imposible cumplir con la ejecución de la obra contratada.

El alto Tribunal estima que en los términos pactados el contrato de obra no se podía ejecutar por eso era necesario realizar las obras adicionales autorizadas con posterioridad a su celebración por ser connaturales a ella e incluso indispensables técnicamente para la realización de la obra contratada, lo cual impediría el cumplimiento de los fines buscados con la contratación.

En este orden de ideas el Consejo de Estado establece que la ausencia de formalidad del contrato escrito no es pretexto para que la administración no pague las obras adicionales

cuando además se estableció que esas obras eran connaturales a la obra principal, desconocimiento que afectó injustamente el patrimonio del contratista.

Con base en lo anterior es dable resarcir los perjuicios ocasionados al contratista y la entidad contratante tiene la obligación de reconocer la totalidad de los gastos que ocasionaron la ejecución del contrato junto con sus obras adicionales por lo que también deberá pagar los intereses de mora por la no liquidación adecuada del contrato y su pago oportuno.

Reglas dogmáticas. Para desarrollar su pronunciamiento la Sala examina en primera instancia el Régimen Jurídico que gobernó el contrato teniendo en cuenta la fecha de celebración del mismo que para el estudio se basa en el Decreto Ley 222 de 1983.

Se estima que cuando la materia sobre la cual versa la controversia se centra en la legalidad de un acto administrativo, dicho control es de competencia exclusiva de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los principios de planeación, economía y transparencia que, entre otros, orientan la contratación estatal, tienen como finalidad asegurar que todas las actuaciones adelantadas por la Administración durante la actividad contractual se cumplan con eficiencia y eficacia; que los procedimientos de selección sean ágiles, agotando los trámites estrictamente necesarios; que todo proyecto esté precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos requeridos para la viabilidad económica y técnica de la obra; que en la ejecución del contrato se optimicen los recursos y se eviten situaciones dilatorias que ocasionen perjuicios a una de las partes contratantes.

De conformidad con el artículo 84 del Decreto-ley 222 de 1983, norma que, como ya se dijo, se encontraba vigente en el momento en que el Municipio de Tumaco adelantó el procedimiento de la licitación Pública que culminó con el contrato que ha sido sometido a

conocimiento de la Sala, resultaba indispensable que, previamente a adelantarse la licitación o celebrarse el contrato, se contará con los estudios y planos definitivos; la norma es del siguiente tenor literal.

Falla:

Primero: *Revócase el numeral segundo de la sentencia del 30 de junio de 1998 dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño y en su lugar se dispone:*

Declárase la nulidad de la Resolución No. 254 de 17 de mayo de 1996, dictada por la Alcaldía del Municipio de Tumaco (Nariño), mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato de obra No. 04 de 1994.

Declárase que el Municipio de Tumaco (Nariño) incumplió las obligaciones surgidas del contrato de obra pública No. 04 celebrado el 22 de marzo de 1994, con el señor MARIO EDUARDO ROSASCO ESTUPIÑÁN cuyo objeto consistía en la construcción de un tanque de almacenamiento de agua, semienterrado en la planta de tratamiento de Bucheli en el Municipio de Tumaco (Nariño).

Segundo: *Como consecuencia de las declaraciones anteriores, CONDÉNASE al Municipio de Tumaco (Nariño) al pago de la suma de doscientos cincuenta y dos millones setecientos ochenta y tres mil cuatrocientos sesenta y siete pesos M/CTE (\$252'783.467), por concepto de intereses moratorios civiles, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*

Tercero: *La anterior suma de dinero causará intereses comerciales moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia. (Artículo 84 del Decreto-ley 222 de 1983)*

Modelo de ficha de análisis de sentencia

3

Tipo de proceso: Acción Contractual

Número de sentencia: 25-000-23-26-000-1992-07929-01 (16.103)

Fecha de la sentencia: 25 de febrero de 2009

Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez

Actor: Augusto Moreno

Hechos objeto del pronunciamiento: El señor AUGUSTO MORENO MURCIA en ejercicio de la acción contractual, interpuso demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en contra del DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ, según escrito radicado el 15 de mayo de 1992.

Los fundamentos fácticos de la demanda se resumen a continuación:

El demandante expone que el 7 de julio de 1989 la secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Bogotá que abrió la licitación No. 14 de 1989 con el fin de contratar las obras necesarias para la pavimentación de la calle 131a entre las carreras 91 a 98 del barrio La Esperanza en el cual se estipulo el siguiente objeto.

"El CONTRATISTA se compromete para con EL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA- SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS, a ejecutar a precios unitarios la propuesta de la Licitación Pública No. 14 de 1989 para ejecutar las obras necesarias para la pavimentación de la calle 131A por Carreras 91 a 98 Barrio la Esperanza (Suba), por el sistema de precios unitarios de acuerdo con los ítems, planos y especificaciones indicados en el pliego de condiciones de la Licitación, conforme su oferta y en la forma aceptada por el DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA- SECRETARIA DE OBRAS PÚBLICAS “

Agrega que la totalidad del valor del contrato se pagaría por partes: primero como anticipo cuando éste se haya perfeccionado y el resto se pagaría mediante cuentas parciales de cobro contenidas en acto de recibos de cobro.

El plazo de dicho contrato es de 90 días hábiles, contados a partir del día siguiente a su perfeccionamiento del recibo del anticipo y de la suscripción del acta de iniciación por el

contratista, el interventor, el jefe de la división de interventoría y el secretario de obras públicas.

Precisa que después de cancelado el anticipo y luego de siete meses de presentada la propuesta fue una demora que le causó considerables pérdidas económicas pues los costos del contrato sufrieron un aumento durante el periodo de su ejecución.

Indica que la ejecución del contrato se ejecutó por falta de red de alcantarillado de aguas lluvias y falta de estudios topográficos tareas que le correspondían a la administración distrital aunado a esto la había presentado un alto tráfico lo cual impedía la correcta ejecución del contrato.

El actor afirma que mediante escrito advirtió al distrito sobre los problemas anteriormente expuestos. Informa que ante los imprevistos surgidos se celebró un contrato adicional bajo la modalidad de precios unitarios fijos con el fin de ejecutar obras adicionales necesarias para el cumplimiento del objeto contractual. Expone el contratista que este contrato nunca se perfeccionó y menos se ejecutó pues la entidad nunca aprobó los documentos debidamente aportados pese a lo anterior el contratista cumplió el contrato y el distrito recibió satisfacción la obra realizada.

Para este caso la Secretaría de Obras Públicas negó la solicitud de reajuste de los precios del contrato.

No obstante el contratista señala que fue él quien solicitó la suspensión del contrato mas no su prórroga, el distrito tenía la responsabilidad de resolver los problemas sobrevinientes al momento de ejecutar la obra principal, problemas que se hubieran evitado si La Secretaría hubiera respetado los principios de coordinación y de planeación desde un inicio.

Decisiones

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia - en el presente asunto- el 17 de septiembre de 1998, a través de la cual denegó las pretensiones de la demanda. Las situaciones generadoras de desequilibrio contractual alegadas por el demandante, dijo que estas no fueron probadas, que el contratista expuso la existencia de perjuicios por la mayor permanencia en la obra a causa de las suspensiones y que esta situación no pasó de ser una mera afirmación. En relación con los sobrecostos por cambio de especificaciones agregó que tampoco fueron probados en el proceso y que pese a la solicitud de reajuste, no fue precisado en ninguna oportunidad dicho cambio; mencionó el Tribunal que en lo que concierne a los perjuicios causados por la falta de realización de las obras de acueducto y alcantarillado en la zona, la única prueba que hizo relación a este hecho fue de naturaleza testimonial y que la misma "carece de la precisión necesaria, y tal ausencia incide en que al valorarla, no imprima en el sentenciador fuerza de convicción."

En cuanto al contrato adicional mencionó que el contratista "Le expresó a la administración el día 6 de febrero de 1991, entre otros, que anulara la adición. Esta manifestación clara, e incontrovertible del demandante, pudo ser la causa de la falta de perfeccionamiento de tal contrato, y que esta expresión de voluntad merece una interpretación de su propio contenido, lo cual impediría entrar en contradicción con lo afirmado por el demandante.

Razón de la decisión.

En este caso se pregunta ¿La decisión tomada por el Tribunal Ad-quo es conforme a derecho teniendo en cuenta que no valoró la inasistencia de audiencia de consolidación de la entidad administrativa como indicio grave de responsabilidad y la falta de valoración correcta

de las pruebas pericial, testimonial y la prueba declarada de oficio lo que derivó en una decisión que exonera de responsabilidad al Distrito respecto a las pérdidas generadas al contratista por los sobrecostos que se produjeron en la ejecución del contrato objeto de esta sentencia?

El Consejo de Estado indica que con base en la expedición de Ley 446 del 98 quedó clara no solo la diferencia de la audiencia de conciliación en el proceso contencioso administrativo con la prevista en el artículo 101 del código de procedimiento civil dejando claro también que la única sanción a imponer en caso de inasistencia a la audiencia de conciliación es la multa.

Para el Consejo de Estado la prolongación del contrato en el tiempo se originó con base en conductas imputables a la entidad demandada pues ésta abrió la licitación que dio origen al contrato sin realizar los estudios adecuados para cumplir con eficacia el objeto del contrato.

El alto Tribunal estima que se prueba claramente que las razones con las que se fundaron las suspensiones del contrato principal son imputables a la entidad demandada pues ella tenía la responsabilidad de conocer en detalle el terreno sobre el cual se realizaría la vía, además de estimar las cantidades de obras adicionales que fueran necesarias para cumplir con el objeto del contrato.

Conforme a lo anterior se acredita una falta de planeación en la cual incurrió el Distrito violando de manera flagrante uno de los principios pilares de la contratación estatal como lo es el de planeación, lo que determina la responsabilidad patrimonial de la administración pues ha causado un daño al contratista; aunado a esto no se prueba que se pueda imputar algún

tipo de responsabilidad al contratista en lo correspondiente al desfase presupuestal y la extensión en el plazo de cumplimiento al contrato.

Respecto de la adición de obra al contrato principal se observa que hubo un incumplimiento de la entidad en el perfeccionamiento de dicho contrato, pero también se prueba que el contratista tuvo la voluntad de no ejecutar el contrato como en efecto procedió lo que lo imposibilita para que reclame pago de indemnización; se prueba además que la adición al contrato nunca se perfeccionó ni se ejecutó. Bajo este contexto, resulta claro que aunque en el caso concreto se encuentra demostrado que la mayor extensión del plazo contractual ocurrió por las prórrogas de que fue objeto el contrato de obra pública y que, además, se encuentra probado que las mismas fueron imputables al incumplimiento de la entidad pública contratante, circunstancias que determinarían, en principio, la viabilidad de efectuar el reconocimiento de perjuicios a favor del contratista, quien por causas ajenas a su voluntad se vio obligado a permanecer en la obra por mayor tiempo del previsto en el contrato original, ocurre, que tal evidencia no resulta suficiente para proceder al reconocimiento de los perjuicios que dice haber sufrido, puesto que se requiere que el demandante demuestre que sufrió efectivamente los perjuicios que aluden los hechos y pretensiones de su demanda.

Respecto a dictamen pericial no puede deducirse que realmente el contratista haya incurrido en mayores costos originados en el empleo de maquinaria y mano de obra durante la extensión del plazo contractual esta prueba no ofrece la certeza para acreditar que el demandante fue afectado patrimonialmente como consecuencia de las continuas prórrogas del contrato.

No obstante el Consejo de Estado afirma que la sola extensión del plazo de manera significativa genera perjuicios al contratista.

Este honorable Tribunal no accede a la pretensión de conceder indemnización al contratista por el valor de la utilidades esperadas del contrato adicional pues solo se probó que existía una mera expectativa de utilidad habida cuenta que este contrato no se ejecutó ni se perfeccionó agregando además que el contratista decidió no ejecutarlo.

Doctrina general: Se estudia el régimen aplicable al contrato de obra que se celebró el 18 de Octubre de 1989, indicándose que se encontraba vigente las disposiciones del Decreto-ley 222 de 1983, cuyos artículos 81 a 106 regularon lo pertinente al contrato de obra pública aclarando que dicho contrato también estaba regido por el Código Fiscal del Distrito Capital de Bogotá.

Define el principio de planeación estableciendo que constituye una fase previa y preparatoria del contrato, importante principio que incorpora una medida de control del presupuesto dado que implica que todo proyecto de contrato antes de celebrarse debe estar precedido de un conjunto de estudios previos que tienen como fin determinar la viabilidad de la ejecución del objeto de contrato y que esta satisfaga las necesidades públicas.

Las entidades estatales deben respetar y cumplir el principio de planeación, pues su práctica es esencial antes de adjudicar un contrato en especial. Este principio implica lo siguiente:

1. La verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato.
2. 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.
3. Las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, cuya contratación,

adquisición o disposición se haya determinado necesaria, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos y análisis técnicos.

4. Los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de los contratos, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras y servicios que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto.

5. La disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato.

6. La existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores y constructores profesionales que estén en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante.

7. Los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.

El principio de planeación ocupa la atención del Decreto Ley 222 de 1983 cuando se refiere a los procedimientos aplicables a la selección de los contratistas en relación con la cuantía del contrato y especialmente el artículo 84 pregona de manera expresa que se debe obedecer el principio de planeación especialmente en los contratos de obra pública, cuando se ordena la elaboración de los planos, proyectos, presupuestos y demás aspectos necesarios para la identificación del contrato a celebrar.

Responsabilidad de la entidad contratante al momento de contratar.

Es principio guía de la contratación estatal también es considerado y fortalecido por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. En cuanto a la responsabilidad contractual de las entidades públicas, indica que las entidades públicas están obligadas a indemnizar a sus contratistas por los daños antijurídicos que les sean causados con ocasión de los contratos celebrados con las mismas entidades.

El contratista tiene derecho a recibir la prestación no satisfecha por la administración, la cual se sustituye por una indemnización que equivalen a la situación patrimonial que tendría si se hubiese cumplido con el contrato, se incluye también el derecho a recibir resarcimiento por los daños directos ocasionados por la entidad estatal. La responsabilidad de la Entidad estatal al momento de celebrar contratos está fundada sobre el principio de buena fe.

El incumplimiento de parte de la entidad estatal se convierte en una conducta antijurídica, pues se pasa por alto interés del contratista, daño que el contratista no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Los siguientes son los principales elementos de la responsabilidad contractual de la Administración Pública:

1. El incumplimiento de una obligación surgida del contrato, imputable a la Administración Pública.
2. El daño antijurídico sufrido por el contratista o el menoscabo de su derecho a la prestación.
3. El nexo causal entre el daño antijurídico sufrido por el contratista y el incumplimiento de la obligación imputable a la Administración Pública.

Se precisa que para que se establezca un incumplimiento que comprometa la responsabilidad de la administración pública, dicho daño causado al contratista debe haberse ocasionado por hechos y omisiones que le sean endilgados e imputados a la administración estatal.

No obstante el contratista insatisfecho debe probar el daño, debe existir un nexo causal entre el incumplimiento de la entidad contratante y el daño ocasionado al contratista.

El Consejo de Estado define el daño contractual como la lesión del derecho de crédito derivado de un comportamiento inadecuado de la entidad estatal que va en contravía del programa de la prestación, por lo que ese daño encuadra dentro de lo establecido en el derecho común específicamente en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil. Es por eso que cuando la administración Pública incumple con sus deberes es negligente en cumplirlos se hace responsable de los perjuicios que causa al contratista que actuó de buena fe, por lo que el lesionado tiene derecho a que se le indemnice tanto por lucro cesante como daño emergente que abarcaría la totalidad de los daños derivados de la negligencia de la entidad estatal.

FALLA: Revocar la Sentencia proferida el 17 de septiembre de 1998 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y, en su lugar, se dispone:

- 1) Declarar el incumplimiento del contrato número 363 de 1989 por parte del Distrito Capital de Bogotá.
- 2) Condenar al Distrito Capital de Bogotá pagar, a favor de Augusto Moreno Murcia, en los términos analizados en la parte motiva, la suma de VEINTICUATRO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS CON OCHO CENTAVOS (24' 762.497.08), de conformidad con los cálculos realizados en la parte motiva de esta providencia.

TIPO DE PROCESO ACCIÓN CONTRACTUAL

NÚMERO DE SENTENCIA: 15001233100019880843101- 8031

FECHA DE LA SENTENCIA: 5 DE JUNIO DE 2008

MAGISTRADO PONENTE: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ACTOR: CONSTRUCTORES LIMITADA

DEMANDADO: FONDO VIAL NACIONAL FONDO VIAL NACIONAL

Hechos objeto del pronunciamiento:

En ejercicio de la acción contractual, la sociedad Constructores LTDA, por intermedio de apoderado judicial, formula demanda contra el FONDO VIAL NACIONAL ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, declarando que la entidad demanda incumplió g No 601 de 1984, por lo cual debe indemnizar a la parte actora por los perjuicios ocasionados, sus pretensiones encuentran respaldo en los siguientes

Hechos:

Previo el procedimiento de la licitación pública entre el Fondo Vial Nacional y la sociedad Constructores Limitada, se celebró el Contrato de Obra Pública N° 601 de 1984, cuyo objeto era la pavimentación de algunas calles de la ciudad de Chiquinquirá y, la construcción y pavimentación del sector Chiquinquirá-Curubitos de la carretera Chiquinquirá –Otanche, con base en los planos y especificaciones suministradas por el Fondo Vial Nacional, contrato que se perfeccionó el 19 de febrero de 1985, pactándose un plazo de 12 meses.

La firma contratista encontró dificultades para iniciar la ejecución de las obras, debido al incumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad contratante, las deficiencias y los

errores de orden técnico en los señalamientos del pliego de condiciones; demoró en la designación de la interventoría, lo que impidió que se iniciara a tiempo las obras e incumplió con el señalamiento de las fuentes de materiales idóneas para la construcción de sub-base de la carretera.

Debido a la negligencia de la entidad contratante, fue imposible para el contratista ejecutar el contrato dentro del plazo establecido, por lo que al vencimiento del plazo el avance de la obra era mínimo, manifestando el demandante en conclusión, que el Fondo Nacional Vial impidió la ejecución de la obra.

Decisiones:

El Tribunal Administrativo de Boyacá, declaró la caducidad de la acción y, en consecuencia, se pronunció de fondo sobre el asunto.

Razón de la decisión:

A pesar de los contratiempos y los problemas sobrevinientes a la obra que no fueron planificados, se encontró una alternativa de solución entre las partes, que facilitaría la continuación del objeto del contrato, alternativas acordes con los fines de la contratación que no son otros que la satisfacción del interés público y el servicio a la comunidad; a pesar de esto, surgieron nuevos inconvenientes para los cuales no mediaron entre las partes un sentido de solidaridad o colaboración recíproca, lo que produjo un atraso considerable, hecho que serviría de fundamento para la imposición de multas para el contratista.

Con base en lo anterior y el acervo probatorio se pregunta el Consejo de Estado ¿Si cada uno de los incumplimientos que a la Administración se endilgan en la demanda tuvieron ocurrencia, o no, con el fin de establecer si ellos en realidad se constituyeron en la causa

determinante de la inejecución de la obra dentro del plazo de 12 meses pactados en el contrato o si, por el contrario, existieron otras circunstancias adicionales, atribuibles a la conducta del contratista o a factores externos, que hubieren conducido, de manera inevitable, al incumplimiento del objeto contractual.?

Indica el Consejo de Estado que el pliego de condiciones tiene una doble connotación, cuando está en la etapa precontractual y hasta producirse la adjudicación del contrato, se cataloga como un acto administrativo general, sin embargo, cuando se adjudica el contrato y celebrado el mismo, el pliego de condiciones que contiene se convierten en estipulaciones o cláusulas contractuales que rigen la ejecución del contrato.

Los aspectos del pliego de condiciones que permanecen en el tiempo son las exigencias técnicas de los bienes o servicios que se pretende adquirir, las estipulaciones sobre la garantía del contrato, los intereses a pagar en caso de mora, las condiciones de pago, la entrega del anticipo, la forma como se debe ejecutar el contrato, estos aspectos se integran como clausulado del contrato que tiene efectos entre las partes, el pliego de condiciones es la ley del contrato, toda vez que a él se acude en adelante para resolver conflictos sobre su contenido e interpretación.

La ley otorga un amplio margen de libertad a la administración para que establezca el contenido el pliego de condiciones, dichos preceptos consagran una facultad que habrá de concretarse en el señalamiento de las reglas, los procedimientos, las exigencias y los criterios, objetivos y razonables, con base en los cuales habrá de adelantarse el respectivo procedimiento administrativo de selección del contratista.

Indica el Consejo de Estado que la configuración de pliegos de condiciones constituye la discrecionalidad administrativa de la Entidad Estatal. La discrecionalidad surge como

autorización que se confiere a la Administración para que encuentre una solución para los problemas sobrevinientes que lleguen afectar el objeto de la obra con el fin de satisfacer el interés público.

En este orden de ideas la administración tiene la obligación de fijar las reglas que están presentes al momento de elegir cada proceso de selección.

La Sala encuentra que ha sido desvirtuado el incumplimiento que la parte actora atribuye al Fondo Vial Nacional en cuanto se refiere a la obligación de esta entidad consistente en designar oportunamente la interventoría del proyecto, y, como consecuencia de ello, resulta imposible que esta fuera una de las causas que hubieren dado lugar a la no terminación de las obras dentro del plazo previsto y al escaso avance que las mismas tuvieron.

Para el Consejo de Estado, el contratista deja vencer todos los plazos de las reprogramaciones que la entidad Estatal le concedió para la ejecución de la obra, situaciones de incumplimiento que el mismo contratista produjo, no se prueba que el demandante haya realizado alguna acción encaminada a colaborar con la administración para cumplir con el objeto del contrato, todo su comportamiento está encaminado a dilatar la ejecución del contrato, hecho que van en contravía de los principios de buena fe y de lealtad que deben regir y dirigir la relación contractual.

Reglas dogmáticas

El plazo en la ejecución de los contratos estatales

Resulta pertinente, en aras de clarificar el asunto materia de controversia, llevar a cabo algunas precisiones en torno a la trascendencia y particularidades del plazo como elemento del

contrato, especialmente tratándose de aquellos convenios en los cuales, por ser el Estado una de las partes, se impone entender que la satisfacción del interés público constituye el propósito cuya prosecución ha de perseguirse mediante la ejecución del contenido del negocio jurídico, de suerte que cuando el referido plazo expira sin que el objeto contractual se haya cumplido, deviene forzoso dilucidar cuales han de ser las consecuencias que de tal situación deben derivarse para el contratista moroso.

El plazo en el ámbito de la contratación pública adquiere especial relevancia si se tiene en cuenta que su determinación y cumplimiento obedece a razones de interés público y a la satisfacción de las necesidades de la comunidad, destinataria directa de la construcción de la obra, de la prestación del servicio o del suministro de los bienes objeto del contrato, tal la razón por la cual los contratos del Estado han sido considerados como “negocios jurídicos a plazo fijo”

Tratándose de aquellos contratos cuya celebración ha venido precedida de un proceso de selección, el desconocimiento o violación del plazo contractual podría dar lugar a la ruptura de las condiciones que impone la operatividad del principio de igualdad como orientador de la función pública en general y de la actividad contractual, en particular, ello sin perjuicio de considerar las circunstancias especiales o particulares que en determinados casos concretos justifiquen la modificación o ampliación del plazo convenido para la ejecución del contrato.

En los contratos es posible pactar no solo el plazo para la ejecución total de su objeto, es decir, aquel dentro del cual debe entregarse la obra completamente terminada o la totalidad de los bienes objeto del suministro o compraventa o los estudios encomendados, sino que también pueden establecerse dentro de la ejecución misma del contrato, otros plazos con el fin

de dar cumplimiento a determinadas obligaciones, plazos que podrían denominarse parciales y cuya observancia resulta igualmente imperativa para cada una de las partes comprometidas.

En este orden de ideas, nada justifica que un contratista moroso como el del caso concreto que aquí se estudia, además de incurrir en el incumplimiento de sus obligaciones frente a la Administración, al dejar vencer todos los plazos de las reprogramaciones que el ente público le concedió para la ejecución de la obra, pretenda eximirse de sus responsabilidades inculcando a la entidad contratante de la situación de incumplimiento que el mismo generó, cuando en su conducta no se advierte acción alguna encaminada a colaborar con la Administración para cumplir con sus obligaciones y, muy por el contrario, su comportamiento evidencia una conducta encaminada a dilatar la ejecución del contrato, a encarecer los costos y a obtener la prórroga injustificada del plazo definitivo del contrato, lo cual no consulta los principios de buena fe y de lealtad por los cuales se encuentran vinculadas las partes en la relación contractual.

Los límites de la facultad administrativa de configuración de los pliegos de condiciones.

-Si es posible formular algún reparo al proceder de la entidad contratante, cuando se alega el presunto incumplimiento por parte del Fondo Vial Nacional de su obligación consistente en señalar, acertada y oportunamente cuales habrán de ser las fuentes para la obtención de materiales necesarios para la construcción de la base, sub-base y pavimento de la carretera.

Al ocuparse de los límites, manifiesta que estos no pueden ser trasgredidos por la Administración al confeccionar los pliegos de condiciones, el primer elemento al cual deba hacerse alusión es el que corresponde a los mencionados elementos reglados siempre existentes en toda decisión de la Administración que participa de la naturaleza de acto administrativo y los pliegos de condiciones lo hacen, si bien la estirpe de los mismos, según se

explicó, es mixta, mientras que el segundo elemento o limite en cuestión está integrado por el plexo de la función administrativa, aplicables a toda la actividad contractual del Estado por virtud de lo normado con carácter general, por los artículos 1,2,y 209 de la Constitución Política, así como el artículo 3 del código Contencioso Administrativo y, con carácter particular, por el artículo 23 de la ley 80 de 1993.

Falla

REVOCAR el numeral 2 de la sentencia dictada el 19 de octubre por el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante la cual se declaró la caducidad de la acción.

DECLARAR no probada la objeción por error formulada grave contra el dictamen pericial emitido el 8 de agosto de 2005

DENEGÓ las pretensiones de la demanda

CONFIRMO el numeral primero de la sentencia de primera instancia.”

ANÁLISIS DE SENTENCIA - 5

TIPO DE PROCESO CONTROVERSIA CONTRACTUAL

250002331000 1993 9448 01 (16.432) 250002331000 1993 9448 01 (16.432)

FECHA DE LA SENTENCIA: 14 de abril de 2010

MAGISTRADO PONENTE: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ACTOR: SOCIEDAD BIG COMPANY SERVICES LTDA. "B.C.S"

DEMANDADO: FONDO VIAL NACIONAL -NACIÓN – MINISTERIO DE
JUSTICIA

Temas: El pliego de condiciones en la licitación pública su desconocimiento viola el principio de planeación, La declaración desierta de una licitación debe estar enmarcada dentro de la Ley y debe estar debidamente motivada.

Hechos objeto del pronunciamiento:

La sociedad BIG COMPANY SERVICES LTDA. B.C.S. el 2 de diciembre de 1993, presenta demanda de controversia contractual solicitando lo siguiente:

Que se declare nula por inconstitucional e ilegal la Resolución No. 1915 de 3 de agosto de 1993, dictada por el señor Ministro de Justicia, por la cual se declaran desiertas unas licitaciones públicas.

Su pretensión está fundamentada en los siguientes hechos:

La sociedad BIG COMPANY SERVICES LTDA. B.C.S., en desarrollo de su objeto social, presentó propuestas para las Licitaciones Nos. 10, 12, 14, 15, 16, 17, 24, 25 y 26.

El Ministerio de Justicia creó un Comité de Evaluación con el fin de analizar las distintas propuestas presentadas, en consideración a criterios de calificación diferentes al valor

económico de las propuestas, porque este fue predeterminado en los pliegos de condiciones para cada una de las licitaciones: calidad de alimentos, solvencia económica, cumplimiento de contratos, organización administrativa, experiencia, propuesta total, maquinaria y equipo.

El Ministerio determinó que la propuesta presentada por BIG COMPAÑY SERVICES LTDA B.C.S, fue la mejor, por lo que se procede a celebrar los correspondientes contratos, no obstante, el Ministerio decide declarar desiertas las licitaciones públicas en las que estaba involucrado el demandante, hecho que causa perjuicios a la entidad contratista.

DECISIONES:

El Tribunal de primera instancia niega las pretensiones del demandante, con base en lo siguiente:

No se integró correctamente el contradictorio, la demandante carece de interés y de legitimación en la causa para formular pretensiones respecto de las licitaciones públicas Nos. 08, 09, 11, 13, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 27 y 28.

La parte demandante no expresó ni sustentó en debida forma la infracción de las normas que invocó del Código Civil, de la Ley 153 de 1887, del Código de Comercio, del Decreto 222 de 1993 y de la Constitución.

Los motivos para declarar desierta las licitaciones están debidamente fundamentados.

No se probó los perjuicios ocasionados.

RATIO DECIDENDI.

Se pregunta el Consejo de Estado si el acto administrativo que declara nulas las licitaciones en la que está involucrado la parte demandante están debidamente motivadas, teniendo en cuenta que no se pueden establecer decisiones arbitrarias y que siempre deben

existir elementos de juicio suficientes para determinar que existen razones de peso para que se declare desierta una licitación y que esa decisiones favorece el interés general.

En consecuencia, se determina por parte del Consejo de Estado que la resolución contentiva de los actos acusados no está debidamente motivada.

La entidad demandada no probó durante el proceso las razones invocadas en contra del acto administrativo demandado, lo que permite establecer que dicha actuación administrativa está viciada de ilegalidad, porque los motivos esgrimidos en el acto no coinciden con presupuesto fáctico de la aludida causal.

Se precisa que el artículo 42 del Decreto 222 de 1983, como causal para declarar desierta la licitación, demanda que el acto administrativo que lo haga esté debidamente motivado. Una simple descripción de argumentos esgrimidos por una persona externa a la entidad contratante y, que posiblemente tendría nexos con la ejecución del contrato, no es una razón válida para determinar que el acto administrativo se motivó debidamente.

Era una obligación de la entidad demanda verificar si los motivos expuestos por el Director de Prisiones resultaba en realidad peligroso para la seguridad carcelaria, cosa que el Ministerio no confirma.

También se considera por parte del Consejo de Estado, que los actos administrativos acusados, contenidos en la Resolución N°1915 del 3 de agosto de 1993, también resultan ilegales porque desatendieron los criterios objetivos de selección del contratista dispuestos en la ley y en el respectivo pliego de condiciones.

La entidad demanda falla, por cuanto si bien exige pruebas que acrediten idoneidad de las personas que habrían de ingresar a las cárceles como requisito de ejecución de los

contratos, sin que dichas condiciones fueran establecidas en el respectivo pliego, lo que viola el proceso precontractual y por ende la Ley.

La carga de la información precontractual es esencial para dar vía libre a la adjudicación del contrato, ya que la misma debe hacerse conforme a la Ley, pues lo que se persigue es que la oferta seleccionada y su respectivo proponente sean los mejores en aras de asegurar el cabal cumplimiento del contrato.

Expone el Honorable Consejo que, el momento idóneo para exigir los requisitos establecidos en la etapa precontractual, que para el caso en concreto, es la licitación pública. En esta instancia cada uno de los proponentes debe allegar la información y documentación respecto de los requisitos subjetivos demandados en el pliego, en concordancia, con el principio de Planeación.

En este orden de ideas indica el Consejo de Estado lo siguiente:

“Sólo en la medida en que dicha información hubiere sido requerida en los pliegos le podría ser exigible a los proponentes y, en caso de su incumplimiento, determinar consecuencias negativas en la calificación de sus propuestas, pues de lo contrario se desconocen los deberes de transparencia, lealtad y rectitud que impone el principio de la buena fe.”

Precisa el Consejo de Estado abiertamente y de manera clara que ni el Decreto Ley 222 de 1983 ni la Ley 80 de 1993, autorizan o dan vía libre a las entidades estatales para que declaren desierta una licitación, cuando el impedimento para seleccionar al contratista es producto de la vulneración del principio de Planeación.

Con base en lo anterior enseña el Honorable Tribunal que en virtud del principio de planeación, debió evaluar y definir la inclusión en el pliego de condiciones las exigencias dadas por el Director de Prisiones, por lo que se debió adelantar, los estudios de conveniencia, pertinencia y oportunidad correspondientes antes de la apertura del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual.

Respecto de los perjuicios aludidos por el demandante se determina que el dictamen pericial que busca probar dicha pretensión es insuficiente, contradictorio, inconsistentes, y no prueba los daños alegados.

Reglas Dogmáticas.

La selección del contratista:

Esta selección está sometida a los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, por lo que surge la obligación de someter a todos los oferentes y sus propuestas a las mismas reglas del pliego de condiciones.

"Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato.

Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato." Sentencia proferida el 19 de julio de 2001, expediente 12037.

Se indica que para que se proceda con la nulidad de un acto administrativo por medio del cual se priva a una persona del derecho de ser adjudicado de manera injusta, se debe demostrar:

1. Que el acto por medio del cual se le negó el presunto derecho es contrario al ordenamiento que rige la selección del contratista.
- 2 Que el actor haya hecho la mejor propuesta.

El pliego de condiciones en la licitación pública.

La Entidad Estatal debe someter sus actuaciones y decisiones a lo dispuesto en la Ley y el correspondiente pliego de condiciones, pues dicha entidad y los proponentes se encuentran subordinados en igualdad de condiciones a esas disposiciones.

La Entidad Estatal no puede modificar los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, pues esto es violatorio de los principios del procedimiento de contratación.

Solo se puede cambiar aspectos puntuales del pliego de condiciones si los cambios son razonados, objetivos y se comunican a todos los interesados, y los mismos se producen antes del cierre de la licitación.

La declaratoria de desierta de la licitación pública.

Pueden existir actos, hechos que impidan la selección objetiva, pero no todos los hechos o circunstancias que son limitantes conducen a la declaratoria desierta de una licitación, toda vez que resulta que las causales para declarar desierta una licitación estén dentro de lo establecido por la Ley.

Lo anterior indica que a las entidades Estatales no tiene competencia legal para declarar desierta una licitación con el fin de corregir un error, por lo que si los argumentos de

la entidad estatal para dar por terminado una licitación no está enmarcados dentro de la Ley tiene que adjudicar el contrato.

La inconveniencia como causal para declarar desierta la licitación

El acto por medio del cual se adopte este criterio debe estar motivado y debe atender la finalidad de la gestión administrativa.

Se precisa que la inconveniencia para adjudicar un contrato se debe predicar de las propuestas pero no de la adjudicación, así lo establece el numeral 5, artículo 42 del Decreto - ley 222 de 1983, según el cual la declaratoria de desierta de la licitación o del concurso de méritos procede cuando a juicio de la entidad "las diferentes propuestas se consideren inconvenientes."

FALLA

1. CONFÍRMANSE los numerales Primero, Segundo y Cuarto de la sentencia apelada proferida el 5 de febrero de 1998 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2. REVÓCASE el numeral Tercero de la sentencia apelada proferida el 5 de febrero de 1998 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; en su lugar se dispone:

Tercero 1. Declárase la nulidad parcial de la Resolución N°1915 proferida el 3 de agosto de 1993 por la Nación, Ministerio de Justicia, en cuanto decidió declarar desiertas las licitaciones 10, 15, 16, 17, 24 y 25 de 1993 en las cuales participó la Sociedad demandante.

Tercero 2. Niégase el restablecimiento del derecho pretendido por la Sociedad actora, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.”

ANÁLISIS DE SENTENCIA 6

TIPO DE PROCESO CONTROVERSIA CONTRACTUAL

RADICADO 25000-23-26-000-1995-0867-01(17767)

FECHA DE LA SENTENCIA: 31 de enero de 2011

MAGISTRADO PONENTE: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

ACTOR: CARLOS EDGAR MORENO RINCON

DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

Hechos objeto del pronunciamiento:

El 2 de noviembre de 1999, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de controversias contractuales (art. 87 del C.C.A., modificada por el art. 17 del Decreto 2304 de 1989) el señor José Eduardo Cepeda Varón, formuló demanda contra el Municipio de Arauca, alegando que ese ente territorial incumplió los contratos de obra que le fueron adjudicados.

Hechos

Entre el departamento de Cundinamarca, la Secretaria de Hacienda y el Contratista se celebraron los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 suscritos el 26 de noviembre, 19 de diciembre y 26 de noviembre respectivamente, para obras de remodelación en el edificio Nemqueteba en la ciudad de Bogotá. El primer contrato tuvo por objeto las obras civiles de la remodelación, el segundo las obras eléctricas y el tercero la construcción, ensamble e instalación de paneles, en la misma obra. Los tres contratos debían ejecutarse de manera coordinada por ser partes de un todo.

A pesar de que el contratista comenzó con la ejecución del contrato no pudo terminarla, pues la entidad contratante incumplió de la siguiente manera:

Se designó interventor para el primer contrato, a pesar del requerimiento hecho.

No se definieron los precios unitarios de las obras complementarias y extras necesarias para la ejecución del contrato.

No se aprobaron los planos entregados por el contratista, entre otros incumplimientos que no permitieron continuar con la ejecución del contrato.

La entidad demandada propone al contratista que suspenda el contrato, mientras tomaba una determinación con respecto a la continuidad de las obras, pues la Secretaria de Hacienda ya no se trasladaría allí, sin embargo por la presunta suspensión y los incumplimientos expuestos no se pudo ejecutar el contrato.

DECISIONES:

El Tribunal, en la sentencia que se estudia, negó las pretensiones del actor, teniendo en cuenta que el contratista conocía los riesgos de la no posible ejecución del contrato por el cambio de administración en la Gobernación.

Razón de la decisión

El Consejo de Estado decide en este caso declarar la nulidad absoluta de los contratos objeto de la demanda en primera y segunda instancia. En este caso se pregunta si el fraccionamiento de los contratos vulneran los principios esenciales y las reglas del procedimiento contractual.

El Consejo de Estado encuentra que los contratos objeto de la demanda hacen parte de un solo fin por lo que debió gestionarse como un solo contrato

Lo que pretendía en este caso la entidad estatal era fraccionar el contrato para que no se superará la cuantía mínima y de esta manera no adelantar un proceso de licitación y así poder realizar el proceso de contratación de manera directa.

En este orden de ideas al hacer un fraccionamiento de los contratos se vulnera los principios de transparencia, economía, selección objetiva y responsabilidad pues teniendo en cuenta que se omite la obligación de realizar la licitación pública.

Se prueba igualmente que el departamento no realiza los estudios previos para establecer la necesidad de la obra y la conveniencia de la contratación, tampoco define los pliegos de condiciones, los procedimientos de evaluación, requisitos que son esenciales para validar el contrato que haya de resultar de un proceso de selección. Ha dicho el Consejo de Estado que una falta de planeación por parte de las entidades públicas inciden en la fase contractual y también en la etapa de ejecución pues la falta de estudios y diseños ocasionan modificaciones significativas en las obras en lo que tiene que ver por ejemplo las condiciones técnicas que producen incrementos en los costos y graves suspensiones de las obras de la ejecución del objeto de contrato.

Determina el Consejo de Estado que los criterios de selección depende de una adecuada etapa de planeación que debe practicar la entidad para realizar el proceso de selección de licitación, por eso que una correcta planeación de los criterios de selección garantizan el cumplimiento del objeto contractual afirmación que está establecida en el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Para el Consejo de Estado se evidencia que el Departamento de Cundinamarca a través de la Secretaría de Hacienda realiza un proceso contractual sin cumplir con los requisitos

demandados por la Ley para su validez lo que vulnera los principios de igualdad, selección objetiva y transparencia.

Se prueba un desconocimiento del procedimiento para la selección del contratista como también la violación del principio de selección objetiva pues esta nunca se estableció contrariando también el principio de planeación.

En consecuencia se declara la nulidad de los contratos referidos por lo que se impone la obligación al contratista de restituir los anticipos que la administración adelanto y que fueran efectivamente cobrados.

En este caso no se reconoce perjuicios por lucro cesante y daño emergente porque se estableció que la entidad contratante no tiene ninguna obligación dineraria con el contratado.

REGLAS DOGMÁTICAS.

Principio de transparencia

El legislador estableció que las actuaciones contractuales deben obedecer y cumplir los principios de la contratación estatal.

Para limitar la discrecionalidad de la Administración pública se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto contractual, así las cosas cuando se vaya a adjudicar un contrato la regla general como lo establece la Ley es la licitación o concurso público y la excepción es la contratación directa, anudo que estos procesos no tienen que tener ninguna consideración para cumplir favores o factores de afecto todo con el fin de cumplir con el derecho a la igualdad de los proponentes.

Obligación de cumplir los demás principios de la contratación estatal

La entidad estatal debe cumplir con los principios de economía y planeación pues tiene la obligación de verificar la disponibilidad presupuestal además debe adelantar los estudios de viabilidad y pliego de condiciones, procedimientos que son esenciales para asegurar una selección objetiva.

También se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto éstos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual. En consecuencia, el principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad comercial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración.

El principio de planeación es esencial para garantizar la legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo relacionado con la etapa previa a la celebración del contrato y aunque dicho principio no fue definido por la Ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos, disposiciones todas orientadas a que la Administración cuente, con anterioridad al proceso de selección, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado.” Sentencia 250002331000 1993 9448 01 (16.4329 Fecha de la sentencia: 31 de Enero de 2011 Magistrado Ponente: CARLOS EDGAR MORENO RINCON.

FALLA

REVÓQUESE la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 16 de septiembre de 1999, la cual quedará así:

PRIMERO: Declarar la nulidad absoluta de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 suscritos entre el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, el 26 de noviembre de 1994, 19 de diciembre de 1994 y 26 de noviembre de 1994 respectivamente y el señor Carlos Edgar Moreno Rincón.

SEGUNDO: Denegar las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Ordenar al señor Carlos Edgar Moreno Rincón a restituir a favor del Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, la suma de \$367.130.918 “

ANÁLISIS DE SENTENCIA 7

TIPO DE PROCESO CONTROVERSIA CONTRACTUAL

RADICADO 73001-23-31-000-1999-00536-01 (22471)

FECHA DE LA SENTENCIA: 28 de marzo de 2012

MAGISTRADO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

ACTOR: PABLO EMILIO MARTÍNEZ ENCISO

DEMANDADO: MUNICIPIO DE IBAGUÉ

Temas: Contratación estatal, estudios previos, costo real, factor de selección, principio de selección objetiva, principio de planeación.

Hechos objeto del pronunciamiento:

Se interpone demanda en contra del Municipio de Ibagué donde el demandante pide que se declare que el demandado ha incumplido los contratos celebrados del 28 de Noviembre de 1997 solicitando que se resuelva los mencionados contratos y se condene al demandado a

pagar una suma de dinero correspondiente por concepto de lucro cesante y daño emergente que ha causado el incumplimiento.

Lo anterior se basa en los siguientes hechos:

El 28 de Noviembre de 1997 se celebra contrato que tenía como objeto la entrega, instalación y puesto en funcionamiento de tres computadores destinados para el servicio de varias de las dependencias de la administración municipal se celebra el contrato el 16 de Diciembre de 1997 demandante y demandado celebraron el contrato número 144 que tenía como objeto la entrega instalación de varios equipos de sistemas.

En cada uno de los contratos el Municipio se obliga a entregar el 50% de su valor a título de anticipo y el saldo restante cuando se encuentre satisfecha la obra.

El demandante solicita que se le informe porque no se le ha dado el adelanto estipulado contestando la demandada que había adelantado todas las gestiones necesarias para realizar el pago del anticipo.

Se alega que el incumplimiento le causó perjuicios morales porque se afectó su credibilidad comercial.

DECISIONES

El Tribunal Administrativo del Tolima acoge parcialmente las pretensiones de la demanda pues declara el incumplimiento del municipio.

RAZÓN DE LA DECISION.

La contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos, que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter

general, que debe cumplir con los principios de la función administrativa como los de transparencia y economía.

La eficacia de cada uno de los principios que rigen la actividad contractual del Estado sobre todo el de transparencia y economía dependen de que se cumpla con el principio de planeación y selección objetiva.

Para el caso concreto está debidamente demostrado que los contratos que celebró el Señor Pablo Emilio Martínez con el Municipio de Ibagué violaron el principio de planeación y el deber de selección objetiva habida cuenta que cada uno de ellos se pactó como precio un valor igual al doble del que en realidad tenía en el mercado.

Por eso la Administración Municipal no escoge la oferta más favorable pues no se tuvieron en cuenta los precios del mercado y sí lo hubieran tenido en cuenta se habría dado cuenta que se estaba obligando a pagar el doble del verdadero precio.

En éste caso la violación del deber de la selección objetiva determina la nulidad absoluta de los contratos celebrados pues se configura un abuso de desviación de poder, nulidad que no puede ser saneada teniendo en cuenta también que el término de prescripción extraordinaria no logra sanearla, es así que la nulidad puede ser decretada oficiosamente.

Como consecuencia hay lugar a que se revoque la sentencia apelada para poder declarar la nulidad absoluta y como no se entregó el precio ni las cosas que constituyen el objeto de los contratos, no hay lugar a considerar ni a resolver sobre las restituciones mutuas.

REGLAS DOGMÁTICAS

Los principios de la función administrativa

A través de la prestación de servicios públicos se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general prestación de los servicios públicos que deben

ceñirse a los principios de la función pública entre ellos el de planificación y selección objetiva.

Con base en el deber de planeación, los contratos del Estado deben cumplir con negocios debidamente diseñados, pensados conforme a las exigencias que demanden el interés general.

La ignorancia de aplicación del deber de planeación ataca la esencia misma del interés general con consecuencias gravosas para el patrimonio público que siempre está involucrado en el contrato estatal por eso las entidades públicas deben poseer una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades concernientes contractuales.

Es importante tener claro que aunque no se encuentra tipificado el principio de planeación de manera directa sí se puede su determinación inferir su existencia en el ordenamiento jurídico y sobretodo en la Constitución.

El principio de planeación abarca los estudios previos que tienen también como objeto establecer precios reales del mercado de servicios u objetos de determinados contratos.

El cumplimiento del deber de planeación permite ver de manera efectiva el principio de economía todo con el fin de ver también con la selección objetiva pues se tiene la obligación de escoger la propuesta más favorable.

En todo caso la selección del deber de selección objetiva determina en éste asunto la nulidad absoluta del contrato

“RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2001 por el Tribunal Administrativo del Tolima y en su lugar DECRETAR LA NULIDAD ABSOLUTA

de los contratos Nos. 0056 y 0144 celebrados el 28 de noviembre de y el 16 de diciembre de 1997 entre el Municipio de Ibagué y el señor Pablo Emilio Martínez Enciso.

SEGUNDO: NO ORDENAR RESTITUCIÓN ALGUNA por no aparecer demostrado que se hubieran entregado las cosas objeto de los contratos o el correspondiente precio.

TERCERO: ORDENAR compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para que investiguen las conductas de quienes celebraron los contratos violando el deber de selección objetiva.

CUARTO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.”

ANÁLISIS DE SENTENCIA - 8

TIPO DE PROCESO CONTROVERSIA CONTRACTUAL

RADICADO 07001-23-31-000-1999-00546-01 (21.489)

FECHA DE LA SENTENCIA: 28 de marzo de 2012

MAGISTRADO PONENTE: RUTH STELLA CORREA PALACIO

ACTOR: JOSÉ EDUARDO CEPEDA VARÓN

DEMANDADO: MUNICIPIO DE ARAUCA

Hechos objeto del pronunciamiento:

El 2 de noviembre de 1999, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de controversias contractuales (art. 87 del C.C.A., modificada por el art. 17 del Decreto 2304 de 1989) el señor José Eduardo Cepeda Varón, formuló demanda contra el Municipio de Arauca, alegando que ese ente territorial incumplió los contratos de obra que le fueron adjudicados, por lo que solicita que se condene al municipio de Arauca a cumplir cada uno de

los contratos de obra relacionados e individualizados en el numeral anterior, según los términos y estipulaciones contractuales y pague el 50% del anticipo por cada contrato suscrito con el ente territorial.

La anterior pretensión la basa en los siguientes hechos:

Entre el Municipio de Arauca y el ingeniero José Eduardo Cepeda Varón, se celebraron unos contratos de obra, se cumple con los requisitos de perfeccionamiento y se aportó las respectivas pólizas de cumplimiento.

El demandante presentó las respectivas cuentas de cobro para recibir los anticipos de los meses de noviembre y diciembre de 1997. Se logra expedir las órdenes relacionadas con el pago del anticipo pero la nueva administración se niega a tramitarlas arguyendo la no existencia de recursos para cumplir con dichos compromisos, por eso la entidad incumplió con los contratos lo que ocasiona graves perjuicios al contratista.

DECISIONES

El Tribunal en primera instancia considera que en el caso concreto se está ante una presencia de incumplimiento por parte de la administración pero no reconoce la indemnización al demandante pues la doctrina del Consejo estima que no se debe acceder a reembolsar los valores el cual haya incurrido el contratista para la preparación de propuesta o participación en concurso.

RAZÓN DE LA DECISIÓN

Asegura que el deber de planeación tiene como fin asegurar que todo proyecto esté precedido de estudios de orden técnico, financiero o jurídico y así poder determinar la viabilidad económica y técnica para poder celebrar el respectivo contrato.

No se puede iniciar procesos donde se ha violado el principio de planeación y se ha desconocido la buena fe contractual no se pueden iniciar procesos sino tienen la disponibilidad presupuestal; se debe analizar con antelación la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar.

En este asunto se constituye un abuso de poder pues no se atendió el fin público si no los fines individuales. El Consejo de Estado indica que el fin de la contratación constituye un presupuesto de legalidad del contrato y se desvía el poder cuando está persiguiendo un fin distinto que el señalado en la Ley, por eso cada contrato que se celebre debe salvaguardar el interés general y no debe obedecer a los caprichos de unos pocos.

En el caso concreto se constituye una desviación de poder por no atender el interés público sino otros caprichos de unos pocos, por eso no es válido un contrato administrativo que no se inspira o tenga como propósito el interés de buscar la satisfacción de la sociedad.

Es importante tener en cuenta que la inclusión en el acta de liquidación de actividades desplegadas ante del perfeccionamiento del contrato de una partida presupuestal que no tiene nada que ver con el desarrollo del objeto de contrato es un indicio de una configuración de desviación del poder.

En el caso concreto se incumplieron los deberes de transparencia, economía, planeación y selección objetiva que orientan la contratación estatal esto debido a la premura que se vislumbra al momento de la celebración de los contratos en razón del cambio de celebración de administración.

Los contratos objetos de demanda son productos de la improvisación, desorden e interés particular sin estructuración de estudios obviando el principio de planeación con el fin de levantar los niveles de gestión administrativa.

Se indica que cuando se nulita un contrato administrativo este tiene efectos retroactivos por lo que surge el deber de restituir o de repetir lo que ha recibido como prestación del contrato anulado y en caso de que la nulidad se configure por una cosa ilícita habrá restitución cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado, lo que significa que el cumplimiento del contrato ha servido para satisfacer el interés público. No obstante se logra establecer que los contratos demandados no fueron ejecutados por las partes por lo que no hay lugar a las restituciones mutuas.

Hay lugar entonces a la declaratoria de nulidad en los contratos pues estos fueron celebrados con abuso de poder y se vulneraron las normas y principios anteriormente nombrados.

REGLAS DOGMÁTICAS.

Los principios de planeación, transparencia, responsabilidad y selección objetiva en la contratación estatal.

Ocupa un lugar especial el principio de planeación e implica elaborar antes de emprender el proceso de selección del contratista, los estudios completos y análisis serios que el proyecto demanda, principio que incide en la etapa de formación contrato y en su etapa de ejecución.

El principio de planeación y el de buena fe están debidamente relacionados, las entidades estatales en la etapa precontractual tienen que contar con las partidas presupuestales y no pueden iniciar el proceso si no las tuvieran, debe analizar también la conveniencia o no del objeto a contratar y elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones.

El proceso contractual debe estar precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos para determinar la viabilidad económica y técnica del contrato.

“FALLA:

REVOCAR la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca el 21 de marzo de 2000, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLÁRASE de oficio la nulidad absoluta de los contratos de obra pública números 479 de 21 de noviembre de 1997, 498 de 28 de noviembre de 1997, 507 de 9 de diciembre de 1997, 523 de 16 de diciembre de 1997, 527 de 16 de diciembre de 1997, 528 de 16 de diciembre de 1997, 530 de 16 de diciembre de 1997, 542 de 18 de diciembre de 1997 y 554 de 22 de diciembre de 1997, celebrados entre el municipio de Arauca y el señor José Eduardo Cepeda Varón, por los motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: Sin lugar a restituciones mutuas entre las partes contratantes, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NIÉGANSE las súplicas de las demandas.”

ANÁLISIS DE SENTENCIA - 9

TIPO DE PROCESO CONTROVERSIA CONTRACTUAL

RADICADO 68001-23-15-000-1998-01743-01 (27.315)

FECHA DE LA SENTENCIA 24 de abril de 2013

MAGISTRADO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

ACTOR: JAIRO OSPINA CANO

DEMANDADO: ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA

Hechos objeto del pronunciamiento:

Se presenta demanda el 1 de Diciembre de 1998 contra el Área Metropolitana de Bucaramanga, el Señor Jairo Ospina pide que se declare la resolución por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato suscrito con la demandada por lo que solicita que se declare que el contrato aún se encuentra vigente pues no fue terminado legalmente y que se declare que el demandado incumplió el contrato porque no suministro los predios en los que se iban a realizar la obra.

Solicitó, como consecuencia de las anteriores declaraciones, que se decretara la terminación del contrato, que se ordenara su liquidación y que se condenara al accionado al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales debidamente actualizados.

En subsidio, pidió que se declarara responsable a la entidad contratante por el incumplimiento del contrato al no haber adquirido oportunamente los predios en los que se debía ejecutar la obra y, en consecuencia, que se condenara al accionado al reconocimiento y pago de los valores que resulten de la liquidación del contrato.

Las anteriores solicitudes las fundamentan los siguientes hechos:

En 1994 el demandante y demandado celebró el contrato de obra con la que se obligó a construir un puente peatonal de San Antonio de Carrizal se canceló al contratista el anticipo que correspondió al 40% del valor del contrato y el contratista invirtió el anticipo en asuntos relacionados con el asunto del objeto contractual.

Más adelante se convino suspender el contrato dado que los propietarios del terreno impidieron el ingreso al contratista aduciendo que no había enajenado las propiedades.

El contratante solicita al contratista que inicie los trámites para liquidar el contrato de mutuo acuerdo dado la imposibilidad de ejecutar las obras sin embargo el contratista pide a la entidad que resuelva el conflicto con los propietarios de los predios y continuar con las obras.

No obstante la administración decide liquidar unilateralmente el contrato por circunstancias ajenas a la voluntad de la entidad estatal.

DECISIONES

El Tribunal Administrativo de Santander declaró la nulidad de las resoluciones número 220 de 1996 y 036 de 1997 declara incumplimiento del contrato alegado así como su terminación liquida el contrato donde resulta a cargo del contratista la devolución del anticipo.

RAZÓN DE LA DECISIÓN

Precisa el Consejo de Estado que el contrato celebrado entre el demandante y demandado violó el deber de planeación toda vez que se celebró el contrato sin haberse adquirido los predios sobre los cuales se construiría el puente peatonal y sin haber adelantado las diligencias para ello.

La violación del deber de planeación determina que se proceda con la nulidad absoluta del contrato pues con esta falta también vulnera la constitución y la ley que establece que para el cumplimiento de los fines estatales debe hacerse uso eficiente de los recursos y obtener un desenvolvimiento correcto de las funciones y existir orden para que se adopten determinaciones que favorezcan el interés general.

Se ordena al contratista devolver el anticipo entregado pues no se construyó el puente contratado esto se hace en virtud de que la declaración de la nulidad del contrato implica que todo vuelva nuevamente como si no se hubiera celebrado la contratación.

REGLAS DOGMÁTICAS.

Prestación de los servicios públicos

La contratación estatal tiene como fin cumplir a cabalidad una debida prestación de los servicios públicos con lo que se pretende satisfacer intereses de carácter general y que debe ceñirse a los principios de la función administrativa.

Principio de planeación

La eficacia de los principios que rigen la contratación estatal dependen esencialmente de que se cumpla con el deber de planeación y selección objetiva es importante establecer que no se tipifica legalmente el principio de planeación, sin embargo este principio rector de la contratación estatal está implícito en los artículos 209 - 339 y 341 constitucionales y 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 1983, preceptos legales y constitucionales que establecen que para el cumplimiento de los fines estatales debe existir un estricto orden para la adopción de las diferentes decisiones que afectaran de manera favorable el interés general; por eso las previsiones técnicas, presupuestales, logísticas y determinación de unas reglas de contratación claras hacen que el contrato quede blindado de una posible ilegalidad por lo que la organización precontractual no debe ser desconocido por las entidades contratantes consecuencia de la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del estado.

El desconocimiento del principio de planeación indica la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto.

LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO

Es una sanción que provee la ley para aquellos negocios jurídicos que van en contra del orden público y las normas imperativas.

La nulidad absoluta protege intereses generales no puede sanearse por ratificación de las partes y el juez la puede decretar de oficio así no se la haya solicitado. Por ejemplo si en una segunda instancia se advierte una causal de nulidad absoluta es deber y prerrogativa del juez decretarla de oficio pues esto se lo impone el control de legalidad que el juez debe ejercer para proteger el interés general. Así como en el caso concreto de la nulidad absoluta puede vulnerar el principio de la reformatio in pejus pues la protección del ordenamiento jurídico es un interés general que debe prevalecer sobre el interés particular.

“RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 25 de septiembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, y en su lugar DECRETAR LA NULIDAD ABSOLUTA del contrato No. 0366-1 celebrado el 14 de diciembre de 1994 entre el Área Metropolitana de Bucaramanga y el señor Jairo Ospina Cano.

SEGUNDO: CONDENAR al señor JAIRO OSPINA CANO a que RESTITUYA al ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA la suma de ONCE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS VEINTINUEVE PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (\$11'367.829,75) que recibió a título de anticipo, la que ya actualizada asciende hoy a VEINTICINCO MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS (\$25.612.786.87).

TERCERO: ORDENAR compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría a General de la Nación para que investiguen las conductas de quienes celebraron los contratos violando el deber de planeación.”

ANÁLISIS DE SENTENCIA - 10

TIPO DE PROCESO CONTROVERSIA CONTRACTUAL

RADICADO 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642)

FECHA DE LA SENTENCIA 24 de julio de 2014

MAGISTRADO PONENTE: ENRIQUE GIL BOTERO

ACTOR: ANDINA DE CONSTRUCCIONES LTDA. Y OTRO

DEMANDADO: MUNICIPIO DE RIONEGRO Y OTROS

Temas: Pliego de condiciones sobre el cual se diseña, estructura y concreta el proceso contractual de la administración pública, Discrecionalidad administrativa, etapa precontractual.

Hechos objeto del pronunciamiento:

La Sociedad Comercial Andina de Construcciones Ltda., interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Municipio de Rio negro, solicitando que se anule la Resolución No 4549 del 11 de diciembre de 1997, por medio del cual se adjudica un contrato a la empresa Construcciones A. P y Cía. Ltda.

Por lo anterior se pide que se condene al municipio de Rio negro a pagar la indemnización de los perjuicios sufridos por ANDINA DE CONTRUCCIONES LTDA, al no habersele adjudicado el contrato en referencia.

Que como consecuencia de las pretensiones anteriores también se condene al MUNICIPIO DE RIONEGRO a pagar a la sociedad demandante la correspondiente actualización monetaria, que conlleve a reconocer en forma plena los perjuicios antes indicados, tomando en cuenta los índices de precios al por mayor certificados por autoridad competente, actualización que se contabilizaría a partir de la fecha de presentación de la propuesta (5 de noviembre de 1997).

Las anteriores pretensiones se fundamentan en los siguientes hechos:

El municipio de Rio negro, mediante su Departamento Administrativo de Valorización, abrió la licitación pública No. LP 006 de 1997, cuyo objeto era la “apertura, ampliación y repavimentación de la vía Centro de Convenciones - Tranvía - Puente de la Feria”.

De conformidad con los pliegos de condiciones, el 5 de noviembre de 1997 quedó señalado como fecha límite para la presentación de las propuestas; la sociedad demandante hizo la correspondiente oferta ese día, ajustada al contenido del pliego.

La sociedad Construcciones A.P. y Cía. Ltda., también presentó propuesta para participar en el proceso de selección.

En el pliego de condiciones se señaló que para la evaluación de las ofertas se tendría en cuenta una serie de criterios y factores. También se consigna en el pliego de condiciones se consignó lo siguiente: “CUMPLIMIENTO EN CONTRATOS ANTERIORES DURANTE EL ÚLTIMO AÑO (100/1000).

Se establece igualmente en el pliego de condiciones que si los proponentes encontraran discrepancias, omisiones o tuvieran dudas sobre la licitación o el alcance e interpretación de los pliegos, deberían consultarlo por escrito a más tardar cinco días calendario antes de la fecha de presentación de las propuestas.

El 5 de noviembre de 1997, fecha de cierre del proceso licitatorio, la firma adjudicataria presentó una comunicación a la contratante, por medio de la cual solicitaba aclaración a lo dispuesto en el referido numeral 1.12.5., pues mientras que en el encabezado del mismo se hace referencia a “el último año”, luego en el desarrollo del precepto se habla de “cuatro (4) últimos años.

Andina de Construcciones Ltda., manifestó al alcalde de Rio negro su desacuerdo con la citada interpretación y/o aclaración modificatoria del pliego de condiciones.

El municipio por conducto del Departamento Administrativo de Valorización, expidió un comunicado por el cual se puso a disposición de los participantes en la licitación pública, la evaluación de las diferentes propuestas. En esa calificación, la demandante no obtuvo ninguno de los 100 puntos por concepto de “cumplimiento de contratos anteriores.

El municipio de Rio negro esgrimió la existencia de una sanción impuesta a Andina de Construcciones Ltda., por parte del municipio de Medellín, mediante Resolución No. 1789 del 24 de octubre de 1994, confirmada con la Resolución No. 490 del 21 de marzo de 1995 (ambas proferidas por el alcalde de Medellín) con ocasión del desarrollo del contrato No. 044 de 1994, no obstante que la misma, como se advierte, ocurrió más allá del último año y que no debió ser tenida en cuenta, puesto que fue decretada con fundamento en la legislación contractual anterior, que no tenía prevista la amonestación consistente en el registro en las

Cámaras de Comercio y la comunicación a las demás entidades estatales, de las declaratorias de incumplimiento e imposición de multas

En la evaluación de las propuestas se indicó que se efectuó una interpretación gramatical para resolver el punto relativo a la disparidad contenida en el numeral 1.12.5. de los pliegos, sobre “cumplimiento de contratos anteriores”, razón por la que debe entenderse que la exigencia corresponde a los últimos cuatro años.

El mayor puntaje asignado en el acto de evaluación correspondió a la sociedad Construcciones A.P. y Cia. Ltda., con un total de 939,82 puntos, mientras que el asignado a Andina de Construcciones Ltda., fue de 811,20 puntos.

La propuesta de Andina de Construcciones Ltda., fue la más conveniente o favorable a la entidad, razón por la que, de habersele sumado los 100 puntos correspondientes al cumplimiento de contratos anteriores, y los 40 por concepto de equipo mínimo requerido, su puntaje total habría sido de 952,20 puntos, es decir, habría sido el proponente adjudicatario.

Se realiza la adjudicación de la licitación pública a favor de Construcciones A.P Y C.I.A, acto administrativo que fue notificado personalmente a la adjudicataria y por estrados a los demás oferentes no favorecidos.

Se alega que existe una ausencia o falta de motivación de la Resolución No. 4549 de 1997, por medio de la cual se adjudicó el contrato, toda vez que no se seleccionó la mejor y más conveniente propuesta.

Decisiones:

El Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las súplicas de la demanda. En criterio de esa Corporación, ninguno de los cargos de nulidad propuestos contra el acto

acusado se encuentra probado fáctica y jurídicamente, ya que se demostró que la administración adjudicó correctamente el contrato.

Razón de la decisión:

El Consejo de Estado define que la naturaleza jurídica del pliego de cargos tiene como base la manifestación de los principios de transparencia, planeación y selección objetiva y de igualdad pues es obligación de la administración establecer reglas y procedimientos que sean claros y que permitan la mejor escogencia del contratista.

Se expone que el pliego de condiciones es un acto jurídico mixto nace como un acto administrativo general y con la adjudicación y suscripción del contrato algunos de esos contenidos se incorporan al texto del contrato y se convierten en cláusulas vinculantes.

El pliego de cargos garantiza la concreción del principio de transparencia.

Para el caso concreto se encontró que el pliego de condiciones está ausente como material probatorio, no fue allegado el acto que contiene el pliego de condiciones por lo que hace imposible el su valoración y determinar sí una correcta interpretación por parte del Municipio respecto al pliego de cargos.

Si bien en el negocio jurídico se acuerda y acepta la posibilidad de ejercer algunos poderes por parte de la administración contratante, ello no puede constituirse en patente de corso para que ésta sorprenda al contratista con la adopción de medidas que afecten la ejecución del contrato o que conlleven una sanción para el mismo.

Se precisa que la norma contenida en el pliego de condiciones no refleja un carácter permisivo y sancionatorio por el contrario se determina un componente de evaluación y calificación de las propuestas por lo que la contradicción que se encontraba entre el título y el contenido se podía solucionar a partir de la interpretación que efectivamente le da la

administración. Existen en consecuencia un error conceptual de por parte del demandante cuando trata de igualar un criterio de valoración de experiencia y cumplimiento en la licitación pública con una sanción de índole administrativo.

Precisa que durante el proceso de selección no opera la discrecionalidad administrativa en ninguna de sus manifestaciones.

Así las cosas la actividad precontractual es el fruto del principio de planeación el cual demanda que cada una de las decisiones que se adelanten en la etapa precontractual debe ser de carácter motivado.

Para el Consejo de Estado el acto administrativo de adjudicación sí está debidamente motivado.

REGLAS DOGMÁTICAS

Pliego de condiciones

El pliego de condiciones es ley del contrato.

Se define el pliego de condiciones con el fin de identificar los criterios hermenéuticos a la interpretación permiten solucionar los problemas de aplicación.

El pliego de condiciones es mixto nace como un acto administrativo de carácter general y con la adjudicación y suscripción del contrato algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse dentro del contrato.

El pliego de condiciones está establecido en el artículo 24 de la Ley 80 del 93

El pliego de condiciones estima unas exigencias que son:

1. Requisitos objetivos que se deben acreditar durante el proceso de selección.
2. Debe determinar el pliego de condiciones el costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para ejecutar el objeto del contrato.

3. se debe determinar las reglas exentas de error o meramente potestativas de la voluntad de la entidad pública. El pliego de condiciones debe indicar las fechas y plazos para la liquidación del contrato para cuando hay lugar a ello entre otros factores esenciales que deben distinguir cualquier pliego de condiciones.

Principio de planeación.

Durante el proceso de selección del contratista no puede operar ningún tipo de discrecionalidad administrativa positiva o material y negativa o formal. Se impide que la administración introduzca criterios sustanciales o formales que puedan incidir en la escogencia del contratista. En este orden la actividad precontractual es fruto del principio de planeación. Lo que hace exigir que las decisiones que se adopten a lo largo del trámite precontractual se motiven.

La discrecionalidad en este caso queda reducida a que la administración pueda interpretar el pliego de condiciones a efectos de que se escoja la mejor propuesta.

FALLA:

Primero. Confirmase la sentencia del 29 de junio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia

Segundo. Sin costas.

Tercero. En firme este fallo devuélvase el expediente al Tribunal de origen.”

ANÁLISIS DE SENTENCIA - 11

TIPO DE PROCESO ACCION DE TUTELA

RADICADO 11001031500020130191900

FECHA DE LA SENTENCIA 21 de agosto de 2014

MAGISTRADO PONENTE: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

ACTOR: Constructora Conconcreto S.A

DEMANDADO: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub. C.

El ejercicio de la acción de tutela LA CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A. pide la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia que estimó vulnerados por lo dispuesto en la sentencia del 13 de junio de 2013.

Las anteriores pretensiones fundamentan en los siguientes hechos:

En 1994 el INVIAS adjudicó a CONCONCRETO la licitación pública número 081-93. Entre INVIAS y CONCONCRETO se celebra un contrato de obra cuyo objeto era la construcción de la solución vial Pereira Dosquebradas grupo 3.

CONCONCRETO demanda a INVIAS por el incumplimiento de ciertas obligaciones contraídas en el contrato, pidiendo se condenará al pago de los perjuicios por concepto de los sobrecostos derivados del incumplimiento del contrato.

El Consejo de Estado mediante sentencia del 13 de junio de 2013 revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar declaró la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito al encontrar violado el principio de planeación contractual.

El argumento básico de acción de tutela es que la sentencia acusada adolece de efecto fáctico pues se concluye sin que esté probado que el contratista sabía que INVÍAS no le entregaría oportunamente sus predios no se valoran pruebas que podrían haber derivado en una decisión diferente impidiendo que se declarará la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito.

La sentencia aludida adolece de efecto sustantivo por indebida aplicación de la Ley toda vez que se concluye que la nulidad del contrato se presentaba por violación de la Ley 80 de 1993 pero no se valoró que tanto la selección como el contrato mismo se regían por el contrato Ley 222 de 1983 se alega igualmente, que existe una interpretación errónea pues en los artículos 209, 339 y 341 de la Constitución Política del artículo 2 del decreto 01 de 1984 establecen el deber de planeación como principio rector de la actividad contractual.

Precisa que procede la nulidad contractual cuando hay violación del régimen constitucional ilegal y la prohibición es expresa, no está previsto que el principio de planeación sea causal de nulidad absoluta del contrato estatal, que es un principio de creación jurisprudencial por lo que no puede generar nulidad absoluta del contrato y menos por objeto ilícito.

Con la sentencia cuestionada se vulnera el artículo 83 de la Constitución, que consagra la buena fe, pues las razones de la decisión de esta sentencia permiten inferir que el demandante durante el desarrollo de la actividad contractual debía desconfiar de la administración.

También se quebrantó el artículo 90 de la Constitución pues se exoneró a la administración de responder patrimonialmente por el incumplimiento contractual.

Precisa que es la entidad demanda que tiene la obligación de cumplir con el principio de planeación y no el contratista.

RAZÓN DE LA DECISIÓN

Se pregunta la sala tres problemas jurídicos:

1. ¿La sentencia acusada incurrió en un defecto sustantivo cuando dijo que el deber de planeación está establecido como principio rector de la actividad contractual del Estado?
2. ¿La sentencia incurrió en defecto sustantivo cuando declaró la nulidad por objeto ilícito del contrato suscrito entre INVÍAS y CONCRETO por violación del principio de planeación?
3. ¿Cuáles serían las consecuencias de que se desconozcan el principio de planeación imputables a las partes del contrato?

El Consejo de Estado establece que el principio de planeación si se deriva del ordenamiento jurídico, independientemente, si el proceso de selección se regía por el Decreto 222 de 1983 o por la ley 80 de 1983 teniendo en cuenta que la planeación es la conducta siempre esperada de la actividad contractual no solamente garantiza el interés general sino también el cumplimiento de los demás principios rectores del procedimiento contractual.

Hay serios argumentos para establecer que el principio de planeación es esencial en el procedimiento contractual pues éste garantiza una defensa del patrimonio público que si no se cumple hace se ponga en riesgo el presupuesto.

Es importante indicar que los contratistas también tienen el deber de planificar las acciones y gestiones necesarias para cumplir cabalmente sus prestaciones. El contratista debe estar bien informado sobre las gestiones, proyectos, iniciativas que la administración promueve. No es justificación que el contratista diga que firman un contrato estatal en

ignorancia y luego afirme que han sido sorprendidos por apariciones de problemas sobrevenientes que impiden el cumplimiento del objeto contractual.

El anterior argumento tiene fundamento en el principio básico de la buena fe contractual que implica que se conozcan las condiciones y que se desarrollarán el vínculo jurídico con el fin de fortalecer la confianza entre las partes.

Estima el Consejo de Estado que el procedimiento de selección adelantado por el INVÍAS se regía por el decreto Ley 222 de 1983 pues inició antes de la entrada en vigencia de la Ley 80, pero la celebración del contrato es otra etapa que se regula por la Ley 80.

Si bien existe una indebida aplicación de la Ley 80 en la sentencia acusada no es un vicio que afecte la decisión del órgano colegiado habida cuenta que el principio de planeación no deriva únicamente de la Ley 80 sino también de la Constitución política e incluso por vía de jurisprudencia en vigencia del decreto ley 222 de 1983 también se exigía el cumplimiento del principio de planeación a las entidades públicas contratantes.

Por lo anterior la sentencia cuestionada no adolece de defecto sustantivo cuando concluyó que el principio de planeación gobierna la actividad contractual
La nulidad absoluta del contrato.

La sentencia acusada se explicó que desconocer el principio de planeación trae como consecuencia inevitable la invalidez absoluta del contrato.

Estima la sala que estudia la tutela que la violación del principio de planeación no es una causal autónoma o directa de nulidad del contrato y no encaja en la configuración y un verdadero caso de objeto ilícito.

Si bien el principio de planeación es esencial para el procedimiento contractual se destaca que una cosa es la etapa previa a la celebración del contrato y otra el momento de la celebración del contrato. Cuando se celebra el contrato se establece el objeto que implica las mutuas obligaciones entre las partes que son las que deben de estar libres de ilicitud ósea nada debe contrariar la Ley el orden público y las buenas costumbres.

Una falta de planeación puede generar responsabilidad por incumplimiento si esa omisión no permite la ejecución del contrato y la responsabilidad puede recaer tanto en el contratante como en el contratista según la posición jurídica en la que se encuentre frente a cada obligación. Se destaca que no siempre la violación al principio de planeación produce la nulidad de un contrato por objeto ilícito, sólo le sería si al pactar las cláusulas estas son ilícitas y si esa ilicitud viene a ser consecuencia de la violación del principio de planeación al realizar las cláusulas del contrato 352 de 1994 no se observa que resulten contrarias a la ley, al orden público o las buenas costumbres.

Así las cosas la consecuencia de la violación del principio de planeación no se traduce de manera automática en una conducta constitutiva de objeto ilícito que conlleve a la nulidad del contrato, si fuera este el caso la nulidad del contrato implica incluso la presencia de conductas penalmente reprochables pues cuando se celebran contratos de objeto ilícito va de la mano la comisión de los delitos de prevaricato y abuso de función de parte de los servidores públicos que intervinieron en la celebración del contrato.

Para dar respuesta al tercer problema jurídico se indica que es obligación del contratista saber y conocer todos los detalles del contrato, en especial, las condiciones de inició de obra por eso la suscripción imprudente de un contrato que se hace cuando no está

listo para ponerse en ejecución podría producir responsabilidad compartida por los incumplimientos derivados de esa falta de previsión

REGLAS DOGMÁTICAS.

EL DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN POR SÍ SÓLO NO GENERA LA NULIDAD DE UN CONTRATO POR OBJETO ILÍCITO

La expresión objeto ilícito, como causal de nulidad del contrato, es un concepto jurídico indeterminado, pero por su indeterminación no le confiere al juez del contrato discrecionalidad para decir cuándo hay y cuándo no hay objeto ilícito. Es evidente que la expresión objeto ilícito alude muy particularmente a las mutuas prestaciones que las partes acordaron, prestaciones que devienen ilícitas porque estaba prohibido que se pacten o porque se pactaron para facilitar la violación de otras normas o para perjudicar a terceros.

La ilicitud debe observarse en una o todas las obligaciones asumidas por las partes pues estas obligaciones son el objeto del contrato.

El desconocimiento del principio de planeación no es causal autónoma de la nulidad del contrato y no encaja en la configuración de un caso de objeto ilícito. La ilicitud debe ser encontrada en la cláusula del contrato y no en la etapa previo de contratación.

“FALLA

1. Amparar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, en la modalidad de tutela judicial efectiva, de la Constructora Conconcreto S.A. En consecuencia, se dispone:

1.1. Dejar sin valor y efecto jurídico la sentencia del 13 de junio de 2013, dictada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C.

1.2. Ordenar al Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, que, en el término de 45 días, contado a partir de la notificación de esta providencia, resuelva de fondo el recurso de

apelación presentado contra el fallo del 12 de diciembre de 2002, dictado por el Tribunal Administrativo de Risaralda, conforme con las consideraciones de esta sentencia.

2. Si no se impugna, envíese el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.”

ANÁLISIS DE SENTENCIA - 12

TIPO DE PROCESO CONTROVERSIA CONTRACTUAL

RADICADO 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809)

FECHA DE LA SENTENCIA 20 de octubre de 2014

MAGISTRADO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

ACTOR: Constructora Conconcreto S.A

DEMANDADO: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS

Temas: Nulidad absoluta por objeto ilícito - objeto ilícito por violación del principio de planeación.

Hechos objeto del pronunciamiento:

El 22 de abril de 1999, Conconcreto S.A presentó demanda contra el Instituto Nacional de Vías, formulando las siguientes pretensiones:

Que se declare el incumplimiento del contrato No 352 de 1994 al no haber entregado la totalidad de los predios en los cuales se iba a ejecutar la obra.

Que se condene al accionado al reconocimiento y pago de sobrecostos y de la pérdida de rentabilidad que el ocasionó la mayor permanencia de la obra, así como la actualización del valor de la condena junto con la tasa de mora establecida en el estatuto contractual.

Se solicita la declaratoria de incumplimiento de la Ley 80 de 1993 y del Contrato No 352 de 1994 al cancelar un anticipo cuyo valor adquisitivo disminuyó por el tiempo en se suspendió el contrato con ocasión de la no entrega de los predios, por lo que también solicita la declaratoria de rompimiento financiero del contrato en cuestión.

Las anteriores pretensiones las basa en los siguientes hechos:

En 1994 el INVIAS adjudicó a CONCONCRETO la licitación pública número 081-93.

Entre INVIAS y CONCONCRETO se celebra un contrato de obra cuyo objeto era la construcción de la solución vial Pereira Dosquebradas grupo 3.

CONCONCRETO demanda a INVIAS por el incumplimiento de ciertas obligaciones contraídas en el contrato y pidió que se condenará al pago de los perjuicios sobre costos derivados de ese incumpliendo. INVIAS da vía libre a la ejecución del contrato, sin haber adquirido los predios en los cuales se iba a ejecutar el objeto del contrato.

DECISIONES.

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 12 de Diciembre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Risaralda mediante la cual se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda en razón a que el fallo del 21 de agosto de 2014 la sección cuarta de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado al amparar el derecho fundamental de CONCRETO S.A. de acceder a la administración de justicia ordena que se decidiera otra vez el recurso de apelación entendiendo que el desconocimiento del principio de planeación no genera nulidad del contrato por objeto ilícito.

Razón de la decisión:

Cuando existen una alteración del equilibrio económico del contrato para que se abra paso al restablecimiento es esencial la prueba de dicho daño que además debe ser grave y que no tenga que ver con el riesgo propio de la actividad contractual ; es preciso para que se otorgue un restablecimiento del equilibrio económico del contrato que el factor de la oportunidad no lo haga improcedente, por eso las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo acuerdos y pactos sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos sobrevinientes.

Sí las reclamaciones por equilibrio económico del contrato no se hace en el momento de suscribir las suspensiones o prorrogas del contrato que se hayan de convenir entre las partes cualquier solicitud posterior es extemporánea e improcedente pues vulneraría el principio de buena fe contractual.

Para el caso concreto a pesar de existir unas circunstancias que vulneran el equilibrio económico del contrato se procede a convenir una suspensión del mismo y a celebrar contratos adicionales pero ninguno de estos estados se consignó ningún tipo de reclamación por desequilibrio económico para que quede pendiente la resolución de esos asuntos por desequilibrio económico es por eso que con las adiciones y los otrosí suscritos se entiende restablecido el equilibrio económico toda vez que en esos procedimientos no dijo nada sobre el desequilibrio económico configurado.

Reglas dogmáticas:

La nulidad del contrato por violación del principio de planeación.

Precisa que no es un elemento necesario para la configuración de la nulidad absoluta que alguna o todas las partes del contrato conozcan el vicio, dado que lo que se busca con la nulidad es proteger el orden público y el interés general.

Se indica que del conocimiento o la pignoración del vicio se deriven algunos efectos que no tienen que ver con la nulidad absoluta, sino con las consecuencias que produce su decreto judicial, en lo que se refiere a las restituciones mutuas.

Explica que los artículos 6º 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.

Expresa que las normas imperativas no son solo las que prohíben sino también las que ordenan por consiguiente la afectación del orden público se presenta violación a la norma que prohíbe, como también se deja de cumplir la norma que ordena, situaciones que dirigen siempre a declarar la nulidad absoluta.

Expone que para que un acto o contrato sea absolutamente nulo por objeto ilícito no es indispensable la existencia de una norma que diga expresamente que es "nulo", pero lo que si debe establecerse es la norma que expresamente mande o prohíba.

Como consecuencia de lo anterior, dice que es desatinado afirmar que el desconocimiento del principio de planeación del contrato estatal jamás puede conducir a una nulidad del contrato por objeto ilícito, sin embargo no toda deficiencia en la planeación del negocio contractual conduce inexorablemente a la nulidad del contrato por ilicitud de su objeto.

Para que por falta de planeación se produzca una nulidad del contrato por objeto ilícito, se debe contar con una falencia u omisión que desde el inicio saquen a la luz que el objeto contractual no pueda ejecutarse o que esa ejecución dependa de situaciones inciertas que necesiten de la intromisión de terceros o por ejemplo que los tiempos contractuales no se puedan cumplir que afectaría gravemente el presupuesto y por consiguiente ocasionaría un detrimento patrimonial.

Distingue entre objeto del contrato y objeto de la obligación el primero lo define como el derecho que es materia de la regulación mediante el respectivo negocio jurídico y el segundo que trata sobre la obligación es la prestación que consiste en la conducta que el deudor debe desplegar en favor del acreedor.

Crear que los contratos sólo producen obligaciones es sólo una concepción simplista pues como es sabido el contrato también puede constituir, regular o extinguir entre las dos partes una relación jurídica patrimonial así lo establece el Código de Comercio artículo 864.

Precisa que al no hacer la distinción entre el objeto del contrato y la obligación del contrato y tener una concepción simple de lo que es un contrato niega la existencia de un objeto ilícito cuando un contrato estatal se celebra en circunstancias contrarias a las que establece la ley, como ejemplo sería el caso de no observar el principio de planeación.

Es importante tener en claro las referencias que ha hecho el Consejo de Estado en Sala plena de lo contencioso administrativo que a través del 8 de junio del 2014 dijo sobre el control de legalidad del decreto 2662 del 2011 cuando se refirió al principio de planeación lo siguiente:

“(…) es una manifestación del principio de economía que rige los contratos de la administración, en la medida en que su cabal cumplimiento garantiza que la ejecución del futuro contrato, en las condiciones razonablemente previsibles, se adelantará sin tropiezos, dentro de los plazos y especificaciones acordados, puesto que la correcta planeación allana el camino para evitar las múltiples dificultades que se pueden presentar alrededor de las relaciones contractuales de las entidades estatales.

Contrario sensu, el incumplimiento de este deber se traducirá en una errática ejecución contractual, que se enfrentará a diversos obstáculos e inconvenientes, los cuales a su vez se pueden traducir en demoras y sobre costos en la obtención del objeto contractual en cuestión, todo lo cual, obviamente, atenta contra el mencionado principio de economía que debe regir en la contratación estatal”

Con base en lo anterior el principio de planeación es una exigencia del ordenamiento jurídico que debe tenerse en cuenta durante todas las etapas del proceso contractual, por lo que su violación constituye un objeto ilícito y es causal de nulidad absoluta del contrato.

“R E S U E L V E

PRIMERO: DAR CUMPLIMIENTO al fallo de tutela del 21 de agosto de 2014 proferido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y en consecuencia se procede a dictar nuevamente sentencia en este asunto, así:

1. REVOCAR la sentencia del 12 de diciembre de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, y en su lugar NEGAR LA TOTALIDAD DE LAS PRETENSIONES de la demanda

2. Devolver el expediente al Tribunal de origen.

SEGUNDO: REMÍTASE COPIA de esta sentencia a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.”

ANÁLISIS DE SENTENCIA - 13

TIPO DE PROCESO CONTROVERSIA CONTRACTUALES

RADICA DEL PROCESO 250002326000200301742

FECHA DE LA SENTENCIA: 28 DE ENERO DE 2016

MAGISTRADO PONENTE: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO

ACTOR: VIAS Y CONSTRUCCION S.A. - VICON S.A.

DEMANDADO: METRO VIVIENDA EICE DEL DISTRITO CAPITAL

Hechos objeto del pronunciamiento:

La entidad demandante solicita que mediante el proceso contencioso ordinario le sean reconocidos los sobrecostos, que a su juicio, se le causaron en la ejecución del Contrato St-060-01 del 20 de diciembre de 2001.

Solicita se declare la nulidad de la Resolución No. 035 del 23 de abril de 2003, proferida por el Gerente General de METROVIVIENDA, mediante la cual dicha entidad negó a VICON S.A., cualquier reconocimiento económico por el desequilibrio financiero presentado en la ejecución del Contrato No. ST-060-0, igualmente, del acto administrativo por medio del cual se confirmó la decisión adoptada por el ente demandado. Solicita la

indemnización por los sobrecostos que aduce se le causaron en la ejecución del contrato y, su único adicional, suscrito con la entidad demandada. En el mismo sentido, solicita se declare la nulidad del acta de liquidación del contrato contenida en el acta de fecha 23 d abril de 2003.

Hechos:

Según se menciona en el libelo de la demanda, la ejecución del contrato hizo incurrir en sobrecostos al contratista en los siguientes aspectos: a.) sobrecostos en el cambio de botadero: el contratista ubico como sitio de botadero el más cercano de la obra, situación que luego de una recomendación de la CAR tuvo que cambiarse, puesto que por un medida de prevención no se siguió autorizando su utilización, por lo cual se tuvo que escoger un lugar mucho más alejado para efectos de depósito de los escombros; b.) sobre costos por sub-base y base granular: manifiesta el demandante que los requerimientos técnicos de los materiales solicitados por el contratista no se estaban explotando en las vetas aledañas, por lo que pidió se permitiera el uso de materiales similares, sin embargo, el interventor, respondió negativamente, no solo a esa petición, sino a varias que se allegaron, hasta que finalmente se accedió al cambio de material, y ante las amenazas de multas por parte del contratante, el contratista utiliza un material que, presuntamente, generó sobrecostos, por lo cual, el contratista deja constancia de ello; c.) Tubería: se presentaron inconvenientes por los diámetros de la tubería que se pretendía utilizar, lo cual genero el retraso de un mes en la ejecución de la obra, pues al final se determinó que se debía utilizar la ofrecida por el contratista; d.) sobrecostos por permanencia en la obra: aumento de costos indirectos del proyecto. e.) varios: se estimó que los sobrecostos en la ejecución de la obra, por las dificultades generadas por el contratante y el interventor generaron una estimación mayor de los valores del contrato de 700 millones.

Decisiones:

Primera instancia: El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las pretensiones de la demanda, argumentando que no existió una ruptura del equilibrio económico, por alguna de circunstancias alegadas por el demandante. En ese mismo sentido le fallador, aduce encontró que el contratista incumplió con las obligaciones a su cargo, por cuanto en la audiencia de aclaración de pliegos dentro de la Licitación Pública No. 005 de 2001 que dio origen al Contrato No. ST-060-01, VICO N S.A. debió solicitar que se cambiaran las especificaciones exigidas para los materiales de sub base y base granular o debió aumentar el valor del precio ofertado teniendo en cuenta las dificultades y los costos que implicaba la obtención de algunos de los elementos necesarios para la realización de la obra, lo cual va en contravía del principio de buena fe de los participantes del proceso de contratación.

Finalmente, respecto de la mayor permanencia en la obra, dijo el a quo que ello obedeció necesariamente, a causas imputables únicamente al demandante.

Razón de la decisión:

El Consejo de Estado, al resolver un caso similar, desarrollo la siguiente argumentación en relación al supuesto rompimiento del equilibrio económico en el contrato:

"Así las cosas, no procede la reclamación del desequilibrio económico por este concepto, teniendo en cuenta que el defecto en la formación del precio, si existió, no fue ajeno a la conducta del contratista y, por el contrario, fue objeto de reclamación y negociación que se realizó con base en sus propios cálculos, amén de que su impacto habría sido insuficiente para ocasionar una ruptura del equilibrio contractual, de acuerdo con las cifras objeto de la negociación referida.

"

Ahora bien, en el caso sub lite, se encuentra que la mayor permanencia en obra derivada de la ampliación del plazo contractual, se atribuye al consorcio contratista y, por lo tanto, no puede dar lugar a restablecimiento de la ecuación financiera del contrato. Lo anterior se funda en que el plazo inicial del contrato fue libremente convenido, su ampliación fue solicitada por el contratista invocando hechos imputables a su ejecución y le fue autorizado bajo acuerdo expreso de que no causarían costos a cargo de ECOPETROL".

También resulta pertinente traer a colación para decidir el presente asunto, los razonamientos realizados por la Sección Tercera en el sentido de que 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, que 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, no pueden escudarse 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.

Reglas dogmáticas

- El equilibrio financiero del contrato, la teoría de la imprevisión y su posibilidad de aplicación a eventos como el sub iudice: la actividad contractual de las entidades estatales tiene como finalidad apoyar y/ o procurar la prestación de los servicios públicos, el ejercicio de las funciones a cargo del Estado y, por consiguiente, la satisfacción de los intereses generales; este rasgo distintivo de la contratación estatal determina que en la cumplida

ejecución del objeto de tales vínculos negociales se encuentren en juego cardinales principios e intereses cuya protección concierne al Estado Social de Derecho y tal es la razón por la cual en las normas jurídicas que gobiernan la materia se han previsto diversos mecanismos encaminados a conjurar los efectos derivados de contingencias que puedan conducir a la paralización o a la inejecución del contrato en el que una de sus partes es una entidad del Estado.

- los alcances del principio de equilibrio financiero del contrato, en general, y de la teoría de la imprevisión, en particular, tornan imperativo deslindar el espectro de supuestos en los cuales los aludidos postulados resultan aplicables, del de aquellos otros casos con los que ciertamente comparten un territorio común que es el de la no obtención de las utilidades esperadas por el contratista

“Falla

PRIMERO: confirmar la sentencia de primera dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negando las pretensiones de la demanda.

(...)”

CONCLUSIÓN

Como se menciona en la parte resolutive de la sentencia, no hay lugar a declarar que en el presente asunto sea aplicable la teoría de la imprevisión, por ello, la sala expone; que inclusive, que en el contrato se viola el principio de planeación contractual, el cual no solo involucra a la entidad contratante sino también al contratista, puesto que se predica que éste debe actuar de forma técnica y diligente al momento de presentar su propuesta. Por esta razón, no se condena al pago de los perjuicios a las partes, de esta manera la sentencia hace referencia en detalle, que ante este tipo de situaciones se pueden generar responsabilidades

para el contratista que participa en el proceso contractual. Señala además, que en el proceso quedó demostrado que el contratista una vez avisto el imprevisto, pretendió estructurar una responsabilidad a cargo de la entidad contratante, solicitando ser indemnizado, valiéndose de su propia imprevisión y negligencia, por lo cual, según lo expuesto en la sentencia, es el contratista quien debe soportar la adversidad, ya que no logró demostrar en el curso del proceso ninguna de los sobre costos que alegaba.