

RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL, EN ARAS DE MITIGAR LA CORRUPCIÓN

Por: Lina Paola Rojas Sandoval¹

Resumen

El principio de planeación en la contratación estatal no es un concepto nuevo que se haya incorporado con la expedición de la Ley 80 de 1993. Ya desde el Decreto Ley 222 de 1983 se exigía la elaboración previa de planos, proyectos y presupuestos y la determinación de las especificaciones necesarias para la ejecución una determinada obra. Así, el desarrollo de este principio ha sido abordado por el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones para exponer la importancia y relevancia del mismo, no solo en la etapa precontractual del negocio jurídico, sino también en la celebración, ejecución y liquidación del contrato, ya que los actos u omisiones que se realicen en los momentos previos del contrato, repercutirán necesariamente en los resultados y satisfacción de este en las etapas siguientes. Entonces, el principio de planeación en la contratación estatal debe entenderse en cabeza de los servidores públicos que tienen dentro de sus funciones las de tramitar, ejecutar y/o liquidar contratos estatales, estos responden por sus acciones u omisiones incluso penalmente. No han sido pocos los casos en los que desafortunadamente la corrupción en procesos de contratación ha impedido la consecución de los principios que dirigen la función pública, cuales son la prevalencia del interés general, el servicio a la comunidad general y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

Palabras Clave

Principio, planeación, economía, responsabilidad, corrupción.

Abstract

The principle of planning in state contracting is not a new concept that has been incorporated with the issuance of Law 80 of 1993. Already since Decree Law 222 of 1983 required the prior elaboration of plans, projects and budgets and the determination of the specifications

¹ Abogada de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia – UPTC. Especialista en Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Universidad Libre. Actualmente cursa especialización en Contratación Estatal de la Universidad Santo Tomás. Se desempeña como contratista en la Alcaldía de Tunja. Correo electrónico: lina.rojass@usantoto.edu.co

necessary for the execution of a specific work. Thus, the development of this principle has been tackled by the State Council repeatedly to expose the importance and relevance of it, not only in the pre-contractual stage of the legal business, but also the conclusion, execution and liquidation of the contract, and that the acts or omissions that are made in the previous moments of the contract, will necessarily have an impact on the results and satisfaction of the contract in the following stages. Then, the planning principle in state contracting must be understood at the head of the public servants who have within their functions those of processing, executing and / or liquidating state contracts, these are responsible for their actions or omissions even criminally. There have been few cases in which, unfortunately, corruption in contracting processes has prevented the achievement of the principles that direct public service, which are the prevalence of the general interest, service to the general community and the effectiveness of the rights interests of the administered.

Keywords

Rule, planning, economy, responsibility, corruption.

Sumario

I. Antecedentes y fin de la Contratación Estatal en Colombia. II Fundamento constitucional del principio de economía de la Contratación Estatal. III Antecedentes legales y jurisprudenciales del principio de Planeación de la Contratación Estatal. IV. Incidencia de la omisión del principio de planeación de la Contratación Estatal en la estructuración de conductas punibles derivadas de la celebración de contratos. V. Trascendencia de la correcta aplicación del principio de planeación para mitigar el riesgo de corrupción en la Contratación Estatal.

Introducción

La contratación estatal entendida como la conformación de los negocios jurídicos con los cuales el Estado pretende la contratación de bienes y servicios para satisfacer las necesidades de la ciudadanía en general tiene una especial relevancia para satisfacer los fines del Estado y el logro de la función social, en este sentido es innegable que todas las actuaciones que rigen el desarrollo de la actividad contractual de las entidades deben realizarse bajo la observancia estricta del cumplimiento de ciertos principios, como lo son transparencia, económica, selección objetiva y planeación, entre otros.

El principio de planeación establece que los negocios jurídicos del Estado deben ser debidamente diseñados y pensados, para lograr la ejecución de recursos públicos de la mejor manera posible y así materializar los fines del estado, y en ello se encuentra el deber de las entidades de contar con debida justificación de la necesidad para la contratación que se pretende realizar, la correcta escogencia del tipo de contrato y la modalidad de contratación, la adecuación planeación de los recursos a contratar y el debido apalancamiento financiero de los contratos a ejecutar, la oportuna elaboración de análisis, estudios de viabilidad y elaboración de presupuestos, y todos los demás componentes que previo a la realización de un proceso de contratación permiten a las entidades tener certeza de que realizaran el mejor proceso de selección posible.

No obstante, lo anterior, y aun cuando la legislación contractual contiene principios como el de planeación que pretender blindar la actividad del Estado en materia contractual y que las actuaciones sean conducentes a cumplir los fines Estado, para una adecuada ejecución de los recursos de la nación; existen en el país varias muestras de que, ante la indebida aplicación del principio de planeación, y la realización de negocios jurídicos mal concebidos los procesos adelantados y los recursos a contratar se encuentran en riesgo de verse inmiscuidos en casos de corrupción.

La corrupción en la administración pública es un hecho que ha tenido su mayor incidencia en procesos de contratación estatal. Los favorecimientos por razones familiares, de amistad o simplemente prerrogativas económicas ofrecidas por los interesados en la adjudicación de un determinado contrato, son las razones más comunes para que el desvío de poder se presente dentro de los pasillos de las entidades estatales. Sin embargo, estos hechos no son los únicos a través de los cuales tiene su vía de manifestación la corrupción. Se han venido presentando casos en los que los contratos que se adjudican para la construcción de una determinada obra, tardan años en ejecutarse, pasan por diferentes contratistas e incluso llegan a nunca terminarse a satisfacción; estas circunstancias que se han convertido en el maná de los colombianos, tienen su razón de ser en la ausencia de estudios previos y serios, de carácter técnico que deben realizarse con anterioridad a la realización de los procesos para la selección de contratistas. La administración ha omitido dolosamente en los procesos de contratación lo que en derecho público se denomina el principio de planeación que nace del principio de economía, que busca, entre otras cosas, la

salvaguarda de los recursos públicos y la eficiencia y eficacia de los procesos de contratación de las entidades estatales.

El Consejo de Estado, ha dotado de contenido al principio de planeación en tal grado que en varios de sus pronunciamientos en los que se debaten acciones por controversias contractuales entre el Estado y los particulares, el principio de planeación ha sido la *ratio decidendi* que ha dado lugar a la decisión del Alto Tribunal y en igual sentido, también ha sido objeto de estudio por la Corte Suprema de Justicia- Sala Penal para los casos en los que los funcionarios públicos han omitido los deberes que sus funciones les exigen durante la tramitación, celebración y liquidación de los contratos a su cargo, este tipo penal ha sido consagrado en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000 y tiene estrecha relación con los postulados de la Ley 80 de 1993.

En este orden de ideas se tratará de mostrar el sentido y alcance del principio de planeación, así como su incidencia en los contratos celebrados por la administración pública y los aportes que este tiene para dar respecto de los casos de corrupción en algunos procesos de contratación que se llevan a cabo en el territorio nacional y la relevancia de su debida aplicación en aras de mitigar el riesgo de corrupción.

OBJETIVOS:

Objetivo General: Enmarcar el sentido y alcance del principio de planeación frente a los procesos contractuales adelantados por las entidades públicas y su incidencia en la mitigación del riesgo de corrupción

Objetivos específicos:

- Precisar el sentido y alcance del principio de planeación como rector de la actividad contractual de las entidades estatales, entendido como el deber de planear la manera correcta de ejecutar los recursos del Estado

- Incidencia del principio de planeación en los contratos celebrados por la administración pública, con estricto cumplimiento de cada una de las etapas y procesos a efectos de efectuar negocios jurídicos adecuados para satisfacer los fines públicos

- Aportes del principio de planeación para efectos de mitigar el riesgo de corrupción en el desarrollo de la actividad contractual y la sanción punitiva a la omisión del principio de planeación en los procesos de contratación pública.

RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL, EN ARAS DE MITIGAR LA CORRUPCIÓN

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, que dispone las reglas y principios que deben regir los procesos de contratación y los contratos en sí mismos que celebren las entidades estatales, consagró en su artículo 3°, como fines de la contratación estatal, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, la efectividad de los derechos e intereses de los administrados y la consecución de los fines del Estado en general, es decir, los consagrados en el artículo 2° de la Constitución Política de 1991, cuales son la promoción de la prosperidad general, el servicio a la comunidad y la efectividad de los principios, derechos y deberes que consagra la carta magna.

En ese entendido, se impone a las entidades estatales, los funcionarios públicos e incluso sobre los particulares, el deber de velar por la promoción de un bienestar inclusivo para toda la sociedad que habita dentro del territorio nacional. Estos deberes implican su materialización en los programas, servicios y proyectos que tienen como fin la satisfacción de una o varias necesidades, y que encuentran su financiación en el fondo público.

Así entonces, en ejecución de dicho deber, que encuentra su materialización en la contratación estatal, y que como ya se ha dicho, tiene como fin solventar las necesidades de sus asociados pero a su vez, la carga de preservar los recursos públicos del despilfarro o de la inversión en proyectos que no vayan en sintonía con los fines del Estado y de la contratación, encuentra su razón de ser el principio de planeación en la contratación estatal, principio este que tiene su génesis en el principio de economía, según el cual, en palabras de Yong (2015), implica que “el procedimiento contractual debe adelantarse en el menor tiempo posible y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en él” (p.51), esto necesariamente implica el despliegue de ciertas actividades y estudios que exigen de las autoridades un proceder con austeridad y eficiencia. Así, por ejemplo, la administración debe diseñar los pliegos de condiciones con sujeción a los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para la selección de la propuesta más favorable. Se deben optimizar factores tales como el tiempo, los medios y los gastos que permitan evitar las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato; también se deberá apelar a los mecanismos alternativos de solución de conflictos en caso de que puedan surgir divergencias con el contratista que lleguen a obstaculizar el proceso de ejecución y no será admisible solicitar o exigir sellos,

autenticaciones, documentos originales o autenticados, traducciones oficiales o cualquier otro tipo de formalidad que las leyes especiales no consagren taxativamente. (Yong Serrano, 2015).

El principio de economía tiene su fundamento constitucional en el artículo 209, que consagra las cargas de la Función Pública y los principios a los que esta debe ceñirse. El principio de economía para Chacón (2013), “tiene como propósito evitar los procedimientos burocráticos y engorrosos, que infortunadamente son una constante en la administración pública y que constituyen caldo de cultivo para la rampante corrupción.” (p. 100) por lo tanto, el actuar de la función pública no debe ser otro que aquel que se despliega en el marco de los principios de igualdad, celeridad, economía, publicidad, buena fe, eficiencia y eficacia.

En este orden de ideas, el cumplimiento del principio de economía implica necesariamente el cumplimiento y la puesta en marcha del principio de planeación y este puede definirse como aquel principio que

exige que las entidades elaboren estudios previos que den cuenta de la necesidad, la conveniencia y la oportunidad del contrato antes de su celebración, con miras a que los contratos suscritos se ajusten a los planes de desarrollo, de inversión, de acción y compras de la entidad estatal. (Rosero, 2016, p. 104.)

Este principio de planeación, fue consagrado legalmente, en un primer momento, en el artículo 84 del Decreto Ley 222 de 1983 expedido por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, que reguló las normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas. En esta disposición, se establecieron los requisitos para licitar o contratar que consistieron, fundamentalmente, en la elaboración previa de planos, proyectos y presupuestos y la determinación de las especificaciones necesarias para la ejecución de la obra.

Más adelante, con la expedición de la ley 80 de 1993, fue derogada la anterior disposición y se recogió el principio de economía en el artículo 25. Dentro del desarrollo de este principio tuvo su acogida el principio de planeación y se consagró en el numeral 12 del mismo artículo taxativamente:

Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los

estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño. (Ley 80, 1993, art. 25.)

Así mismo, el Consejo de Estado, en estudio del principio de planeación, ha dicho en varios pronunciamientos, que las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación que implica la elaboración previa de estudios y análisis serios y completos, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos,

(i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos y análisis técnicos; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de los contratos, consultando las 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; (v) 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; (vi) la existencia y la disponibilidad en el mercado nacional o internacional, de proveedores o constructores profesionales que estén en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente

celebración del contrato. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 25000-23-26-000-1999-02430-01(23829), 2013.)

En el pronunciamiento citado, el Consejo de Estado, estudió la apelación que había sido interpuesta durante el trámite de una acción de controversias contractuales que se surtió en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B. El demandante, señor Pablo Gómez Silva, era el contratista al cual el Distrito Capital de Bogotá – Secretaría de Obras Públicas, parte demandada, había adjudicado en el año 1993, licitación pública cuyo objeto consistía en la construcción de un puente peatonal en la ciudad de Bogotá. Durante el estudio del caso, el expediente dio cuenta de que el inicio de las obras se dio aproximadamente 10 meses después de haberse suscrito el contrato de obra, situación está, que, a los ojos del Consejo de Estado, evidenció una falta de planeación en la etapa previa a la formación del contrato. Es por esta razón que, en el desarrollo de las consideraciones, dota de contenido al principio de planeación con el ánimo de evitar que la ausencia de dichos estudios completos y serios, propios de la etapa de planeación, resulten en la aparición de dificultades que se supondría, debían haber sido previstas al momento de evaluar la conveniencia y oportunidad del contrato.

En este sentido, se advirtió, el principio de planeación busca evitar un desgaste patrimonial, no solo del Estado sino también de los particulares que colaboran como contratistas en la ejecución de dichos proyectos y, por lo tanto, debe entenderse que la protección del principio de planeación, abarca tanto a los particulares como a las entidades estatales y genera los mismos efectos en cualquiera de los extremos contractuales.

En un pronunciamiento anterior, el Consejo de Estado ya había declarado la importancia del principio de planeación durante las etapas precontractual y contractual de los negocios celebrados por las entidades estatales y los particulares. Dijo entonces:

La actividad administrativa debe estar orientada, entre otros, por los principios de economía, eficiencia y eficacia, los cuales imponen a las autoridades la necesidad de adelantar las gestiones en una forma organizada y racional para el cumplimiento de los cometidos estatales, por ello, antes de ordenar la apertura de la licitación o concurso o de celebrar el contrato, según el procedimiento de selección que deba adoptarse, debe haber planificado todas las actividades que deben desarrollarse dentro de las diversas etapas del contrato, tanto la precontractual como la

contractual. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 25000-23-26-000-1991-07664-01(14287), 2006).

Y en ese entendido, resaltó las incidencias que ocurren o pueden llegar a ocurrir por la omisión de aquellos principios que resalta la Corte, es decir, el principio de economía, que como ya se ha dicho, contiene el principio de planeación, y los principios de eficiencia y eficacia propios de la contratación estatal. En palabras de la Corte:

La falta de planeación tiene incidencias en la etapa de formación del contrato, pero ella se refleja con mayor importancia en su etapa de ejecución, momento en el cual las omisiones de la administración generan graves consecuencias por falta de estudios y diseños definitivos, circunstancias que llevan a modificar las cantidades de obra, las condiciones técnicas inicialmente pactadas y, en el peor de los casos, conducen a la paralización de las obras o a su imposibilidad de realización. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 25000-23-26-000-1991-07664-01(14287), 2006).

Para el caso en concreto que estudió el Consejo de Estado en aquella oportunidad, se estuvo ante un incumplimiento contractual por la inexistencia del estudio de impacto ambiental, estudio de suelos y la legalización de la franja de terreno, estudios que debían realizarse por la parte demandada, que para este caso fue la Empresa de Telecomunicaciones – TELECOM, durante la etapa precontractual en obediencia del principio de planeación. La inexistencia de estos estudios desembocó en la imposibilidad por parte del contratista, de ejecutar la obra para la cual había sido contratado, esto es, la construcción de la vía de acceso a la Estación repetidora “La Maná” en el Municipio de Chocontá.

TELECOM propuso en la contestación de la demanda excepción de contrato no cumplido, figura que, en principio, es propia de los contratos de Derecho Privado, contenida en el artículo 1609 del Código Civil, pero que ha tenido acogida en el marco de los Contratos de Derecho Público con un alcance limitado, esto es, que no basta cualquier incumplimiento para que la persona que ha contratado con la administración o para que la Entidad contratante deje de cumplir con sus

deberes jurídicos. El incumplimiento, en cada caso, deberá ser analizado por el Juez para determinar si la parte que propone la excepción de contrato no cumplido, efectivamente ha ejecutado sus obligaciones dentro de la lógica de lo razonable. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp. 4739, 1991). Así entonces, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha dado lugar a la procedencia de esta excepción en el marco de lo contencioso administrativo ante la concurrencia de los siguientes supuestos:

i) La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer, regla “*do ut des*” (te doy para que me des); ii) El no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; iii) Que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista, iv) que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone; y que ha de justificarse por la configuración de aquel; v) El cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión sería cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 25000-23-26-000-1991-07664-01(14287), 2006).

Es importante resaltar que, en el caso estudiado por la corte, fue la parte accionada la que propuso la excepción, que fue desestimada en razón a que, como ya se había advertido, fue TELECOM quien incumplió con sus obligaciones como entidad contratante; esta no cumplió con la carga de la prueba para demostrar que no se encontraba en mora de cumplir sus obligaciones o que no estaba obligada a ejecutar en primer lugar sus obligaciones, sino que todo lo contrario, con el acervo probatorio se demostró que el incumplimiento de la entidad respecto de sus obligaciones contractuales fue la razón única de que el contratista no pudiera dar cumplimiento a las suyas por cuanto constituían presupuesto indispensable para la efectiva ejecución del contrato.

En este punto, se debe precisar que si bien el principio de planeación surge y nace del principio de economía y estos buscan la consecución de determinados fines, también tienen el

carácter de normas y requisitos legales por cuanto están taxativamente contemplados en la ley 80 de 1993. Así, por ejemplo, el artículo 30 de la mencionada ley impone, en su numeral primero inciso segundo

la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad. (Ley 80, 1993, art. 30).

Y en concordancia con el citado artículo, la ley 1474 de 2011, por la cual se dictaron normas para fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción, en su artículo 87, que modificó el numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, estableció:

Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño. (Ley 1474, 2011, art. 87).

Así entonces, en los casos en los que las entidades estatales celebran contratos sin agotar la etapa de planeación de los mismos, omitiendo así la aplicación del principio de planeación, o cuando dicha etapa se abarca sin la rigurosidad y seriedad que para cada caso corresponda, estamos frente a la celebración de un contrato sin el cumplimiento de requisitos legales. Esta conducta está tipificada en el artículo 410 del Código Penal colombiano en los siguientes términos:

El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide

sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses. (Ley 599, 2000, art. 410).

A su vez, la ley 1474 de 2011, en su artículo 33, estableció para este y otros tipos penales una circunstancia de agravación punitiva aumentando la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta la comete un servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado.

Resulta entonces necesario hacer un estudio del tipo penal que consagra el artículo 410. Este ha sido abordado ya por la Corte Suprema de Justicia que ha dicho que se constituye como un tipo penal en blanco, es decir, que es necesario hacer una remisión a las normas pertinentes que puedan ayudar a satisfacer cada uno de los requisitos propios de los tipos penales. Para este caso, la norma que resulta procedente para determinar cuáles son los requisitos legales que deben observarse durante la celebración de contratos estatales, de los que habla el tipo penal, es la ley 80 de 1993 que consagra en sí misma cada uno de los principios, etapas y procesos a los que deben sujetarse los funcionarios públicos y los particulares durante la celebración de contratos.

En ese orden, el tipo penal señala un sujeto activo calificado al hacer referencia al “servidor público”; pero no basta con que el sujeto activo calificado ostente la calidad de servidor público, sino que además exige que este tenga dentro de sus funciones las de tramitar, celebrar o liquidar contratos de naturaleza pública. Los servidores públicos que pueden incurrir en esta conducta punible, serán entonces aquellos que tengan dentro de sus funciones aquellas relacionadas con las etapas de ejecución de los contratos estatales y también los expresamente contemplados en el artículo 2º numeral 2 de la Ley 80 de 1993, es decir:

- a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles

directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.

b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas. (Ley 80, 1993, art. 2).

Ahora bien, respecto de los verbos rectores, estos son “tramitar”, “celebrar” o “liquidar”. *Tramitar* implica pasar un negocio por los tramites debidos y, entiéndase los trámites, como cada uno de los pasos y diligencias que hay que recorrer en un determinado asunto; *celebrar* es realizar un acto formal con las solemnidades que este requiere y por último *liquidar* se refiere hacer el ajuste formal de una cuenta, saldar o pagar lo debido, poner término o desistir de un negocio.

El tipo penal contiene en sí mismo también una clasificación de los requisitos que pueden verse transgredidos por su omisión durante la celebración de contratos; los clasifica en requisitos formales y requisitos esenciales. Debe entenderse por requisitos formales aquellos señalados por la Constitución y la ley para cada contrato en particular, mientras que deben considerarse esenciales, como lo menciona Chacón & Becerra (2006), “aquellos que tienen estrecha relación con la existencia y validez del acto y sin su concurrencia podrían afectar la estructura lógica del negocio jurídico, y, por ende, el trámite, la celebración o su liquidación.” (p. 75). Este será entonces el criterio fundamental para determinar la incidencia esencial de un determinado requisito durante el trámite, celebración o liquidación de un contrato sin dejar de lado los requisitos que contiene el artículo 1502 del código civil colombiano cuales son la capacidad legal, consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícitas.

En ese entendido, es de resaltar que el principio de planeación propiamente dicho se mueve dentro del verbo rector de “tramitar” que consagra el tipo penal del artículo 410 de la Ley 599 de 2000 en razón a que, en virtud de este, se adelantan los requisitos previos a la celebración del contrato, y como se advirtió anteriormente estos abarcan las diligencias que deben surtirse en un determinado asunto. El consejo de Estado ha dicho al respecto:

La planeación constituye un principio que debe orientar la actividad contractual de las entidades estatales, cuyo principal desarrollo está llamado a tener lugar durante las fases previa y preparatoria del contrato, lo cual permite su incorporación al

presupuesto por cuanto la racionalidad de los recursos públicos implica que todo proyecto que pretenda emprender la Administración Pública debe estar precedido de un conjunto de estudios dirigidos a establecer su viabilidad técnica y económica, así como el impacto social que ha de tener en la satisfacción de las necesidades públicas. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 52001233100019990012701-18.446, 2011). (Subraya fuera del texto original).

Sin embargo, el Código Penal colombiano establece, dentro del capítulo cuarto del Título XIV del libro Segundo, otras conductas punibles que tienen que ver con la celebración indebida de contratos; así el artículo 408 trata sobre la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades. Esta disposición tiene como finalidad según Solano (1999) citado por Chacón y Becerra (2006 p. 62) evitar el nepotismo, preservar la moralidad pública y hacer más transparente la función administrativa en materia contractual. Estas tienen fundamento constitucional y desarrollo legal. El tipo penal exige un sujeto activo calificado por cuanto lo limita a los servidores públicos que tengan dentro de sus funciones designadas el trámite, aprobación y celebración de los contratos. La conducta punible se integra con las normas pertinentes de la ley 80 de 1993 por ser también un tipo penal en blanco. Esta conducta se refiere a la violación del régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales sobre inhabilidades e incompatibilidades. Estas inhabilidades e incompatibilidades a las que se refiere el artículo están expresamente consagradas en la constitución política, artículo 127 y en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993. Por dar unos ejemplos, se incluyen aquí quienes han dado lugar a la declaratoria de caducidad, quienes han sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes han sido sancionados disciplinariamente con destitución, los cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso, los miembros de las juntas o consejos directivos, predicable solo de la entidad en la que prestan sus servicios y de las del sector administrativo que la misma este adscrita o vinculada.

No puede enmarcarse dentro del contexto del artículo 408 del Código Penal, lo referente al seguimiento y aplicación del principio de planeación, toda vez que la conducta que se despliega

por el servidor público en este caso, obedece a favorecimientos por relaciones familiares o de estrecha amistad como se evidencia en las inhabilidades e incompatibilidades. En este sentido, no se hace ninguna omisión respecto de estudios técnicos, legales o financieros que puedan repercutir en la etapa de ejecución del contrato, sino que se favorece el carácter subjetivo de la persona o personas que participan dentro de una determinada licitación, dejando de lado los principios de transparencia y selección objetiva.

El artículo 409 de la Ley 599 de 2000 se refiere a la conducta punible de Interés indebido en la celebración de contratos así “El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de” (Ley 599, 2000, art. 409). En este caso como lo señala “Santofimio (2000) el legislador sanciona toda actividad o actuación desviada de los servidores públicos que no busquen la satisfacción de los intereses generales, los fines públicos y las necesidades públicas, sino sus particulares intereses y necesidades o las de terceros; es decir, nos encontramos ante una típica descripción de los que en derecho administrativo se denomina desvío de poder.” (Chacón & Becerra, 2006, p. 72). Sigue siendo el servidor público el sujeto activo calificado de la conducta y el verbo rector *interesarse* ya sea en provecho propio o ajeno. Para este tipo penal

se requiere que exista relación causal entre la condición de servidor público y la obligación de intervenir por razón del cargo o de sus funciones, de tal manera que la norma no va dirigida a exclusivamente en contra de los servidores públicos del nivel directivo, asesor, o ejecutivo, o de quienes de una u otra manera intervengan por razón de su cargo en la contratación, sino contra quienes tengan interés manifiesto en la adjudicación de un contrato determinado. (Chacón & Becerra, 2006, p. 72).

Como puede verse, el estatuto represor del Estado consagró las conductas que tienen mayor incidencia dentro de la celebración de contratos estatales. Sin embargo, la relación con el principio de planeación solo puede ser predicable del artículo 410 del código penal, ya que como se ha puesto de manifiesto, el principio de planeación es un requisito legal que deben cumplir las

entidades estatales respecto de la etapa preparatoria del contrato, no es así respecto de las otras conductas que, como se puede observar, hacen referencia a otro tipo de actuaciones que si bien son ejecutadas por servidores públicos, se enmarcan dentro del campo subjetivo y las calidades y cualidades de los contratistas, no así respecto del artículo 410 que desglosa lo atinente al carácter objetivo y los requisitos técnicos, económicos y científicos que tiene que ver con la obra o servicio a contratar.

A continuación, se extrae un ejemplo encontrado en Chacón (2013), respecto de un contrato de obra celebrado sin el cumplimiento de requisitos legales en concurso con peculado por apropiación. En el caso en concreto, el alcalde de un municipio de Colombia suscribió contrato de obra pública para la construcción de un parque recreacional por valor de \$930.560.000. Se establecieron como obligaciones del contratista la explanación y adecuación del terreno, drenaje, adecuación de zonas verdes, instalaciones eléctricas, entre otras. Un mes después de celebrado el contrato, el contratista recibió el 50% del valor del contrato como anticipo. Al día siguiente, con el aval del interventor, se suspendió el contrato, so pretexto de la “difícil situación de orden público que azota la región”. Seis meses después se reanudó la obra. Se acordó suprimir algunos de los ítems, tales como la instalación de los juegos infantiles, adecuación de las redes eléctricas, jardinería. Al iniciar la ejecución del contrato, se presentó un vecino del sector quien manifestó ser el propietario del lote y, por lo tanto, se opuso a la realización de los trabajos, circunstancia que forzó nuevamente la suspensión del contrato por el término de 5 meses hasta tanto se adelantaron las negociaciones y se logró la titulación del predio. Reanudados los trabajos, el valor del contrato se aumentó en un 30% y finalmente se terminó y liquidó. Suscrita el acta de liquidación, se manifestó que “se recibía a entera satisfacción”. En consideración a las múltiples irregularidades, la comunidad instauró acción penal en contra del alcalde, como representante legal del municipio; EL contratista y EL interventor.

El Juez de conocimiento consideró que la falta de planeación en la celebración del contrato implicó la vulneración de los principios de economía y responsabilidad inherentes al proceso de contratación que implican la elaboración de los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones o términos de referencia. La Corte Suprema de Justicia también ha manifestado que la celebración de un contrato administrativo sin verificar el cumplimiento de los

requisitos legales pre-contractuales constituye una de las formas mediante las cuales se incurre en la conducta punible del artículo 410 del Código Penal. En este caso concluyó la Corte Suprema de Justicia:

En cuanto a la conducta prohibida descrita en el tipo penal imputado al procesado, debe recabarse que se concreta en tramitar contrato sin observancia de requisitos legales esenciales o celebrarlo o liquidarlo sin verificar su cumplimiento. De manera que se está ante un tipo penal de conducta alternativa, que contempla tres hipótesis a partir de las cuales se desencadena la reacción punitiva respecto del servidor público revestido de la función contractual, o parte de ella, a saber: por la “tramitación” del contrato sin la observancia de requisitos legales esenciales para su formación, etapa contractual que esta Sala ha precisado comprende “los pasos que la administración debe seguir hasta la fase de “celebración” del compromiso contractual”; por la “celebración” del contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales del mismo, incluidos, claro está, aquellos que de acuerdo con la Ley 80 de 1993 son de forzoso acatamiento dentro de la fase pre-contractual y que constituyen solemnidades insoslayables; y finalmente, por su “liquidación” en similares condiciones. (Corte Suprema de Justicia, Proceso No. 32.686, 2010 en Chacón, 2013, p.27).

Finalmente, se condenó como coautores del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso con peculado por apropiación al alcalde, al contratista y al interventor.

Desafortunadamente, el caso que se expone es solo un tenue reflejo de la realidad de la contratación estatal en Colombia. Día a día se presentan casos en los que los procesos de contratación no se tramitan, ejecutan ni liquidan conforme a las reglas y procedimientos que en Derecho se han expedido para tal fin. Así, en el 2019, el periódico EL TIEMPO publicaba “¿Dónde están? ¿Quiénes son? ¿Qué hacen?” (2019) para dar a conocer las cifras que revelaba la organización Transparencia por Colombia respecto de la corrupción en el país. Se puede leer allí que “El 73 por ciento de los casos reportados constituyen corrupción administrativa o en el sector

público. La corrupción en el sector privado representa otro 9 por ciento, y la corrupción en el sector judicial equivale al 7 por ciento.” Es aún más preocupante que del 73% de los casos de corrupción en el país que se presentan en el sector público, el 46% tiene que ver con irregularidades en los procesos de contratación pública. Las cifras reveladas son las siguientes:

1. La adjudicación o celebración irregular de contratos (29 por ciento).
2. La violación a los principios de transparencia, idoneidad y responsabilidad en la contratación estatal (17 por ciento).
3. El abuso de la figura de contratación directa (8 por ciento).
4. El detrimento patrimonial por incumplimiento del objeto contratado (8 por ciento).
5. La apropiación ilegal de recursos en los contratos (6 por ciento).
6. Los sobrecostos por irregularidades en celebración de contratos (6 por ciento).
7. En cuanto a los sectores de actividad del Estado, más de la mitad de los hechos de corrupción reportados corresponden a estos sectores: educación (16 por ciento), infraestructura y transporte (15 por ciento), salud (14 por ciento) y función pública (12 por ciento).
8. Y aquí debe notarse que la mayor cantidad de recursos públicos se asignan precisamente a los sectores de educación, salud e infraestructura. (EL TIEMPO, ¿Dónde están? ¿Quiénes son? ¿Qué hacen?, 2019?)

Llama particularmente la atención los ítems que se refieren al detrimento patrimonial por incumplimiento del objeto contratado, los sobrecostos por las irregularidades en la celebración de contratos y la violación a los principios de transparencia, idoneidad y responsabilidad en la contratación estatal, ya que para el tema que estamos tratando, es evidente que es fundamental la aplicación del principio de planeación en cada uno de estos casos para evitar las consecuencias patrimoniales negativas que se reflejan en estas estadísticas. Así, ya se ha anotado que la obediencia de los servidores públicos respecto del principio de planeación trae consigo la correcta ejecución del objeto contractual fuente del negocio jurídico y la consecuencial economía respecto de los recursos al evitar circunstancias que puedan dilatar en el tiempo los proyectos y lleguen a generar sobrecostos que pudieran evitarse con los estudios correspondientes, todo esto de la mano

del principio de responsabilidad que impone la carga a los servidores públicos de ejecutar sus funciones conforme a la constitución y la ley.

Con todo lo anterior, La Agencia Nacional de Contratación Pública, (Colombia Compra Eficiente), prendió sus alarmas por los casos de corrupción respecto de siete procesos de licitación pública que han presentado irregularidades en los procesos de contratación. Sin embargo, manifestó que con el Decreto 342 de 2019, que adicionó el Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, se estableció el uso de pliegos tipo para todo proceso de contratación en obras públicas y con esto se espera tener un mejor control fiscal y optimización en los procesos de licitación.

Dentro de los parámetros obligatorios que deben contener los documentos tipo, se encuentran los documentos base del pliego tipo; anexos, dentro de los cuales figuran anexo técnico, cronograma, glosario, pacto de transparencia y minuta del contrato; formatos; matrices y formularios. (Decreto 342, 2019, art. 2.2.1.2.6.1.2). Se puede ver que en los anexos está contenido el principio de planeación ya que exige el anexo técnico y el cronograma, estos que nacen de los estudios previos y serios que debe adelantar la entidad pública antes de la licitación del contrato.

En consideración a lo anterior, podríamos preguntarnos ¿qué puede hacer el principio de planeación para mitigar la corrupción en la contratación estatal? Entendiendo que este principio se desarrolla fundamentalmente en la etapa previa a la celebración del contrato podemos afirmar que es muy importante y determinante el aporte que este puede hacer para mitigar los casos de corrupción, especialmente por las dilataciones en la ejecución de los contratos estatales.

En primer lugar, el principio de planeación exige la realización de estudios previos y serios que ayuden a las entidades a determinar sobre la viabilidad de un determinado proyecto. Estos estudios, de carácter técnico, abarcan todo lo necesario para evitar posibles dilaciones en la ejecución de los proyectos, ya sea por conflictos de titulación de terrenos, por redes eléctricas o de acueducto que impiden la construcción de una determinada estructura a sus alrededores, por los permisos ambientales necesarios en los casos en los cuales pueda llegar a existir una afectación al ecosistema, etc. Estos problemas, son fácilmente evitables con tan solo la aplicación de los estudios

necesarios y así mismo, a mediano y largo plazo logran eludir afectaciones patrimoniales tanto para las entidades contratantes como para los contratistas. Ahora bien, respecto de la corrupción, sucede que en estos casos las entidades contratan ya sea personas naturales o jurídicas para la elaboración de estos estudios, sin embargo, los criterios que se tienen en cuenta en este proceso de selección no son objetivos. Sucede que muchas veces solo por cumplir con el requisito, no se tiene en consideración la habilidad y experticia de quien desarrollará los análisis previos del contrato. Hoy en día, gracias a los pronunciamientos del Consejo de Estado, se ha dotado de un carácter imperativo al principio de planeación y se están realizando varias admoniciones a las entidades estatales con el fin de llamar la atención respecto de esta etapa contractual que resulta ser fundamental para la consecución de resultados óptimos en cada uno de los proyectos del orden administrativo.

En segundo lugar, el principio de planeación permite determinar la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato. Esto necesariamente exige de parte de las entidades que los planes y proyectos que quieran ejecutarse por medio de contratos estatales sean basados en criterios de razonabilidad y existencia de la necesidad y no por la mera liberalidad de los representantes legales de los municipios o departamentos, por dar un ejemplo, para indirectamente aprovecharse de los recursos que tendrán que erogarse del presupuesto bien sea del orden municipal, departamental o Nacional.

Tercero. Respecto de los proveedores o constructores profesionales que cumplan con las condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante, el principio de planeación puede ser de gran utilidad por cuanto exige que estos sean elegidos basados en los estudios técnicos que con anterioridad se han elaborado y que constituyen juicios objetivos para la selección de los mismos. Este punto tiene a su vez estrecha relación con las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que deban reunir las obras, los bienes o los servicios que se han determinado necesarios. No todas las personas naturales o jurídicas cumplirán con las especificaciones, tecnología, talento humano y demás recursos que se requieren para la ejecución del contrato, por lo que se puede evitar incurrir en gastos que no se hayan previsto en la etapa precontractual por situaciones ajenas a la entidad contratante sino propiamente, por las

cualidades y calidades del contratista y así mismo, permitirá invertir los recursos del erario público en proyecto que garanticen una durabilidad y perdurabilidad en el tiempo.

Conclusiones

El principio de planeación tiene especial relevancia dentro de la actividad contractual, todo negocio jurídico de carácter estatal debe ser previamente pensado, evaluado, organizado y diseñado tomando en consideración los fines esenciales del Estado y los fines mismos de la contratación estatal, y es tan determinante en los procesos de contratación de las entidades estatales y que permea no solo la etapa pre-contractual del negocio jurídico sino también su etapa de ejecución y liquidación.

El Consejo de Estado ha dotado de contenido al principio de planeación haciendo imperativo para las entidades estatales la elaboración previa de estudios que permitan determinar factores de tiempo, modo, lugar y costo de cada uno de los proyectos, planes o servicios a ejecutar, estableciendo de esta forma el alcance del mismo.

Los servidores públicos son coadyuvantes de los fines de la contratación estatal contenidos en la Carta Magna y en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por lo tanto durante el despliegue de sus funciones que guardan relación con la contratación pública, responden penal y disciplinariamente por las acciones u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones.

El artículo 410 del Código Penal, es la norma específica que sanciona punitivamente la omisión del principio de planeación en los procesos de contratación pública.

Las leyes y decretos que buscan prevenir, investigar y sancionar los casos de corrupción dentro de la Administración Pública, contienen en sí mismos remisiones directas e indirectas al principio de planeación en los procesos de contratación, reconociendo así su importancia e incidencia en la transparencia de los negocios jurídicos que celebra la administración.

La adecuada aplicación del principio de planeación con estricto cumplimiento de cada una de las etapas y procesos conlleva la realización de negocios jurídicos adecuados para satisfacer los fines públicos y se realiza en las etapas precontractual y contractual de los procesos, pero su correcta o incorrecta observancia se evidencia especialmente en la etapa de ejecución contractual.

La debida aplicación del principio de planeación, en armonía con los demás principios que rigen la actividad contractual, blindan la gestión contractual con garantías ante los riesgos de corrupción, porque a mejor y mayor planeación de las actuaciones del Estado, existe menor posibilidad de verse incurso en actuaciones impropias de la gestión pública.

La adecuada planeación de los Contratos Estatales, y la diligencia en la realización de las etapas de configuración del negocio jurídico mitigan el riesgo de corrupción en el desarrollo de la actividad contractual y previenen una posible sanción punitiva ante la omisión del principio de planeación.

Referencias Bibliográficas

Chacón, A. & Becerra, M. (2006). *El contrato estatal ante el código penal y el nuevo código disciplinario*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

Chacón, A. (2013). *Celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

Congreso de la República de Colombia. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094.

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. [Ley 1474 de 2011]. DO: 48.128.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. 31 de agosto de 2006). Sentencia 25000-23-26-000-1991-07664-01(14287). [CP Mauricio Fajardo Gómez.]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (13 de noviembre de 2013.) Sentencia 25000-23-26-000-1999-02430-01(23829). [CP Hernán Andrade Rincón.]

Cuello, F. (2010). *Contratos de la administración pública*. Bogotá, Colombia: Ecoe Ediciones.

Departamento Administrativo de la presidencia de la República. (06 de febrero de 1983). Artículo 84 [Titulo VIII]. *Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones*. [Decreto 222 de 1983]. DO: 36.189.

- Gómez, I. (2013). *El derecho de la contratación pública en Colombia*. Bogotá, Colombia: Legis Editores.
- Meléndez, I. (2009). *La responsabilidad contractual en el derecho público de los contratos estatales*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- Rosero, B.C. (2016). *Contratación Estatal. Manual teórico - práctico*. Bogotá, Colombia: Ediciones de la U.
- Santofimio, J. (2002). *Delitos de celebración indebida de contratos. Análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal*. Bogotá, Colombia: Sigma Editores.
- Sotomayor, O. (2013). *Contratación Estatal*. Bogotá, Colombia: Librería Ediciones del Profesional.
- Yong, S. (2015). *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.