

NECESIDAD DE LOS ESTUDIOS DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA PREVIO A LA APERTURA DE UNA LICITACIÓN PÚBLICA¹

Juan José Alzate López²

RESUMEN. La licitación pública, como modalidad de selección de un contratista en el ámbito de la contratación pública, es una actuación administrativa sumamente compleja y de una importancia superlativa. En consecuencia, su apertura debe estar plenamente justificada y sustentada con el fin de dar cumplimiento al principio de planeación. Así, los estudios de oportunidad y conveniencia —estudios previos— son los documentos que cumplen dicha función, proporcionando seguridad jurídica al proceso y garantizando el cumplimiento de lo establecido en el pliego de condiciones a los eventuales proponentes. En primer lugar, el escrito abordará la fundamentación legal de dicha institución, pasando por la Constitución hasta el reglamento. En segundo lugar, se analizará la publicidad de dicho documento, y sus elementos de forma como el momento y la competencia para publicarlo. En tercer lugar, se comentará sobre la naturaleza jurídica de dicho documento. Por último, se plantearán algunas posibles consecuencias en caso de que estos estudios previos falten o se desarrollen de manera negligente.

Introducción

Según el párrafo único del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 la licitación pública es el procedimiento mediante el cual «la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable». Así, se establecen las características generales y fundamentales, no solo de la licitación pública, sino de la mayoría de las modalidades de selección del contratista.

La licitación pública como medio mediato para alcanzar las finalidades más elementales del Estado, como el interés general, y dar pleno cumplimiento a los principios de la función administrativa, necesita fundamentar su viabilidad y dotarse de seguridad jurídica. Pues bien, esta es precisamente la función o la razón

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 5 de marzo del 2022, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Sebastián Ramírez Grisales, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA —que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo—, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es la *Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor —Investigador Principal— Fabián Gonzalo Marín Cortés.

² Auxiliar de Investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, Nivel I, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* —CEDA—.

de ser de los estudios de oportunidad y conveniencia, conocidos en la doctrina como «los estudios previos» a la apertura oficial de un proceso de licitación.

A continuación se estudiará: i) la fundamentación legal de los estudios previos; ii) el contenido sustancial; iii) publicidad y formalidades; iv) naturaleza jurídica de los estudios previos: ¿acto administrativo? y v) las consecuencias jurídicas respecto a la falta de los estudios previos o su realización de manera negligente.

1. Fundamentación legal de los «estudios previos»

Los estudios y documentos previos son definidos por el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 del 2015 como «documentos del proceso». De una forma un poco más sustancial, el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto *ibidem* estipula que los estudios previos «[...] son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato», para luego señalar que estos deben permanecer a disposición del público durante todo el proceso de contratación³. Así, se advierte que se está ante una institución esencialmente reglamentaria, pero ¿cuál es su fundamento legal?

Parece que esta figura reglamentaria es un desarrollo pleno de lo estipulado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993. Dicha norma, en los numerales 7° y 12°, respectivamente, dispone que algunas formas de materializar el principio de economía dentro de la contratación pública son: i) analizar, antes de la firma del contrato o de la apertura del proceso de selección, la conveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello y ii) elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos antes de la apertura del proceso de selección del contratista⁴. Así, estas normas, en principio, obligan a la Administración pública a elaborar los estudios previos, en virtud del principio de economía.

³ En el mismo sentido se cree que el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto en cuestión, es un desarrollo reglamentario de dichos estudios, al estipular que «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».

⁴ «Artículo 25, ley 80 de 1993: Principio de Economía: En virtud de este principio:

[...]

»7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

[...]

»12. 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».

El principio de economía es uno de los principios constitucionales rectores de la función administrativa⁵. El numeral 12 del artículo 3 de la Ley 1437 del 2011 señala que en virtud de este principio las entidades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas. Según el Consejo de Estado, el principio de economía le impone a la Administración que la actividad contractual y precontractual «[...] no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad»⁶. Así, la entidad y el funcionario a cargo deberán darle cumplimiento a cada una de las etapas estipuladas en la ley con una previa verificación de la viabilidad presupuestal y de los *estudios necesarios* respecto a su factibilidad y conveniencia.

Ahora, recuérdese que el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 del 2015 e señala que los estudios previos «[...] deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación». Lo anterior, en desarrollo del inciso 3°, del artículo 8 de la Ley 1150 de 2007, el cual ordena que junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publiquen los *estudios y documentos previos* que sirvieron de base para su elaboración. Por consiguiente, una de las finalidades de los estudios previos consiste en dotar de transparencia el proceso de contratación próximo a iniciar y materializar el principio de publicidad, el cual es un principio rector de la función administrativa consagrado en el artículo 209 superior.

De manera general, el numeral 9°, del artículo 3° de la Ley 1437 del 2011 dispone que el principio de publicidad obliga a la Administración a dar a conocer al público, sin necesidad de petición, «[...] sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información». A su vez, este principio es una forma de materializar el principio de transparencia y moralidad en las actuaciones de la Administración pública, siendo la esencia misma del procedimiento en una Estado social y democrático de derecho⁷. Es así como los estudios previos, y su obligación de ser públicos, dotan al procedimiento de selección de seriedad y transparencia.

⁵ El artículo 209 de la Constitución Política dispone que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y «se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad [...]».

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 31 de enero del 2011. Exp. 17.767. C.P. Olga Mérida Valle.

⁷ En ese mismo sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que «El principio de publicidad se ha estructurado como un elemento trascendental del Estado Social de Derecho y de los regímenes democráticos, ya que mediante el conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, y de las razones de hecho y de derecho que les

Por último, adviértase que el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 del 2015, el cual desarrolla en gran medida los estudios y documentos previos, se encuentra en la subsección 1, de la sección 2, denominada «planeación». De hecho, el principio de planeación, el cual fue desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, es el mayor fundamento de los estudios previos. Según el Consejo de Estado:

«El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden»⁸.

Así, la observancia del principio de planeación es un medio necesario para la realización de los fines primordiales del Estado, y sobre todo, del interés general. Implica por parte de la entidad una previsibilidad y racionalización plena de todos los aspectos del contrato que se pretende suscribir y ejecutar, con la finalidad de salvaguardar los recursos públicos. Es así como los estudios previos resultan el medio más idóneo para garantizar este principio.

En conclusión, los estudios previos, como institución y documento reglamentado en el Decreto 1082 de 2015, tienen una debida fundamentación jurídica, tanto a nivel legal como constitucional.

2. Contenido sustancial de los estudios previos

Se entiende que los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato. En otras palabras, son el fundamento técnico, económico, jurídico y operacional de toda la licitación pública y del contrato mismo; son la mayor materialización del principio de planeación; la justificación general y particular de un determinado contrato que la

sirven de fundamento, se garantiza la imparcialidad y la transparencia de las decisiones adoptadas por las autoridades, alejándose de cualquier actuación oculta o arbitraria contraria a los principios, mandatos y reglas que gobiernan la función pública» (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-641 del 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil).

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 28 de mayo del 2012. Rad. 21.489. C.P. Ruth Stella Correa.

Administración pretenda celebrar. No obstante, ¿qué información específica deben contener estos estudios? Recuérdese que los estudios previos son los que sustentan el proyecto de pliego de condiciones y el pliego definitivo, por lo que su contenido no puede basarse en meras formalidades.

El artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone que, en general, los estudios previos deberán contener los siguientes elementos: i) la descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con el proceso de contratación. Básicamente se busca que la entidad, en un análisis detallado, explique las razones por las cuales pretende adquirir los bienes o servicios objeto del contrato a celebrar, y su relación con el interés general en abstracto; ii) el objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto⁹; iii) la modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos, en este caso todo lo relacionado con la licitación pública; iv) el valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la entidad estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos presupuestales en la estimación de aquellos; v) los criterios para seleccionar la oferta más favorable; vi) el análisis de riesgos y la forma de mitigarlos, especificando las responsabilidades pertinentes; vii) las garantías que la entidad estatal contempla exigir en el proceso de contratación y viii) la indicación de si el proceso de contratación está cobijado por un acuerdo comercial como, por ejemplo, el suscrito con la Alianza del Pacífico —Ley 1746 de 2014— o el que existe con Canadá —Ley 1363 de 2009—¹⁰.

⁹ Matallana Camacho hace una importante distinción respecto de la normativa anterior: «Se establecía una excepción a esta regla cuando el objeto de la contratación fuera la construcción o fabricación con diseños de los proponentes. Pero es necesario aclarar que parte de la modificación que sufrió este artículo se encuentra justamente en el hecho de que a pesar de que la entidad estatal contrate conjuntamente los diseños y la construcción, deberá tener previamente sus propios diseños para ordenar la apertura del proceso de selección» (MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública. 3ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2013. p. 369).

¹⁰ Los acuerdos comerciales son convenios o tratados internacionales que suscribe el gobierno nacional, con la finalidad de determinar unas reglas para que haya una interrelación entre el Estado colombiano y los demás Estados participantes en algunos procesos de contratación pública en ambos territorios. En palabras de Colombia Compra Eficiente: «Los Acuerdos Comerciales son tratados internacionales vigentes celebrados por el Estado colombiano, que contienen derechos y obligaciones en materia de compras públicas, en los cuales existe como mínimo el compromiso de trato nacional para los proponentes, bienes y servicios de origen extranjero» (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en los procesos de contratación. Consultado en línea: https://colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_acuerdos_comerciales_web.pdf).

Ahora, ¿qué sucede cuando la entidad proporciona más información de la dispuesta en el Decreto 1082 de 2015? En tal situación se presentaría una maximización de los principios legales y constitucionales o finalidades que pretende satisfacer los estudios previos, por lo que nada obsta para que la Administración pretenda desarrollar dichos estudios con información adicional. Caso contrario sería si falta alguno de los requisitos sustanciales, situación que será analizada en el último acápite del escrito.

3. Publicidad y formalidades

Como se advirtió, el artículo 8° de la Ley 1150 del 2007 dispone que «Junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración». Es decir, el deber, o mejor, la obligación de publicar dichos estudios por parte de la entidad está consagrada en la ley. El problema es que el precepto legal no determina el cómo, cuándo y dónde deben ser publicados tales documentos del proceso. De igual forma, del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 del 2015 señala que los estudios previos «[...] deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación». No obstante, la cuestión sigue sin ser resuelta.

Tanto en el reglamento como en la ley no se identifica una norma especial sobre las formas de la publicación de los documentos previos, motivo por el cual se debe remitir a la regla general del Decreto 1082 del 2015 sobre la publicación de los documentos relacionados con el proceso de contratación:

«Artículo 2.2.1.1.1.7.1. Publicidad en el Secop. La Entidad Estatal está obligada a publicar en el Secop los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el Secop [...]».

Así, se tiene que los estudios previos, como documentos del proceso, y posible acto administrativo, debe publicarse en el SECOP dentro de los 3 días siguientes a su expedición.

En el mismo sentido, respecto al competente para elaborar los estudios previos no se advierte una norma especial, por lo que, acudiendo a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, el competente para dirigir y ordenar la licitación pública es el jefe o representante de la entidad, según el caso. Ahora, esta tarea cabe dentro de las actividades que pueden ser desconcentradas en los términos del

parágrafo único del artículo 12 de la ley *ibidem*¹¹, por lo que nada obsta para que una subdirección o unidad de la entidad estatal los realice, definiéndose los responsables al interior de cada entidad.

4. Naturaleza jurídica de los «estudios previos»

Se enfatiza que los estudios previos son definidos con un «documento del proceso» por el Decreto 1082 de 2015, pero, ¿es un acto administrativo?, y si no, ¿qué es? Comúnmente se ha aceptado que los actos administrativos deben contener 4 elementos sustanciales constitutivos del mismo: i) una manifestación intelectual de voluntad; ii) que sea unilateral; iii) que se produzca en ejercicio de función administrativa y iv) que produzca o tenga efectos de producir efectos jurídicos¹².

Se puede afirmar que respecto al cumplimiento de los elementos ii) y iii) no existe ninguna duda. La cuestión es si los estudios previos son una manifestación de voluntad y de que esta produce reales efectos jurídicos. Son dos elementos que no pueden analizarse por separado, pues la declaración o manifestación de voluntad será relevante para la materia en cuanto produzca o tenga la virtualidad de producir efectos. Santofimio Gamboa advierte que la voluntad «[...] constituye el querer, la intención, la actitud consciente y deseada que se forma en el órgano administrativo»¹³, y enfatiza que esa declaración debe crear, extinguir o modificar situaciones fácticas y materiales relevantes ante el derecho.

Se piensa que el elemento de la manifestación de voluntad debe analizarse desde la intención para determinar los efectos jurídicos que puede producir. Así, la Administración realiza los estudios previos con la intención de realizar, en debida forma y como lo dispone el ordenamiento, la apertura de un proceso de selección, para ejecutar un contrato que busca garantizar el interés general como finalidad primordial del Estado de derecho. Sin importar las consecuencias jurídicas por la falta de dichos estudios, la intención de modificar situaciones reales que sean relevantes para el derecho es clara. En consecuencia, por más que parezca que

¹¹ Parágrafo, artículo 12 de la Ley 80 de 1993 «Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.

¹² Santofimio Gamboa al exponer la teoría de la voluntad sobre el concepto de acto administrativo señala que «En consecuencia, entendemos por acto administrativo toda manifestación unilateral de voluntad por parte de quienes ejercen funciones administrativas, sean órganos públicos del Estado o simples particulares, tendiente a la producción de efectos jurídicos» (GAMBOA SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Acto administrativo. procedimiento, eficacia y validez. Colombia: Universidad Externado de Colombia. 1994. p. 59).

¹³ *Ibid.* p. 61.

estos estudios son de carácter informativo, estos están llamados a generar modificaciones pragmáticas que activen el ordenamiento jurídico, por lo que serán considerados como auténticos actos administrativos.

Queda por definir si los estudios previos son un acto administrativo definitivo o de trámite. La doctrina ha definido que los actos de trámite son «[...] aquellos de mero impulso de la actuación, que no deciden nada sobre el asunto debatido, pero que instrumentan la decisión final o definitiva [...]»^{14 15}, y los definitivos son los que ponen fin a una actuación administrativa, a un ciclo autónomo dentro de esa actuación o los que siendo de trámite, hacen imposible continuar la misma actuación.

Resulta evidente que los estudios previos más que poner fin a una actuación administrativa, propician el impulso del procedimiento de selección del contratista, por lo que califica como un acto administrativo de trámite.

5. Consecuencias jurídicas respecto a la falta de los estudios previos o su realización de manera negligente

Ahora, ¿qué sucede cuando no se cumple con el deber de elaborar los estudios previos, o en su construcción se obra con negligencia? Un sector de la doctrina predica que en estas circunstancias podría predicarse la eventual declaratoria de nulidad absoluta del contrato por violación al principio de planeación. Así, Santofimio Gamboa en su «Compendio de derecho administrativo» plantea que, únicamente en aquellas falencias en la planeación que, desde un principio, pongan en evidencia que el objeto del contrato no podrá ejecutarse, cabe la declaratoria de nulidad¹⁶. Matallana Camacho, aunque de una forma un poco más tímida, sostiene la misma posición sustentada en dos sentencias del Consejo de Estado¹⁷. Pero, ¿cuál es el tratamiento jurisprudencial de este polémico planteamiento?

¹⁴ PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. Derecho procesal administrativo. 11° ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez. 2021. p. 97.

¹⁵ El tratadista Agustín Gordillo hace la siguiente salvedad respecto a este tipo de actos: «Resulta así que debemos distinguir, en esta estipulación, el acto preparatorio en cuanto acto no productor de efecto jurídico directo, del acto “interlocutorio o de mero trámite”, que, a pesar de su denominación, sería un acto productor de efectos jurídicos directos, aunque no en cuanto al fondo de la cuestión debatida, sino en cuanto al trámite» (GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. tomo III. El acto administrativo. 10° ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 2011. p. II-13).

¹⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. p. 643.

¹⁷ MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. La licitación pública. aplicación del principio de proporcionalidad a la selección objetiva del contratista. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2021. p. 110.

Sin la intención de realizar una línea jurisprudencial exhaustiva, pues no es el objeto de este ensayo, se identifican dos momentos trascendentales respecto al tema. El primer momento está precedido por las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado con número de expediente 27.315¹⁸, 24.809¹⁹ y 26.637²⁰ todas del año 2013, y con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, que, como puede observarse, es quizás el precursor y mayor defensor de esta tesis.

De dichas decisiones se siguen dos importantes reglas relacionadas con el tema tratado. En primer lugar, que la ausencia de planeación, derivada de una negligente elaboración de los estudios previos de oportunidad y conveniencia, ataca la esencia misma del interés general y perjudica el patrimonio público. Si bien el legislador no dispuso taxativamente la obligación de planeación, su presencia se infiere de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984 —aunque actualmente no está vigente—. Por tal motivo la planeación y todas sus formas de ser materializado —principalmente a través de los estudios previos— constituyen un requisito legal para la actividad contractual.

En segundo lugar, que la inobservancia del principio de planeación es una prohibición *implícita* en el estatuto contractual para la celebración de un contrato estatal, por lo que cabe declarar la nulidad absoluta por objeto ilícito, toda vez que en el derecho común «[...] esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público»²¹.

Ahora, el segundo momento esta precedido por una sentencia de tutela de la Sección Cuarta —Radicado. 11001-03-15-000-2013-01919-00(AC)²²— contra providencia judicial, en este caso, contra una sentencia anteriormente referenciada del consejero Santofimio Gamboa —Expediente 24.809—. Luego realizar algunas consideraciones generales sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, el Consejo de Estado analizó dos problemas jurídicos preponderantes: i) si la sentencia acusada incurrió en un defecto sustantivo cuando señaló que el deber de planeación está instituido como principio rector de

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera, Subsección B. Sentencia del 24 de abril del 2013. Exp. 27315. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de junio del 2013. Exp. 24809. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de junio del 2013. Exp. 26637. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera, Subsección B. Sentencia del 24 de abril del 2013. Exp. 27315. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²² CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 21 de agosto del 2014. Rad. 11001-03-15-000-2013-01919-00. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

la actividad contractual del Estado y ii) si la sentencia incurrió en defecto sustantivo al declarar la nulidad por objeto ilícito del contrato suscrito por violación del principio de planeación.

Respecto al primer problema jurídico, la Sala concuerda con la sentencia impugnada ya que si bien el principio de planeación no está expresamente estipulado en la legislación contractual pública, este sí se deriva de la interpretación armónica de distintas normas –aunque actualmente sí existen algunas disposiciones de orden reglamentario–. Incluso, advierte que del Decreto Ley 222 de 1983 también se derivaba este principio. Así, la organización y realización de los distintos estudios y documentos previos son una materialización de este principio rector de la contratación pública²³.

En relación con el segundo problema, la Sala advierte que la Sección tercera sí incurrió en un defecto sustantivo al declarar la nulidad absoluta de dicho contrato por objeto ilícito. Advirtió que, al ser la nulidad absoluta la sanción más gravosa que pueda recaer en un negocio jurídico, estas deben estar taxativamente estipuladas en la ley. Así, al analizar la nulidad absoluta por objeto ilícito se debe «[...] examinar si las prestaciones pactadas en el contrato, esto es, el objeto del contrato, atentan contra el ordenamiento jurídico o las buenas costumbres»²⁴. En ese sentido, la sentencia cuestionada no hizo un análisis de las prestaciones propias del contrato, sino de algunas circunstancias de la etapa precontractual:

«La Sala estima que hay una interpretación errónea en la deducción que ha hecho la sentencia cuestionada. Aun aceptando, como se acepta, que el principio de planeación es inherente a la actividad administrativa contractual y de ineludible acatamiento, una cosa es la etapa previa a la celebración del contrato, incluida la etapa de planeamiento, y otra es el momento de la celebración del contrato. Al ajustarse el contrato queda configurado el objeto, esto es, quedan descritas las mutuas obligaciones y son estas las que deben estar libres de ilicitud: no deben ser contrarias a una expresa prohibición legal, deben respetar el orden público y las buenas costumbres»²⁵.

²³ En palabras de la Sala: «Lo hasta aquí dicho permite concluir que la sentencia cuestionada no incurrió en ningún defecto al considerar que la planeación es un principio rector de la actividad contractual. Se repite: esa conclusión tiene sustento en el sentido de las normas constitucionales en materia de contratación estatal, que regulan la conducta que deben seguir las entidades públicas contratantes. La Sala comparte las conclusiones de la autoridad judicial demandada, pues cierto es que de la interpretación integral del ordenamiento jurídico se concluye que la planeación es un principio que rige la contratación pública» (*ibid*).

²⁴ *ibid*

²⁵ *Ibid*.

La cuestión sigue siendo poco pacífica luego de la sentencia de tutela expedida por la Sección Cuarta, aunque se advierte que el último pronunciamiento del Consejo de Estado reivindica la posición expuesta en sede de tutela²⁶.

Personalmente se está de acuerdo con la postura de este segundo momento, pues ya está decantado por la jurisprudencia, tanto constitucional como administrativa, que las normas que restringen derechos, en especial las sanciones, deben interpretarse de manera restrictiva, dándole cumplimiento al principio *in dubio pro libertate*. Si bien el término «objeto ilícito» es indeterminado, esto no significa que el juez administrativo pueda extender su alcance más allá de lo prescrito por el legislador o incluso crear por analogía nuevas causales de nulidad absoluta, lo cual es una violación directa al principio de la reserva legal.

Lo anterior no significa que la falta de planeación o la violación de este principio carezca de consecuencias jurídicas, pues las responsabilidades por daños antijurídicos podrán seguir siendo pretendidas en la vía correspondiente, no sin antes advertir que la violación a este principio es considerada como una falta disciplinaria gravísima para el funcionario responsable²⁷.

Bibliografía

Doctrina

GAMBOA SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Acto administrativo. procedimiento, eficacia y validez. Colombia: Universidad Externado de Colombia. 1994.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. 1303 p.

GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. tomo III. El acto administrativo. 10° ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

²⁶ «Los antecedentes jurisprudenciales referidos son representativos para el caso sometido a estudio de la Sala, habida cuenta de que el demandante pretendió, precisamente, que se declarara la nulidad absoluta del contrato por la inobservancia del principio de planeación; pretensión principal frente a la que se advierte que la ilicitud del objeto contractual no se configura por la no atención de este principio, tal y como lo resolvió el Consejo de Estado en la referida Sentencia de 21 de agosto de 2014. En ese sentido, la inobservancia del principio de planeación no es una causal de nulidad de los contratos estatales porque la ley no lo estableció, comoquiera que es al legislador a quien le corresponde definir las causas que hacen nulo un negocio jurídico» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección B. sentencia del 8 de septiembre de 2021. C.P. Alberto Montaña Plata).

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. La licitación pública. aplicación del principio de proporcionalidad a la selección objetiva del contratista. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2021. 573 p.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública. 3ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2013.

PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8ªed. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. 859 p.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-641 del 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 31 de enero del 2011. Rad. 17767. C.P. Olga Mélida Valle.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 28 de mayo del 2012. Rad. 21489. C.P. Ruth Stella Correa.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera, Subsección B. Sentencia del 24 de abril del 2013. Exp. 27315. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de junio del 2013. Exp. 24809. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de junio del 2013. Exp. 26637. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 21 de agosto del 2014. Rad. 11001-03-15-000-2013-01919-00. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección B. sentencia del 8 de septiembre de 2021. C.P. Alberto Montaña Plata