

Fallos referentes en contratación estatal

José Luis Benavides / Ed.

Universidad
Externado
de Colombia

José Luis Benavides
Editor

Fallos referentes en contratación estatal

Universidad Externado de Colombia

Fallos referentes en contratación estatal / Sebastián Barreto Cifuentes [y otros] ; José Luis Benavides (editor). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020. 633 páginas ; 21 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587904611

1. Derecho administrativo – Colombia 2. Derecho público – España 3. Derecho público – Alemania 4. Contratos públicos -- Aspectos jurídicos – Colombia 5. Contratos administrativos -- Aspectos jurídicos – Colombia 6. Colombia -- Administración pública I. Benavides, José Luis, editor II. Universidad Externado de Colombia III. Título

344 SCDD 15.

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP. noviembre de 2020

ISBN 978-958-790-461-1

© 2020, JOSÉ LUIS BENAVIDES (EDITOR)
© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 02 88
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Néstor Clavijo
Composición: Álvaro Rodríguez
Impresión: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CAPÍTULO PRIMERO

LA PLANEACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN DIÁLOGO DE LOS SISTEMAS: UNA COMPARACIÓN ENTRE EL DERECHO COLOMBIANO, EL ESPAÑOL Y EL ALEMÁN

SEBASTIAN CONRAD

FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA

MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN

CE, sec. III. C, sent. 24/04/2013, exp. 27.315; sent.
13/06/2013, exp. 24.809; sent. 13/06/2013, exp. 26.637

SUMARIO: I. El principio de planeación y las consecuencias jurídicas de su vulneración en Colombia. A. Consagración normativa y función de la planeación contractual. B. Contenido del deber de planeación contractual. C. Consecuencias de vulnerar el deber de planeación. II. La planeación de la contratación pública en España. A. La obligación de programación de la contratación pública. B. La preparación del contrato. Aspectos determinantes. C. Las consultas preliminares del mercado. Un instrumento “nuevo” y útil. D. La disponibilidad de terrenos. E. El fraccionamiento del contrato. F. La ausencia de división en lotes. G. La inadecuación del procedimiento. Especial referencia al procedimiento negociado sin publicidad. H. La mala planeación del contrato y sus efectos en la ejecución del contrato. 1. Los riesgos de la modificación del contrato. 2. La regulación de las modificaciones contractuales en España y los efectos de

su incumplimiento. a. Las modificaciones previstas. b. Las modificaciones no previstas. III. El mandato de *vergabereife* (maduración de proyectos) en el derecho de compras públicas alemán. A. Fundamentos del derecho de compras públicas. B. El origen del mandato de *Vergabereife* (maduración de contratos). C. Contenido del *Vergabereife*. 1. La maduración formal de los contratos públicos (*Vergabereife*). 2. La maduración material de los contratos públicos (*Vergabereife*). D. Consecuencias del incumplimiento.

INTRODUCCIÓN

Este capítulo considera tres sentencias referentes pronunciadas por el Consejo de Estado colombiano: las decisiones jurisprudenciales de la Sección Tercera, Subsección C, de 24 de abril y de 13 de junio de 2013 (rads. 27.315, 24.809 y 26.637), con la finalidad de determinar su alcance y precisar si es posible identificar una línea jurisprudencial. Los tres casos, base de las sentencias, todos de obra pública, tienen en común falencias en la planificación del contrato, consistentes en que este fue celebrado sin que los terrenos, sobre los cuales se iban a ejecutar el objeto contractual, hubieran sido adquiridos. En el primer fallo se fundó el precedente según el cual la consecuencia de la vulneración del deber de planeación es la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito. Dicha regla fue confirmada por las otras dos decisiones mencionadas.

Este capítulo no pretende limitarse, en su análisis, a las sentencias seleccionadas, a pesar de su relevancia de fallos referentes, sino que el objeto de estudio es, más bien, el tema de las providencias y el problema jurídico que se plantea en ellas; esto es, el principio de planeación y las consecuencias jurídicas de su transgresión (i). De igual manera, el capítulo tiene como objetivo realizar un aporte doctrinal crítico de la temática. Para ello se parte de una perspectiva que analiza los modelos español (ii) y alemán

(III), más que con la finalidad de presentar un estudio de derecho comparado, en su modelo teórico descriptivo¹, que exige una comparación detallada de las semejanzas y diferencias de los sistemas jurídicos examinados; el objeto es, más bien, realizar reflexiones comparadas, guiadas por la perspectiva funcionalista aplicada que, después de la identificación de las reglas con las cuales se juzgan y solucionan problemas jurídicos concretos, se pregunta ¿qué propuestas e indicaciones son recomendables para el actuar político jurídico?; es decir, si el derecho aplicable debería ser modificado en cierto(s) punto (s) y cómo². Este estudio se efectuará en el último acápite, que finaliza con la enunciación del modelo europeo de sistema efectivo de recursos especiales de contratos públicos, que puede servir de ejemplo para Colombia. El trabajo también se orienta en los lineamientos de las funciones de la comparación, determinadas en la teoría funcionalista, como lo afirma Zweigert³, por los trabajos de Lambert y Saleilles, que pretendían reducir en el análisis comparatista el acento sobre las diferencias entre las legislaciones, marcadas, las más de las veces, por circunstancias políticas, morales o sociales; acercar los sistemas mediante la búsqueda de los aspectos comunes y profundizar la idea de la existencia de principios válidos para todos los pueblos.

I. EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE SU VULNERACIÓN EN COLOMBIA

El Consejo de Estado ha derivado consecuencias de la falta al principio de planeación que van hasta la declaración de nulidad del contrato estatal (C). La exposición de la línea ju-

1 KONRAD ZWIEGERT y HEIN KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.^a ed., Mohr, Tubinga, 1996, p. 11.

2 *Ibid.*, pp. 5, 12.

3 *Ibid.*, pp. 2 y ss.

risprudencial, en la materia, exige primero un esbozo de las normas que fundamentan el principio de planeación (A) y de los rasgos esenciales del contenido de dicho principio (B).

A. Consagración normativa y función de la planeación contractual

De acuerdo con Aponte Díaz, las falencias en la planeación del contrato estatal surgen por la confusión, desde el punto de vista conceptual y práctico, entre plan, planeación y planificación⁴. Esto motiva que, antes de comenzar el estudio de la planeación en la actividad contractual del Estado y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, se deba primero hacer una distinción entre los términos “plan” y “planificación” o “planeación”, realizada por la dogmática alemana, que es válida para el derecho colombiano. En el ordenamiento jurídico alemán hay varias clases de plan: los presupuestos del Estado y de las entidades territoriales; los planes de ordenación del territorio, que pueden ser globales o sectoriales; los así denominados planes de necesidad, por ejemplo en el ámbito de carreteras o en el ámbito social; los planes alemanes en el ámbito del medio ambiente, etc.⁵. Esta diversidad de planes dificulta considerar una definición uniforme y omnicomprensiva del término *plan*⁶. El plan no representa una categoría jurídica independiente⁷, sino más bien una denominación general que abarca todos los fenómenos descritos⁸. A pesar de esta dificultad en la definición, sí puede hacerse una cierta distinción entre plan

4 IRIANA APONTE DÍAZ, “Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 11, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 178.

5 HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19.ª ed., Munich, Beck, 2017, pp. 423 y ss.

6 *Ibid.*, p. 427.

7 *Ibid.*, p. 204.

8 *Ibid.*, p. 427.

y planificación o planeación: “Planificación es la actividad que tiene por finalidad la adopción de un plan; el plan es producto de esta actividad”⁹.

En el ordenamiento jurídico colombiano no hay una norma expresa que tipifique un deber o un principio de planeación. La Ley 80 de 1993 consagra disposiciones que rigen la etapa preparatoria, pero ante su desatención, de parte de las entidades públicas, fueron reiteradas y desarrolladas por las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 y los decretos reglamentarios¹⁰.

El “principio de planeación” ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado para ser aplicado a la actividad contractual del Estado. Este es, por lo demás, en su denominación acertado, no tanto porque la planeación, como tal, o algunos de los deberes que conforman su contenido puedan ser objeto de ponderación, como lo sugeriría su calificación como principio, sino, más bien, porque la planeación, en si misma considerada, implica¹¹ un margen de actuación que se llena mediante la ponderación orientadora del proceso de elección de alternativas propias de la toma de decisión de planeación.

El Consejo de Estado ha deducido el principio de planeación del artículo 209, del artículo 339 —modificado por el Acto Legislativo 3 de 2011—, del artículo 340 y del artículo 341 de la Constitución. El principio de planeación ha sido derivado también de fuentes legales, específicamente de manifestaciones del principio de economía, establecidas en los numerales 6, 7 y del 11 al 14 del artículo 25 de la Ley

9 *Ibid.*

10 LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 3.^a ed., Bogotá, Legis, 2016, pp. 267 y ss.

11 Sobre este tema, *cfr.* WILFRIED ERBGUTH, “Die planerische Abwägung und ihre Kontrollre- aus rechtsstaatlicher Sicht”, en WILFRIED ERBGUTH y WINFRIED KLUTH, *Planungsrecht in der gerichtlichen Kontrolle*, Berlín, Duncker & Humboldt, 2012, p. 107 y ss.

80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011. De acuerdo con el numeral 6, las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales. La conveniencia o inconveniencia del objeto para contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello se analizarán o impartirán con antelación al comienzo del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso (num. 7). Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios (num. 13). Además, el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 del Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011), preceptúa deberes precontractuales que denominó de “maduración de proyectos”:

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 [*sic*] del objeto el diseño.

El deber de planeación ha sido deducido igualmente del principio de responsabilidad prescrito en el numeral 3 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con el cual

[...] las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado

previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

Además, el deber de planeación tiene su fuente normativa en los numerales 1 y 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, conforme a los cuales el jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado. 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, que de ser necesario, “deberá estar acompañado, además de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad” (num. 1). De igual manera, la entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas (num. 2).

El principio de planeación está determinado, además, por el Estatuto Orgánico de Presupuesto; por los artículos 20 y 15 del Decreto 1510 de 2013, compilado por el Decreto 1082 de 2015; por el *Manual de buenas prácticas para la gestión contractual pública*, expedido por el Departamento Nacional de Planeación; por documentos dictados por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), como el 3045 de 1999, que establece el “Programa de concesiones viales 1998-2000”; el 3107 de 2001 y el 3133 de 2001, que

fijan la política en manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura; el 3714 de 2011, sobre el “riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública”; el 3186 de 2002, que determina “una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”; y el 3249 de 2003, que dispone la “política de contratación pública para un Estado general”; y por guías elaboradas por Colombia Compra Eficiente, que orientan la actividad contractual de las entidades estatales, como el *Manual para la identificación y cobertura del riesgo en los procesos de contratación*, la *Guía para elaborar el Plan Anual de Adquisiciones* y la *Guía para la elaboración de estudios del sector*.

El marco normativo enunciado establece parámetros “técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia”¹² que forman parte del principio de legalidad de los contratos para la adopción de las decisiones precontractuales, de tal forma que cuando estén listos y completos los requerimientos indispensables para que el proceso de selección cumpla sus cometidos, el contrato pueda ser ejecutado tan pronto finalice el procedimiento de selección del contratista, evitando así demoras en su ejecución por la ausencia de requisitos o condiciones necesarios para el cumplimiento de su objeto¹³.

Los componentes normativos del “principio de planeación, que establecen el orden y la priorización en la adopción de decisiones en el proceso contractual, tienen la función, como lo obligan los artículos 1 y 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), que se haga uso eficiente de los

12 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 644.

13 LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA, *op. cit.*, pp. 267 y ss.

recursos públicos y que se desempeñen de forma adecuada las funciones públicas para el manejo de forma correcta de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales”¹⁴. Y es que, como lo afirma Santofimio Gamboa:

[...] la ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no solo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las Administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales¹⁵.

En palabras del Consejo de Estado: “[...] de acuerdo con la normatividad, se persigue que los contratos del Estado deben ser ‘debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público’ [...]”.

La extensión del principio de planeación va más allá del cumplimiento de los requisitos establecidos en el marco jurídico (como los que se esbozarán *ut infra*), ya que su finalidad tiene fundamento superior en la atención de los fines esenciales consagrados en el artículo 2.º de la Constitución y en el logro de los intereses generales, como lo manda el artículo 209 superior¹⁶. El principio de planeación contractual exige un entendimiento que abarca las etapas precontractual, contractual y poscontractual y que se inscribe incluso en conceptos más generales, como el de actividad administrativa

14 CE, sec. III, sent. 05/06/2008, exp. 8031.

15 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, “Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios retores de la contratación pública”, en *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 42.

16 IRINA APONTE DÍAZ, *op. cit.*, pp. 180, 184.

de planificación, que es ámbito de estudio del derecho administrativo económico y el del “Sistema Nacional de Planeación”, consagrado en el artículo 340, inciso 4.º de la Constitución¹⁷. El objeto contractual es el que se necesita en atención a los planes de desarrollo y el plan de inversiones, configurados con anterioridad conforme a lo mandado por el artículo 339 de la carta magna, y exige también acciones concretas durante todo el proceso contractual que incluyen el seguimiento técnico a la ejecución contractual y la garantía por el tiempo conforme a su funcionalidad, una vez que el objeto contractual sea terminado y entregado¹⁸.

B. Contenido del deber de planeación contractual

En la fase previa de la apertura del proceso de selección o de la firma del contrato, en el caso de que la modalidad de contratación sea contratación directa, las entidades estatales y los particulares están obligados a desarrollar una serie de acciones que constituyen el contenido del principio de planeación. Se reconoce que la entidad y los particulares, en aplicación del principio de buena fe, deben observar un comportamiento leal y diligente en el procedimiento precontractual, contractual y poscontractual. Esto los obliga a “realizar todo aquello que conduzca al nacimiento del contrato [...] y a abstenerse de lo que pueda frustrar este resultado conforme a la exigencia de la mutua confianza”¹⁹.

Para la entidad pública, el principio de planeación opera sobre todo en la fase de selección del contratista, que debe ser observado en la fase precontractual, así como el principio de buena fe, que se concreta en garantías y deberes

17 *Ibid.*

18 *Ibid.*

19 RODRIGO ESCOBAR GIL, *Teoría general de los contratos de la Administración pública*, Bogotá, Legis, 1999, p. 468.

como el de lealtad, diligencia, información, probidad y la prohibición de atentar contra los actos propios²⁰.

Una vez que se ha determinado la oportunidad y conveniencia del proyecto por su incorporación en el Plan Anual de Adquisiciones²¹ (art. 2.2.1.1.1.3.1 del Dcto. 1082 de 2015) y en el presupuesto, las entidades públicas deben elaborar estudios, diseños y proyectos serios y completos.

De acuerdo con el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, los estudios previos constituyen el soporte para el análisis sobre la conveniencia y oportunidad de la contratación y para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones, los pliegos de condiciones del contrato. Estos deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del proceso de contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección: en primer lugar, la descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer, que debe “corresponder a las necesidades de la entidad, la satisfacción del interés general y la observancia de los postulados que rigen la función administrativa”²². Esto implica, de acuerdo con la Procuraduría General de la Nación, el análisis de las alternativas que existen en el mercado para cumplir dicha necesidad; la precisión de la opción más favorable desde los puntos de vista técnico, jurídico y económico para satisfacer la necesidad (por ejemplo, *outsourcing*, *leasing*, arrendamiento, etc.); la verificación de la previsión de la necesidad en el Plan Anual de Adquisiciones de la entidad o la inclusión de esta mediante el ajuste respectivo; y el establecimiento de la

20 CE, sec. III, sent. 12/06/2014, exp. 21.324.

21 Sobre este tema, *cf.* CAROLINA DEIK ACOSTAMADIEDO, *Guía de contratación estatal*, 2.^a ed., Bogotá, Juritextos, 2019, pp. 43 y ss.

22 Alcaldía Mayor de Bogotá, *Guía de contratación estatal: estructuración de los estudios previos. Actualización 2012*, citada por CAROLINA DEIK ACOSTAMADIEDO, *op. cit.*, p. 83.

relación que existe entre la contratación que se va a efectuar y el rubro presupuestal previsto para su financiamiento²³.

Los estudios previos deben contener, en segundo lugar, el objeto para 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 desarrollar el proyecto. El objeto debe detallarse de forma clara y precisa²⁴. Se debe identificar, desde esta instancia, su esencia, que no puede ser modificada ni en la etapa de selección ni en la de ejecución contractual, y sus elementos accesorios, que pueden eventualmente ser reformados por razones de interés público, siempre y cuando las causas sean imprevistas o las necesidades nuevas estén suficientemente motivadas²⁵. Respecto de las especificaciones técnicas, debe establecer también la clase de contrato por celebrar, para lo cual se deberá inquirir su objeto y el alcance de sus obligaciones²⁶. Como lo afirma Expósito, es indispensable que el estudio presente una visión completa del objeto que requiere la entidad estatal, ya que el derecho de contratación prohíbe el fraccionamiento del contrato²⁷.

De acuerdo con la Procuraduría, la definición técnica de la necesidad implica la indicación 1) del análisis de las espe-

23 Colombia, Procuraduría General de la Nación, *Recomendaciones para la elaboración de estudios previos: Aplicación del principio de planeación en la contratación de las entidades públicas*, 2010, p. 14 y ss. Disponible en <<https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Cartillaprocuraduriaestudiosprevios.pdf>>.

24 ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ, *El pliego de condiciones en la contratación estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 193.

25 *Ibid.*, p. 198.

26 JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *La configuración del contrato de la Administración pública en derecho colombiano y español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 604 y ss.; Procuraduría General de la Nación, *op. cit.*, pp. 36-38; JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, "La planeación y la validez del contrato", en *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 83.

27 JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *La configuración del contrato de la Administración pública en derecho colombiano y español*, *op. cit.*, p. 606.

cificaciones técnicas del bien, obra o servicio por contratar; de las posibilidades futuras de actualización de los bienes, su vida útil, la coherencia técnica con otras herramientas antes adquiridas, las calidades del personal técnico que debe prestar los servicios y demás elementos que afecten la satisfacción de la necesidad que motiva la contratación; 2) de los compromisos, declaraciones y acreditaciones que deberán efectuar los proponentes en materia técnica, verificables por la entidad durante el período de evaluación de las ofertas como requisito habilitante, de cumple o no cumple; 3) de las actividades técnicas y plazos para ejecutarlas, que exige tener en cuenta los tiempos administrativos de perfeccionamiento y la legalización del contrato; 4) de los servicios conexos, entendidos como los derivados del cumplimiento del objeto del contrato, como entrega de manuales, capacitaciones, mantenimientos preventivos y correctivos, soportes técnicos, etc.; 5) de los documentos o constancias técnicos para acreditar la capacidad del oferente, como certificaciones de cumplimiento de normas técnicas, certificaciones de experiencia, declaraciones, catálogos, muestras, etc.; 6) del plazo de ejecución del contrato, esto es, de la estimación del término en el que el contratista cumplirá el objeto pactado; 7) de la definición de la forma de pago del valor del contrato (con evidencia de las razones técnicas y económicas del pacto de anticipos o pagos anticipados) conforme a las directrices presupuestales de la entidad, y de tal forma, que se mantengan las condiciones económicas que existen al momento de la suscripción del contrato; 8) de la codificación efectuada de acuerdo con la *Guía para la codificación de bienes y servicios*²⁸, elaborada por Colombia Compra Eficiente y el clasificador de Bienes y

28 Colombia, Colombia Compra Eficiente, *Guía para la codificación de bienes y servicios*. Disponible en <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_clasificador/manualclasificador.pdf>.

Servicios de las Naciones Unidas (versión 14)²⁹, así como la clasificación en el Registro Único de Proponentes que debe acreditar el oferente; 9) del período de certificación que se tendrá en cuenta para determinar la experiencia mínima que se exigirá a los proponentes y de la fórmula o el mecanismo para medir la experiencia de las uniones temporales o consorcios; y 10) de la definición de la capacidad residual mínima que se exigirá a los oferentes, tasándola en salarios mínimos mensuales legales vigentes³⁰.

Los estudios previos deben incluir, en tercer término, la mención de la modalidad de selección del contratista y su justificación, además de los fundamentos jurídicos (art. 2.2.1.1.2.1.1., num. 3, del Dcto. 1082 de 2015, y art. 2.º, § 1, de la Ley 1150 de 2007); en cuarto lugar, el valor estimado del contrato y la justificación de este, que debe contener, cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la forma y el soporte de sus cálculos de presupuesto; en quinto lugar, los criterios, tanto habilitantes como de ponderación, para seleccionar la oferta más favorable, el orden en que se incluirán en el pliego y su justificación en función de la necesidad que se va a satisfacer³¹; en sexto lugar, el análisis de riesgo y la forma de mitigarlo (art. 4.º de la Ley 1150 de 2007 y art. 2.2.1.1.2.1.1 del Dcto. 1082 de 2015), conforme al *Manual para la identificación y cobertura del riesgo en los procesos de contratación*, elaborado por Colombia Compra Eficiente; en séptimo término, las garantías que la entidad estatal prevé exigir en el proceso de contratación (art. 7.º de la Ley 1150 de 2007, y art. 2.2.1.1.2.1.2, num. 7, del Decreto 1082 de 2015), cuyo régimen está reglamentado

29 Colombia, Colombia Compra Eficiente, *Clasificador de Bienes y Servicios de las Naciones Unidas (versión 14)*. Disponible en <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_clasificador/unspsc_spanish_v14_0801.pdf>.

30 Procuraduría General de la Nación, *op. cit.*, pp. 15-20.

31 LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA, *op. cit.*, p. 276.

en los artículos 2.2.1.2.3.1.1 y siguientes del Decreto 1082 de 2015; y en octavo lugar, indicar si el proceso de contratación está cobijado por un acuerdo comercial³², esto es, conforme a la definición establecida en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, por un tratado internacional vigente celebrado por el Estado colombiano que contenga derechos y obligaciones en materia de compras públicas en los cuales exista por lo menos el compromiso de trato nacional para los bienes y servicios de origen colombiano y los proveedores colombianos.

La importancia de los estudios previos es medular, si se tiene en cuenta que determinan el procedimiento de selección que debe seguirse, y tienen incidencia en el procedimiento de evaluación de las ofertas, en la medida en que permiten una comparación de objetiva de los ofrecimientos³³. La falta de estudios previos provocaría problemas con su ejecución, sobre todo en los de obra y concesión de obra pública, en los que se podría paralizar la ejecución y ocasionaría la modificación del contrato, con el consecuente aumento de erogaciones de recursos públicos u ocasionaría la frustración del proyecto³⁴.

Contenido del principio de planeación, además de los estudios previos, son los siguientes deberes precontractuales: la obtención de autorizaciones de parte del Congreso de la República, de las asambleas departamentales, de los concejos distritales y municipales y, dado el caso, del órgano directivo de la entidad y la adquisición de los inmuebles requeridos para la ejecución del contrato; la consecución de

32 Colombia, Colombia Compra Eficiente, *Manual para el manejo de acuerdos comerciales en contratación*. Disponible en <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_acuerdos_comerciales.pdf>.

33 Cfr. ERNESTO MATA LLANA CAMACHO, *Manual de contratación de la Administración pública*, 4.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 389; RODRIGO ESCOBAR GIL, *op. cit.*, p. 70.

34 RODRIGO ESCOBAR GIL, *op. cit.*, p. 71.

las licencias ambientales y de construcción; la consulta con comunidades; el análisis necesario para conocer el sector³⁵, relativo al objeto del proceso de contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizativa, técnica y de análisis de riesgo, cuyo resultado debe plasmarse en los estudios y documentos previos del proceso de contratación (art. 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015); la definición de las medidas³⁶ que se van a implementar para controlar la actividad del contratista y lograr el efectivo cumplimiento del objeto contractual y, además, la configuración de los pliegos de condiciones³⁷ con el contenido establecido en el artículo 24, numeral 5, de la Ley 80 de 1993, en el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015 y, para los referidos al contrato de obra pública, de acuerdo con la Ley 1882 de 2018 y el Decreto 342 de 2019, en los pliegos tipo elaborados por Colombia Compra Eficiente.

El Consejo de Estado precisó que también los particulares que participan en la actividad contractual como colaboradores de la Administración están determinados por el principio de planeación: según el inciso 2.º del artículo 3.º de la Ley 80 de 1993, los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que [...]”³⁸ colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”. Por consiguiente, de este texto legal se desprende su deber de manifestarle a la entidad estatal las deficiencias de planea-

35 Sobre el análisis del sector, *cfr.* Colombia, Colombia Compra Eficiente, *Guía para la elaboración de los estudios de sector*. Disponible en <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_guiia_estudio_sector_web.pdf>.

36 Sobre este tema, *cfr.* JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *La planeación y la validez del contrato estatal*, *op. cit.*, p. 95.

37 Sobre este tema, *cfr.* ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 722; CAROLINA DEIK, *op. cit.*, pp. 137-165.

38 El aparte omitido de este inciso fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

ción de las que se percaten para que sean subsanadas e incluso su deber de abstenerse de participar en la celebración de contratos cuyo objeto contractual no se pueda ejecutar o cuya ejecución dependa “[...] de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros, como por ejemplo el que estos se decidan a enajenar predios sobre los cuales han de construirse las obras que son o serán materia del contrato”³⁹.

El Consejo de Estado ha considerado que el principio de planeación se traduce en una carga para el particular que consiste en “[...] analizar la suficiencia y consistencia de los estudios previos y de los precios presupuestados, en orden a definir su participación en la licitación y el contenido de su oferta; se entiende que es una carga, en el sentido de que el contratista no podrá desconocer los términos y condiciones que aceptó y mucho menos aquellos que negoció con la entidad pública”⁴⁰. Además, respecto del contratista “[...] se predica también la carga de planear adecuadamente las modificaciones, en orden a establecer los requerimientos sobre los cuales se construyen las obligaciones contractuales (art. 3.º de la Ley 80 de 1993)”⁴¹.

La buena fe, que obliga al contratista, va más allá del comportamiento cabal y honesto, e implica el conocimiento de las condiciones en las que se ejecutará el vínculo jurídico con objeto de salvaguardar la mutua confianza de las partes⁴². El Consejo de Estado estableció, en un caso concreto, por ejemplo, que el constructor debía asumir los sobrecostos generados por el cambio de botadero de escombros, el material de construcción y la mayor permanencia en obras porque estos eventos no eran imprevisibles, más aún cuando el contratista contaba con una gran experiencia, capa-

39 CE, sec. III, sent. 24/04/2013, exp. 27.315.

40 CE, sec. III, sent. 08/05/2019, exp. 59.309.

41 *Ibid.*

42 CE, sec. IV, sent. 21/08/2014, exp. 1919 00.

cidad, conocimiento y diligencia para estructurar la oferta del proceso en lo concerniente a la selección del lugar del depósito de escombros y las especificaciones técnicas⁴³. En este mismo sentido, se declaró que el contratista no podía alegar fallas en la planeación contractual que pudieran generar su incumplimiento, por la insuficiencia de recursos para atender de manera oportuna los pagos, en eventos en los que “[...] del pliego de condiciones resultaba cierto que el contratista conocía que los precios comprendían todas las actividades que fueran requeridas para la respectiva intervención y que aceptó el método bajo el cual podrían variar los tramos asignados, el alcance de las labores y la base para liquidar el pago de las prestaciones contractuales”⁴⁴. Según el Consejo de Estado, si el contratista resolvió presentar la propuesta en estas circunstancias, lo hizo con conocimiento de esos términos y condiciones, bajo su determinación y comunicación explícita⁴⁵.

C. Consecuencias de vulnerar el deber de planeación

Una vez que se hayan comprobado deficiencias en la planeación, se plantea si estas podrían ser subsanadas mediante modificaciones del pliego de condiciones. El artículo 2.2.1.1.2.2.1 del Decreto 1082 de 2015 establece que el pliego de condiciones puede ser modificado mediante adendas expedidas antes del vencimiento del plazo de presentación de las ofertas, pero nada dice sobre el contenido y los límites sustanciales de dichas modificaciones. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado tales límites en línea jurisprudencial esbozada a partir del año 2000. De acuerdo con esta corporación, en desarrollo de los principios de

43 CE, sec. iii. A, sent. 28/01/2016, exp. 34.454.

44 CE, sec. iii. A, sent. 08/05/2019, exp. 59.309.

45 *Ibid.*

igualdad, transparencia, economía, publicidad, responsabilidad y de selección objetiva del contratista⁴⁶, se impone el principio de intangibilidad del pliego para las normas de este, que atañen a sus aspectos esenciales, como el objeto, los criterios de selección del contratista y la ponderación de los criterios de escogencia⁴⁷. Este principio de intangibilidad del pliego no significa, sin embargo, que “[...] con posterioridad al llamado a licitación y antes del cierre de la misma, la Administración pueda introducir modificaciones razonadas y razonables al procedimiento de selección, siempre y cuando las mismas sean debidamente comunicadas a todos y en tanto no se afecte el derecho a la igualdad”⁴⁸. De acuerdo con el artículo 30, numeral 4, inciso 1.º, de la Ley 80 de 1993, dentro de los tres días hábiles al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas, se celebrará una audiencia con objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones y la asignación de riesgos, que puede tener como resultado la modificación de tales documentos. De igual manera, se preceptúa que cualquier interesado puede solicitar aclaraciones adicionales (art. 30, num. 4, inc. 3.º, de la Ley 80 de 1993). Ello implica que “[...] no necesariamente la aclaración tiene lugar con una simple explicación verbal, sino que habrá situaciones, excepcionales [...], en que para precisar el contenido o el alcance de algunos apartes del pliego de condiciones o de los términos de referencia sea menester introducir modificaciones o alteraciones mediante adendos”⁴⁹.

En casos en que falte incluir requisitos en el pliego de condiciones, la entidad no puede declarar desierto el proce-

46 CE, sec. III, sent. 29/01/2004, exp. 10.779; sent. 08/06/2006, exp. 15.005; sent. 30/04/2012, exp. 21.571.

47 *Ibid.*

48 CE, sec. III, sent. 08/06/2006, exp. 15.005.

49 *Ibid.*

so con este argumento, ya que no es una causal de las que taxativamente reconoce la ley para poder hacerlo⁵⁰.

Surge entonces este interrogante: ¿se subsanan las faltas al deber de planeación mediante una modificación del contrato en el evento de que ya se haya celebrado? La respuesta a esta pregunta exige hacer la siguiente distinción: las modificaciones pueden responder a una situación imprevista al momento de la celebración del contrato, el suceso era preexistente pero desconocido por las partes, o el evento era previsible pero irresistible por los resultados negativos para el contrato, distintos de los proyectados; otras modificaciones tienen su origen en errores de diseño o de conceptualización, o en términos generales, en inadvertencias en la fase preparatoria de los procesos contractuales⁵¹. En ambos casos, estas modificaciones proceden 1) si son necesarias para la ejecución del contrato, de tal forma que sin ellas el contrato perdería sentido; 2) si ello es necesario para la consecución de los fines del Estado; y 3) si no se modifica el objeto contractual⁵². En los primeros casos, las modificaciones dan lugar a pagos a favor del contratista⁵³; en los segundos, procederían si “los errores eran de aquellos que por el conocimiento y especialidad profesional de la persona del contratista eran obvios y reconocibles, en cuyo caso la omisión de deberes de conducta y diligencia también atribuibles al contratista cuando estructura la oferta, implican la asunción de una responsabilidad compartida con la entidad y la aplicación consecuente del artículo 2357 del Código Civil, aplicable en materia de responsabilidad contractual”⁵⁴.

50 CE, sec. III, sent. 14/04/2010, exp. 16.432.

51 LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA, *op. cit.*, p. 587.

52 JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *La configuración jurídica*, *op. cit.*, p. 606.

53 LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA, *op. cit.*, p. 587.

54 *Ibid.*

El incumplimiento del principio de planeación en la actividad contractual puede tener consecuencias extrapatrimoniales de tipo penal, fiscal y disciplinario. Como se indicó *at supra*, de acuerdo con el artículo 26, numeral 3, de la Ley 80 de 1993, modificado por la Ley 1150 de 2007:

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

Según lo afirma el Consejo de Estado, del principio de planeación emergen los deberes, la diligencia, el cuidado, la eficiencia y la responsabilidad con los cuales los administradores públicos deben dirigir sus actuaciones; a estos se les confía el manejo de dineros y recursos que no les pertenecen, que “[...] son de carácter oficial, que han de destinarse a la satisfacción del interés general, en desarrollo de las funciones y precisas competencias atribuidas a la respectiva entidad, con miras al cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción del interés general”⁵⁵.

Las consecuencias patrimoniales de la transgresión del principio de planeación requieren un análisis diferenciado, de acuerdo con el deber concreto, parte de su contenido, que es vulnerado. En ciertos casos el Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad patrimonial de la entidad, en algunos supuestos ha ordenado los efectos propios de la nulidad del contrato y en otros eventos ha aplicado la teoría del equilibrio económico del contrato.

55 CE, sec. III, sent. 13/11/2013, exp. 23.829.

De acuerdo con el Consejo de Estado, una consecuencia de la vulneración del deber de planeación puede consistir en la responsabilidad patrimonial del Estado: por ejemplo, en caso de que la entidad estatal omita realizar o entregar los estudios de suelo o del terreno necesarios para realizar la obra, siendo su obligación contractual, y se presentan problemas en su ejecución como consecuencia de situaciones que pudieron preverse durante su elaboración, a menos que se trate de un riesgo que el contratista haya asumido⁵⁶. También se le podría declarar patrimonialmente responsable, conforme al Consejo de Estado, por infringir los deberes propios del principio general de buena fe que obliga a la entidad a obrar con lealtad en la fase precontractual cuando declara desierta la licitación o termina de forma unilateral el contrato con el argumento de que este es inconveniente para el mandato, de acuerdo con el cual es indispensable que los estudios técnicos sean definitivos y completos⁵⁷.

La obligación de realizar estudios completos y definitivos prohíbe, además, la modificación del proyecto y el cambio de las características técnicas de las obras durante el proceso precontractual⁵⁸. La transgresión de esta regla tiene como consecuencia, de la misma manera, la responsabilidad patrimonial de la entidad estatal frente a los oferentes⁵⁹, porque se vulneraría el principio de igualdad⁶⁰. En el caso de que se adjudique el contrato, este estaría viciado de nulidad⁶¹. De acuerdo con Matallana, en caso de que se les efectúen modificaciones a las especificaciones técnicas

56 CE, sec. III, sent. 20/11/2008, exp. 17.031.

57 RODRIGO ESCOBAR GIL, *op. cit.*, pp. 69 y ss. Sobre la prohibición, derivada del principio de planeación, de terminación unilateral del contrato de parte de la Administración por razones de conveniencia, *cf.* CE, sec. III, sent. 15/02/2012, exp. 19.730.

58 *Ibid.*, p. 71.

59 *Ibid.*

60 ERNESTO MATALLANA CAMACHO, *op. cit.*, p. 392.

61 *Ibid.*

durante la etapa de ejecución del contrato, este debería ser declarado nulo por haberse celebrado contra expresa prohibición constitucional y legal (art. 44, num. 2, de la Ley 80 de 1993)⁶².

La responsabilidad patrimonial, a cargo de la entidad, surge, además, en hipótesis en las cuales la Administración se abstiene de adjudicar un contrato y la propuesta había sido aceptada alegando falta de presupuesto, ya que con ello estaría vulnerando el principio de buena fe que rige las etapas de formación, celebración y ejecución de los contratos estatales y el principio de planeación que exige que el procedimiento de selección se impulse solo si se cuenta con los recursos presupuestales suficientes para cumplir con los pagos a cargo de la entidad⁶³. Igualmente, la entidad incumple el contrato cuando retrasa el comienzo de la obra por no contar con licencia de construcción, ya que parte de la correcta planeación del proyecto es comenzar el proceso de selección cuando cuente con la licencia de construcción y haya elaborado los planos y diseños, en caso de que no haya encomendado estas labores en el contratista⁶⁴. Así mismo, el Consejo de Estado declaró la responsabilidad de la entidad en sucesos en los cuales, en violación del principio de planeación, la Administración terminó de forma unilateral un contrato con el argumento de que el contratista no estaba en condiciones de seguirlo ejecutando que fue pactado por un plazo de ocho meses y dieciocho días en contra de un decreto que establecía dos años como plazo mínimo para su ejecución⁶⁵.

El Consejo de Estado ha derivado como consecuencia de la falta del deber de planeación la nulidad del contrato en varios supuestos de hecho, como en el caso en el que se

62 *Ibid.*

63 *Ibid.*

64 CE, sec. III, sent. 14/03/2013, exp. 20.524.

65 CE sec. III, sent. 29/09/2011, exp. 18.837.

había suscrito un contrato cuyo objeto había sido ejecutado⁶⁶. De acuerdo con el alto tribunal, en estos eventos se vulneran las finalidades de la contratación y los principios de igualdad, eficiencia, eficacia y en particular las normas que regulan la planeación e imponen la selección objetiva⁶⁷. Incluso es deber del juez declarar la nulidad del contrato adicional celebrado sin justificación, según el Consejo de Estado, cuando dicho contrato posterior obedece a una modificación en el alcance físico de la obra contratada y esto a su vez lleva a la variación en la cuantía del contrato⁶⁸. Se reprocha que la entidad pública, en un proceso de contratación directa, celebre un negocio de menor cuantía para hacer uso de dicho método de selección y luego le hace una adición sin que cambie el objeto original del contrato, sino solo aumente la cuantía, esto es, fracciona el objeto en varios contratos para no recurrir a la licitación pública⁶⁹.

En el evento de falta de adquisición de predios, el Consejo de Estado ha deducido consecuencias jurídicas que van hasta la nulidad del contrato⁷⁰. En un primer momento, el alto tribunal aplicó la teoría del equilibrio económico del contrato. Así, en sentencia de 29 de agosto de 2007 ordenó su restablecimiento por el incumplimiento⁷¹ de la entidad ante la omisión en la adquisición de predios requeridos para la ejecución de la obra, deber propio del principio de planeación, que originó prórrogas sucesivas en el plazo inicialmente pactado, una mayor permanencia en obra del

66 CE, sec. III, sent. 28/02/2013, exp. 25.802.

67 *Ibid.*

68 CE, sec. III, sent. 29/04/2015, exp. 29.201.

69 *Ibid.*

70 LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA, *op. cit.*, p. 268.

71 Frente la pregunta sobre si el incumplimiento de la entidad estatal es causal de ruptura del equilibrio económico del contrato véanse, por ejemplo, las siguientes sentencias en contra: CE, sec. III, sent. 14/03/2012, exp. 20524; sec. III. A, sent. 13/03/2017, exp. 33.612 A; sent. 14/09/2016, exp. 50.907 y las siguientes sentencias a favor: CE, sec. III. C, sent. 18/03/2015, exp. 33.223; sent. 26/11/2015, exp. 54.563; sent. 24/04/2013, exp. 24.637.

contratista y sobrecostos por concepto de administración, de maquinaria y de mano de obra⁷².

En sentencias de 24 de abril⁷³ (exp. 27.315) y de 13 de junio⁷⁴ de 2013 (exps. 24.809 y 26.637), el Consejo de Estado analizó tres casos con elementos fácticos similares: se celebró el contrato estatal sin que se hubieran adquirido, en la fase preparatoria del contrato, los predios necesarios para la ejecución del objeto contractual. De acuerdo con el Consejo de Estado, en los eventos en los que

[...] la entidad estatal celebra un contrato para ejecutar una obra pública en un corto lapso de tiempo [*sic*] (habida cuenta de la magnitud y complejidad de la obra) y al momento de la celebración del negocio ni siquiera ha entrado en negociaciones con los propietarios de los terrenos sobre los cuales la obra se va a hacer, ni ha adelantado diligencia alguna para su adquisición, o solo se ha adquirido una parte de ellos, es obvio que en ese contrato se faltó al *principio de planeación* de tal manera que desde ese instante ya es evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse en el tiempo acordado [...]⁷⁵. [Bastardilla fuera de texto].

El contrato, de acuerdo con el Consejo de Estado, estaba viciado de nulidad por objeto ilícito porque se estaría contraviniendo la norma imperativa que obliga a que los contratos estatales se deben planear de forma debida para la ejecución eficaz y oportuna del objeto contractual⁷⁶. Según el Consejo de Estado, no toda falencia en la planificación del contrato acarrea esta consecuencia jurídica. Es solo en aquellos supuestos en los que las falencias en la planeación del contrato

72 CE, sec. III, sent. 29/08/2007, exp. 14.854.

73 CE, sec. III, sent. 24/04/2013, exp. 27.315.

74 CE, sec. III, sents. 20/10/2014, exp. 24809, y 13/06/2013, exp. 26637.

75 CE, sec. III, sent. 24/04/2013, exp. 27.315.

76 *Ibid.*

[...] desde el momento de su celebración ponen en evidencia que el objeto contractual *no podrá ejecutarse* o que su ejecución va a depender de *situaciones indefinidas o inciertas* por necesitar de decisiones de terceros o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo. [Bastardilla fuera de texto].

Efecto de la declaración de la nulidad del contrato en derecho privado son, como regla general, las restituciones mutuas: conforme al artículo 1746, inciso 1, “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo [...]”. Esta regla tiene una excepción consagrada en el artículo 1525 del Código Civil. De acuerdo con este texto legal, “no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”.

En materia de contratación estatal, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 contiene una regla especial que prevé que “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”. Este reconocimiento y pago solo son posibles, de acuerdo con esa disposición, cuando la causal de nulidad es objeto y causa ilícita, “[...] cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que esta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.

En el caso resuelto por el Consejo de Estado en sentencia de 24 de abril de 2013 (exp. 27.315)^[77] se ordenó, como consecuencia de la declaración de nulidad del contrato, la

77 *Ibid.*

devolución de la suma de dinero que se le había entregado al contratista a título de anticipo “[...] teniendo en cuenta que se trata de un decreto oficioso de nulidad y que la entidad estatal no se ha beneficiado toda vez que el interés público no se ha satisfecho en medida alguna ya que el puente contratado no se construyó ni siquiera parcialmente”⁷⁸. En decisión de 13 de junio de 2013 (exp. 26.637), el Consejo de Estado no ordenó las restituciones mutuas porque consideró que “[...] la entidad estatal se benefició toda vez que las prestaciones cumplidas por el contratista le sirvieron para satisfacer el interés público mediante la construcción de la obra contratada, aunque tardíamente [...]”.

En consideración a la gravedad de los efectos de la declaración de nulidad que consisten en que se deje sin efectos el negocio jurídico, es posible que las partes soliciten como medida cautelar la suspensión de la ejecución del contrato cuya nulidad se pretende⁷⁹.

En materia de asociaciones público-privadas, en caso de que una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta, se prevé, en el párrafo 1.º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, modificado por el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, que “[...] en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual [...]”. La Corte Constitucional examinó la constitucionalidad de esta norma, y mediante Sentencia C-207 de 2019 la declaró exequible:

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Sobre este tema, véase CE, sec. III. B, auto 14/06/2018, exp. 61.141.

[...] en el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud.

La sentencia del Consejo de Estado de 24 de abril de 2013 (exp. 27.315), en comento, proferida por la Sección Tercera, que había ordenado la nulidad por objeto ilícito del contrato estatal, fue declarada nula en sede de tutela por la Sección Cuarta de la misma corporación, que le ordenó a la Sección Tercera proferir de nuevo sentencia de segunda instancia. Sin embargo, ha sido reiterada, por ejemplo, por el laudo de 14 de diciembre de 2015, proferido por el tribunal arbitral que dirimió las controversias suscitadas entre Empresa Aseo B/Manga y Proactiva Chicamocha.

La Sección Cuarta argumentó que las causales de nulidad absoluta estaban taxativamente previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y que el objeto ilícito “[...] alude muy particularmente a las mutuas prestaciones que las partes acordaron, prestaciones que devienen en ilícitas porque estaba prohibido que se pacten o porque se pactaron para facilitar la violación de otras normas [...]” y que “[...] lo ilícito, en consecuencia, debe predicarse de una, varias o todas las obligaciones asumidas por las partes, pues estas obligaciones son el objeto de contrato [...]”⁸⁰. Por ello, concluyó que en el contrato examinado no se configuraba el objeto ilícito porque, por un lado, el deber de planeación, por referirse a la etapa preparatoria, no formaba parte del

80 CE, sec. iv, sent. 21/08/2014, exp. 1919 00.

objeto contractual y por otro, ninguna de las cláusulas contractuales era ilegal.

La Sección Tercera, en cumplimiento de la orden de la Sección Cuarta, profirió sentencia de 20 de octubre de 2014 (exp. 24.809) en la cual resolvía el caso a la luz del principio de equilibrio económico del contrato. El Consejo de Estado estudió si la falta de adquisición de predios podría configurar un incumplimiento contractual que podría ser causa, de acuerdo con ese tribunal, de alteración del equilibrio económico del contrato. Como lo ha sostenido en anteriores decisiones el Consejo de Estado⁸¹, el principio de buena fe contractual u objetiva impone un factor de oportunidad que consiste en que

[...] si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como *suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes*, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades *por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes*. [Bastardilla fuera de texto].

En el caso concreto se desestimaron las pretensiones de la demanda porque, amén de no haber quedado demostrado que la ruptura del equilibrio económico era grave, que “[...] se salió de toda previsión y que no estaba comprendida dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contrato que debían ser asumidos por el contratista”, no se cumplió con el factor de oportunidad: las partes habían celebrado contratos adicionales y en ellos no se hizo la salvedad de que después se iban a presentar reclamaciones por cuestiones

81 Por ejemplo: CE, sec. III, C, sent. 27/01/2016, exp. 54.415.

relacionadas con el restablecimiento económico del contrato, reajustes, sobrecostos, intereses por mora en el pago, etc.

El restablecimiento del equilibrio económico del contrato exige el lleno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia, dentro de los que se cuenta el principio de oportunidad. Se tiene que “[...] si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual”. Por eso el contratista debe manifestar las inconformidades a su cocontratante tan pronto tales circunstancias acaezcan y dejar salvedades dirigidas al reconocimiento o pago de reclamaciones o pretensiones ulteriores al momento en que se suscriban las prórrogas, modificaciones, adiciones, suspensiones y actas de reinicio del contrato⁸².

Para finalizar este tema es menester citar la posición doctrinal de Expósito Vélez, citada por el Consejo de Estado en sentencia de 14 de junio de 2018^[83], quien considera que la consecuencia de la vulneración del deber de planeación es la nulidad del contrato por causa ilícita:

[...] partiendo de la legalidad que rodea a la contratación pública, consideramos que la causa en este ámbito se encuentra íntimamente *ligada* con el principio de planeación [...] se *verifica* a partir del cabal cumplimiento de una serie de requisitos [...] para la adopción de los estudios previos del contrato y cuya pretermisión deviene, a nuestro juicio, en la nulidad absoluta del contrato por falta de causa.

82 CE, sec. iii. C, sent. 27/01/2016, exp. 54.415.

83 CE, sec. iii. B, auto 14/06/2018, exp. 61.141.

De ahí el mandato expreso contenido en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007 y los artículos 2.1.1. y 2.2.3 del Decreto 734 de 2012, que señalan la obligación de que las entidades estatales elaboren y publiquen, además de los proyectos de pliegos de condiciones, los estudios y documentos previos que justifiquen la contratación, los cuales están conformados por los documentos definitivos que sustentan el proyecto en el pliego de condiciones.

II. LA PLANEACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA

Uno de los defectos más relevantes en la contratación pública en Europa, en los últimos tiempos, ha sido la falta de programación de la contratación pública, lo cual ocasiona graves consecuencias tanto internas como externas. Internas, pues la precipitada licitación de contratos públicos por los poderes adjudicadores ocasiona errores en el planeamiento de contratos, sobre todo en su contenido más esencial: objeto del contrato incompleto, criterios de adjudicación ambiguos. Externas, porque en especial los operadores económicos carecen de tiempo suficiente para preparar sus ofertas o las realizan sin conocer los extremos del futuro contrato, y por tanto, a “ciegas”.

Todo ello ocasiona que el contrato adolezca de vicios en su concepción que suponen graves riesgos jurídicos de potencial anulación del contrato y en su ejecución con la modificación de contratos para pretender solventar durante su desarrollo los problemas de su preparación.

La Ley 9 de 2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 —en adelante, LCSP—, ha pretendido solventar estos problemas, con gran relevancia teórica y, hasta el momento, no tanta relevancia real o práctica.

A. La obligación de programación de la contratación pública

La necesidad de llevar a cabo una programación adecuada de un contrato que permita gestarlo con detenimiento se ha convertido ahora en España en una obligación legal. El artículo 28.4 LCSP obliga a todos los poderes adjudicadores a publicar un anuncio de información en la plataforma de contratación del sector público —donde se centraliza toda la información de contratación pública en España, anterior artículo 347 LCSP—⁸⁴. Dicho anuncio tiene que reflejar, de forma obligatoria, y por lo menos, aquellos contratos que estén sujetos a una regulación armonizada que vayan a licitarse ese año y los contratos plurianuales de este importe⁸⁵. Sin embargo, la mayoría de las entidades vienen incumpliendo esta obligación sin que ningún tribunal de justicia ordinario o especial (tribunales de recursos contractuales) le haya dado trascendencia jurídica a este incumplimiento.

B. La preparación del contrato. Aspectos determinantes

La normativa española ha puesto de manifiesto, por fin, que extremar el celo en la preparación del contrato es la solución para lograr una reducción del número de contratos que se anulan por defectos en su preparación —especialmente por ausencia de crédito, disponibilidad de terrenos o defectos en la preparación del pliego de condiciones administrativas que rige la relación contractual—, o ante los sobrecostes de

84 Sobre la programación de la contratación como pieza clave de la invocación, puede verse JAVIER VÁZQUEZ MATILLA, “Compra pública de innovación. Avanzando hacia la compra pública estratégica”, en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 159, enero-febrero, 2019.

85 Contratos de obras, concesiones de obras y servicios de valor estimado superior a 5.350.000 y contratos de servicios y suministros superiores a 214.000 euros.

los contratos públicos, debe extremarse el cuidado en su preparación y promover la integridad⁸⁶. La solución, también con escasa implantación práctica por el momento, ha sido obligar a los órganos gestores a redactar y suscribir una memoria del contrato, muy completa, antes de su licitación. El artículo 116 LCSP obliga, por una parte, a que se motive la necesidad del contrato (art. 28 LCSP).

Y es que han sido muchos los contratos que se licitaban sin necesidad o sin competencia (art. 61 LCSP). Ello ha sido una de los motivos de la gran mayoría de los casos de corrupción en la contratación en España⁸⁷. En la Memoria se pone especial énfasis en que se justifique el porqué del procedimiento de adjudicación elegido, los medios de solvencia económica y técnica que operaran como criterios de selección de licitadores, los criterios de adjudicación —incluida la justificación de la fórmula para repartir la puntuación económica— y las condiciones de ejecución⁸⁸. También se exige que se justifique el importe de los contratos y se desglose en costes directos, indirectos y beneficio industrial. Así mismo, se obliga a que si el contrato no se divide en lotes deba motivarse de forma adecuada.

86 Así lo puso de manifiesto el Consejo de Estado en su memoria de 1990. Un estudio exhaustivo sobre la integridad en la contratación puede verse en AGUSTÍN CERRIRO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de interés y la lucha contra la corrupción*. Navarra, Aranzadi, 2014.

87 IGNACIO GÓNGORA ZURRO y MIGUEL ÁNGEL TORRES MORATO, “La contratación irregular en el sector público como supuesto de responsabilidad contable”, en *La Ley*, n.º 9484, 24 de septiembre de 2019.

88 ISABEL GALLEGU CÓRDOLES, “Necesidad e idoneidad de los contratos celebrados por el sector público”, en *Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, n.º 81, diciembre, 2008, p. 62.

C. Las consultas preliminares del mercado. Un instrumento “nuevo” y útil

Las consultas preliminares son una herramienta que la LCSP prevé, por primera vez⁸⁹, para que el poder adjudicador se ayude de expertos o del propio mercado para definir de forma adecuada los pliegos de condiciones, y en definitiva, para obtener información que ayude a preparar correctamente una licitación. Ello permitirá solventar el problema de la indefinición del objeto⁹⁰ o los criterios de adjudicación y también resolver otras problemáticas del planeamiento que pudieran llevar a la anulación del contrato, a la existencia de licitaciones sin concurrencia o a otras problemáticas⁹¹. Demuestran ser un ejemplo muy eficaz.

Así, el artículo 115.1 LCSP les permite a los órganos de contratación realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en él con la finalidad de preparar de forma correcta la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento. En realidad, España con ello ha recogido las nuevas previsiones contenidas en el artículo 40 de la

89 Un estudio extenso sobre las consultas preliminares puede encontrarse en MARTÍN MARÍA RAZQUIN LIZARRAGA y FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA, *La adjudicación de contratos públicos en la nueva ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2017, pp. 170-179; y, FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA, “Consultas preliminares desde la óptica de los poderes adjudicadores y las empresas”, en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 162, julio-agosto, 2019.

90 La Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 344/2017, de 21 de abril de 2017 anula una licitación por indeterminación del objeto, poniendo de manifiesto que esta produce inseguridad jurídica a la hora de formular las proposiciones.

91 La *Guía 2.0 para la compra pública de innovación* afirma que “el diálogo sobre las especificaciones funcionales es también una forma de poner en conocimiento de los interesados aspectos sociales y medioambientales que la entidad contratante considera imprescindibles, en el marco de la contratación pública estratégica”.

Directiva 2014/24/UE. Sin embargo, como en general ha considerado la norma, se ha complicado su regulación y aplicación práctica (a diferencia de la mayoría de los Estados europeos, que optaron por llevar a cabo una traslación casi literal de lo previsto en dicho precepto comunitario).

Cuando la información obtenida de la consulta es relevante, su utilidad para la ulterior licitación es muy importante. Tanto es así que la LCSP obliga al poder adjudicador a utilizar este asesoramiento “para planificar el procedimiento de licitación y, también, durante la sustanciación del mismo, siempre y cuando ello no tenga el efecto de falsear la competencia o de vulnerar los principios de no discriminación y transparencia”. Frente a la opción de la directiva europea de no imponer la obligación de publicar la consulta, la LCSP sí lo hace. La publicidad debe realizarse en el perfil del contratante, que deberá ubicarse en la Plataforma de Contratación del Sector Público o servicio de información equivalente de carácter autonómico. La información que por lo menos debe publicarse en ese anuncio es la siguiente: su objeto, cuándo se iniciará esta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en la consulta, a efectos de que puedan tener acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados.

Respecto a los aspectos formales, lo recomendable es preparar al menos dos documentos: el documento que rija la consulta preliminar (se suele denominar “documento de la CPM”) y el documento de necesidades. El documento que rija la consulta preliminar debiera señalar, como recomendación, el objeto de la consulta, quiénes pueden participar en ella y cómo pueden hacerlo, el anuncio de la obligación del poder adjudicador de no difundir las concretas soluciones de los participantes y la mención de que la participación en la consulta por las empresas u otros agentes implicará la necesidad de difusión de la información pertinente intercambiada, el plazo para participar en la consulta, etc. Por su parte, el documento de necesidades es un documento

técnico. Debe recoger con el mayor detalle posible qué problemáticas tiene la entidad, qué objeto persigue el futuro contrato y dónde están las dificultades que el órgano de contratación encuentra para no poder prepararlo de manera autónoma. Una recomendación sobre su contenido y funcionamiento en que tiene inspiración la norma es la *Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación*, editada por la Comisión Europea⁹², que caracteriza distintas fases del proceso de consultas preliminares.

D. La disponibilidad de terrenos

Obviamente, para proceder a la licitación la entidad debe tener no solo competencia para llevar a cabo las actuaciones correspondientes, sino que además debe tener la disponibilidad de los terrenos que se verán afectos al contrato. La LCSP regula esta cuestión exclusivamente para los contratos de obras y concesiones. Exige que junto a la aprobación del proyecto y antes de la aprobación del expediente de contratación de la obra se proceda a efectuar su replanteo. Este replanteo consistirá en comprobar la realidad geométrica

92 <<https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform-Guide-es-final-lowres.pdf>>. Además de resultar una guía completa, se ofrecen casos de éxito. Sobre la cuestión que nos ocupa sobresale el caso del Hospital Provincial de Rawicz, en Polonia y la contratación de “Nuevos métodos y materiales para la compra de uniformes”. En este caso las consultas no fueron con el mercado, sino con los “usuarios”. A lo largo de la última década el Hospital Provincial de Rawicz ha desarrollado trabajos de reparación y reforma en diversas partes de sus instalaciones para mejorar su eficiencia energética, con resultados desiguales. El consejero delegado asumió la necesidad de un nuevo enfoque y se identificó un proyecto piloto de contratación de innovación relacionado con la compra de los uniformes del hospital. La realización de consultas al personal permitió establecer prescripciones técnicas apoyadas en resultados, que se utilizaron en un diálogo competitivo. El adjudicatario está suministrando uniformes que incorporan un innovador material biológico y ofrecen un coste de ciclo de vida menor que los antiguos uniformes.

de la obra y la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución (art. 236 LCSP).

No obstante, hay una excepción para la tramitación de expedientes de contratación referentes a obras de infraestructuras hidráulicas, de transporte y de carreteras, en que se dispensa del requisito previo de disponibilidad de los terrenos, si bien no se podrá comenzar la ejecución de las obras hasta que se haya formalizado la ocupación en virtud de la vigente Ley de Expropiación Forzosa. Ello viene motivado por el largo proceso que implica la adquisición de bienes por entidades públicas mediante la expropiación. Así mismo, se establece que en los casos de cesión de terrenos o locales que hacen las entidades públicas será suficiente para acreditar la disponibilidad de los terrenos la aportación de los acuerdos de cesión y aceptación por los órganos competentes.

Licitación un contrato sin contar con la disponibilidad de terrenos ocasionaría su invalidez, según lo previsto en los artículos 38.a) LCSP y 1261 del Código Civil. Además, que la Administración ocupe terrenos sin que sean de su propiedad tiene trascendencia penal⁹³. En particular, se ha venido considerando un delito de prevaricación. Así lo ha puesto de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 16 de mayo de 2003⁹⁴. La sentencia de 12 de marzo de 2002 de la Audiencia Provincial de Zaragoza

93 MARTA SOBRINO GÓMEZ, "Los delitos de expropiación ilegal (artículo 541 CP) y de prevaricación de los funcionarios públicos (artículo 404 CP), y otros comportamientos injustos en los supuestos de ocupación de terrenos por las administraciones públicas", en *La Ley Penal*, n.º 131, Sección Estudios, marzo-abril, 2018.

94 "[...] En definitiva, no hay en la fundamentación jurídica de la sentencia elemento probatorio alguno que justifique la concreta superficie ocupada [...]. Aquella falta de prueba determina la estimación parcial del motivo, en la concreta ocupación llevada a cabo, lo que desde luego no es elemento determinante para la concurrencia de los elementos del delito de prevaricación, pues este no exige más resultado que la existencia de una resolución notoriamente injusta y arbitraria, dictada dolosamente".

también consideró que existía un delito de falsificación de documentos públicos (certificados de disponibilidad de terrenos) y condenó al alcalde y al secretario de un ayuntamiento a seis meses de cárcel e inhabilitación para cargo público porque pretendían llevar a cabo un contrato de obras en terrenos del demandante. La sentencia 1020/2003 de 12 de julio confirmó esta sentencia⁹⁵.

E. El fraccionamiento del contrato

Uno de los mayores defectos que acaecen y originan grandes problemáticas es el fraccionamiento del contrato. Ello implica la anulación del contrato, además de correcciones financieras de subvenciones y de ser especialmente grave por la consideración de existencia de delito de prevarica-

95 La sentencia del Tribunal Supremo afirma que “el alcalde era consciente de la ilegalidad de su decisión expropiatoria y que pretendía encubrirla, haciendo ver a la Diputación que subvencionaba las obras que disponía de los terrenos necesarios para ello, bien porque fueran titularidad del Ayuntamiento o bien porque se hubiese iniciado el expediente de expropiación. Nada de esto sucede en el caso concreto, ya que el acusado, por las vías de hecho, trató de actuar sin ningún trámite previo, de carácter expropiatorio y tuvo que ser el titular de las parcelas el que iniciase el procedimiento contencioso-administrativo para restablecer su derecho. El resultado material de la expropiación ilegal se ha producido ya que las obras se llevaron a efecto y han incidido sobre los bienes de un particular. La posible reparación o indemnización y la tramitación en forma, de un expediente expropiatorio, pone de relieve, por un lado, que la anterior decisión era ilegal y, por otro, que los perjuicios económicos del delito, se han producido sin perjuicio de que si se accede a la expropiación se le puedan reparar [...]. 2. La afirmación fáctica, expresada en forma de convicción, por la Sala sentenciadora, establece que, a la vista de las numerosas pruebas practicadas, no solo por el carácter documental sino también testifical, llega a la conclusión irrefutable de que las parcelas afectadas eran de titularidad privada. Tratándose de un pueblo de escasos habitantes estos hechos eran notorios y conocidos por todos ellos y no pueden ser desvirtuados o cubiertos por la famosa asamblea de vecinos, a la que solamente asistió el alcalde, su mujer y un pensionista que había trabajado para el Ayuntamiento, que también sabían que la finca tenía propietario privado”.

ción de las autoridades públicas⁹⁶. La normativa española pone especial énfasis en que el objeto del contrato debe ser completo y concreto. Ello es lo que en España han venido denominando los órganos consultivos y los tribunales de recurso especial la unidad funcional del contrato. Lo relevante es valorar cuándo hay elementos inseparables para lograr una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de la obra, servicio o suministro. Es necesario ver si responden a un mismo vínculo operativo.

Pero de la práctica estudiada, el único riesgo o lo que se persigue de forma fraudulenta es la utilización de reglas de publicidad y procedimientos de adjudicación con menos exigencias de publicidad. La conclusión fundamental es que si la división en lotes o el fraccionamiento en contratos más pequeños no se hacen con la finalidad de restar publicidad y exigencias procedimentales menores, no hay problema alguno. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —en adelante, TJUE— de 15 de marzo de 2012 (C-574/10)^[97] consideró que se trataba de un solo contrato y no de tres, como pretendía el poder adjudicador, porque los contratos “estaban interconectados de tal manera que fueran a ser considerados como una estructura unificada, seleccionado un enfoque funcional”.

Igualmente, el TJUE ha acuñado una doctrina muy valiosa para verificar cuando existe fraccionamiento fraudulento del contrato: el triple *test* o triple control. Así se explica

96 Un análisis completo de esta figura puede verse en FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA, “El fraccionamiento del contrato. Ausencia de regulación en la LCSP y necesidad de definición”, en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 156, julio-agosto, 2018, pp. 46-52; ISABEL GALLEGO CÓRCOLES, “El fraccionamiento del contrato y la división en lotes”, en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 138, julio, 2015, pp. 76-85; JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “Los riesgos de los contratos menores para una contratación socialmente eficiente”, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º IV, diciembre, 2018, p. 129.

97 Analizaba tres contratos de arquitectura relacionados con unas obras para llevar a cabo en un mismo edificio, por razones presupuestarias.

en la sentencia del TJUE de 11 de julio de 2013 (T-358/08), Comisión Europea y España⁹⁸. El debate se centró en si las obras que se llevaron a cabo en la red de alcantarillado y de tratamiento de aguas residuales era similar y si los trabajos debían cumplir una misma función económica y técnica. La Comisión consideró que la diferencia entre los diversos tipos de trabajos era funcional y no técnica o económica, por lo que no se requerían conocimientos técnicos específicos para realizar las distintas actividades. Finalmente, la Comisión expuso que desde un punto de vista económico los usuarios finales debían pagarle al prestador de servicios por lo que utilizaran. Pese a que el Reino de España pretendió justificar que no se cumplía ninguno de los requisitos que permitían verificar la existencia de una única obra, el Tribunal apeló al necesario análisis desde una triple perspectiva: técnico-económica, geográfica y temporal, como clave para apreciar si un proyecto puede contener varias obras distintas. El Tribunal consideró que la descripción del trabajo que debía llevarse a cabo en la red de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales era similar y que los trabajos debían cumplir una misma función económica y técnica, por lo que condenó al Reino de España por fraccionamiento del contrato.

Lo relevante fue que estas obras específicas de mantenimiento, ampliación y rehabilitación del alcantarillado existente y de la red de tratamiento de aguas residuales tenían como resultado, una vez acabadas, la mejora global de la red en beneficio de los usuarios finales y que la diferencia entre los diversos tipos de trabajos no era técnica o económica. Además, se tuvo en cuenta el elemento geográfico para verificar si el carácter unitario de la función técnica y

98 Analizaba si de los treinta y cinco contratos que el Ayuntamiento de Zaragoza llevó a cabo para la renovación del saneamiento de la ciudad, doce se habrían fraccionado para eludir su publicación y el procedimiento.

económica de los trabajos tenía carácter global, y aunque abarcara zonas separadas, las obras tenían una función que tendía a la agrupación en una red única, apoyándose en la posibilidad de interconexión entre ellas. España argumentó que las zonas donde se acometían las obras estaban considerablemente separadas y desconectadas. Sin embargo, el Tribunal afirmó que aunque estuvieran separadas, se “sitúan en el interior del área cubierta por la red de alcantarillado y colectores gestionada por el Ayuntamiento de Zaragoza” y todas tendían a estar interconectadas. Además, tuvo en cuenta la simultaneidad en el tiempo de las licitaciones.

F. La ausencia de división en lotes

Actualmente, las pequeñas y medianas empresas (pymes) son el sector más amplio y que más empleo genera en la Unión Europea (UE) (98 % de las empresas de la UE), aunque no el que más contratos públicos gestiona (31-38 % de la contratación pública), y es claro que una de las herramientas que las nuevas directivas tienen para favorecerlas es articular contratos más pequeños, acordes al tamaño y especialización de las pymes para así conseguir que al menos puedan participar en los contratos públicos. Parece claro que si existen objetos asequibles y de tamaño razonable, las pymes van a acceder en mayor medida a un mercado⁹⁹. De este modo, la normativa española (art. 99.3 LCSP) obliga a la división del contrato en lotes para favorecer que un contrato de gran tamaño se divida en lotes o contratos de menor importe para así provocar un aumento de la participación

99 JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “Medidas de fomento del acceso a pymes a la contratación pública”, en Obcp.es, 5 de mayo de 2014, <<http://www.obcp.es/opiniones/medidas-de-fomento-del-acceso-pymes-la-contratacion-publica>>. MARÍA JOSÉ SANTIAGO FERNÁNDEZ, “División en lotes: nueva configuración del objeto del contrato en la Ley de Contratos del Sector Público”, en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 153, enero-febrero, 2018, pp. 86-92.

de estos operadores económicas. Solo puede exceptuarse esta división con unos motivos tasados. Así lo establece el informe 7/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que establece que las excepciones a la no división constituyen *numerus clausus*: 1) cuando el hecho de que la división en lotes del objeto del contrato implique el riesgo de restringir de manera injustificada la competencia; 2) cuando la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificulte su correcta ejecución desde el punto de vista técnico; 3) cuando el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza de su objeto.

G. La inadecuación del procedimiento. Especial referencia al procedimiento negociado sin publicidad

La LCSP pone énfasis en la necesidad de la selección del procedimiento de adjudicación adecuado. Para algunos procedimientos, la LCSP reserva un tipo de procedimiento de adjudicación. Es el caso de las concesiones de servicios sociales (art. 131.2 LCSP), a los que se obliga a tramitar por procedimiento restringido, y los servicios de prestaciones con carácter intelectual (Disposición Adicional 41 LCSP), donde este procedimiento es el recomendable (art. 160.4 LCSP). Pero los problemas más frecuentes se encuentran en los contratos de “adjudicación directa” mediante procedimiento negociado sin publicidad, especialmente aquellos en que este se sustenta en la existencia de un único operador capacitado. Utilizar este procedimiento ocasiona la nulidad de pleno derecho del procedimiento. Se trata de la causa prevista ahora en el artículo 168.a.2) LCSP, que permite acudir al procedimiento negociado sin publicidad con un único operador:

[...] cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por

alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.

La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.

Se sigue la dicción de la Directiva 2014/24/UE, que subraya este aspecto en su introducción: “cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto por alguna de las siguientes razones” (art. 32.2 b), así como en su exposición de motivos: “porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato” (apartado 50). La redacción de este supuesto supone un cambio importante respecto de la normativa precedente, puesto que lo importante ahora ya no es la razón artística o de exclusividad intelectual o industrial, sino que la prestación solo la puede efectuar un empresario concreto y no otros. Esa es la clave y lo que deberá dar una interpretación caso por caso. Esta causa deberá justificarse en la existencia de circunstancias de exclusividad objetiva, como señala la Directiva 2014/24/UE. La exposición de motivos de esta directiva delimita con total precisión cómo motivar esta exclusividad. En particular, alude a la necesidad de justificar por qué se necesita esa prestación y que se motive porque no existen otras alternativas. Señala, así mismo:

Cuando la situación de exclusividad se deba a razones técnicas, estas deben definirse y justificarse rigurosamente para

cada caso particular. Entre estas razones cabe citar la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico. También pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse a fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse (apartado 50).

Lo que ha hecho la Directiva 2014/24/UE y la LCSP es acoger la jurisprudencia del TJUE que existía al respecto. Así, la STJUE de 18 de mayo de 1995, C-57/94, Comisión contra Italia, analizó por primera vez esa causa para exigirle al Gobierno italiano la justificación de dos aspectos a fin de pudiera darse su concurrencia: que existían “razones técnicas” y que dichas “razones técnicas” hacían absolutamente necesaria la adjudicación del contrato a una determinada empresa. La sentencia de 10 de abril de 2003, asuntos acumulados C-20/01 y C-28/01, Comisión contra Alemania, también se pronunció sobre esta misma causa ahora alegada por Alemania, señalando que la protección del medio ambiente pudiera constituir una razón técnica, pero que en el caso el Gobierno alemán no presentó ninguna prueba y, por tanto, no demostró (solo las alegó) la concurrencia de circunstancias que se encuadraran dentro de dicha excepción y que de ellas se derivara que el contrato no podía adjudicarse más que a un prestador de servicios determinado (apartados 64 y 65).

Esta excepcionalidad se ha puesto de manifiesto en los órganos consultivos en contratación pública españoles. Así, el Informe 2/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, señala que ello solo procede, cuando

[...] es imposible promover la concurrencia porque objetivamente existe una única empresa o profesional que pueda encar-

garse de la ejecución del contrato, lo cual se tiene que justificar y acreditar por el órgano de contratación en el expediente. En todo caso, no concurrirá una razón técnica en el sentido de este precepto cuando existan alternativas razonables en el mercado y la exclusividad fuera consecuencia de exigir unos requisitos técnicos que ya se conoce que solo se pueden cumplir por una empresa determinada.

Una vía generada por el derecho de la Unión Europea para reforzar este tipo de adjudicaciones sin publicidad (muy típicas, por ejemplo, en contratos del ámbito de defensa o sanitario) son los anuncios de transparencia previa voluntaria. Estos, de conformidad con lo previsto en la Directiva 2007/66, si fueran publicados con la información pertinente, sanarían la posible invalidez de la adjudicación mediante procedimiento negociado sin publicidad de un contrato.

El contenido de estos anuncios es el siguiente: 1) nombre y datos de contacto del poder adjudicador; 2) descripción de la finalidad del contrato; 3) justificación de la decisión del poder adjudicador de conceder el contrato sin la publicación previa de un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*; 4) nombre y datos de contacto del operador económico a favor de quien se haya adoptado una decisión de adjudicación del contrato; y 5) en su caso, cualquier otra información que el poder adjudicador considere útil.

H. La mala planeación del contrato y sus efectos en la ejecución del contrato

1. Los riesgos de la modificación del contrato

Tradicionalmente en España rara vez un contrato público no era objeto de modificación ulterior. En esencia, los defectos de planeación del contrato llevaban a que durante su ejecución el contrato variara para adaptarse a la realidad y solventara los problemas originados por su defectuosa preparación. Por otra parte, a menudo la vía de la modifi-

cación del contrato era la vía mediante la cual las empresas recuperaban las excesivas bajas económicas que realizaban en sus ofertas¹⁰⁰.

Hasta hace poco tiempo la normativa española permitía, con fundamento en el interés público, llevar a cabo modificaciones del contrato sin límite, si el contratista mostraba su consentimiento. Sin embargo, la doctrina española comenzó a poner de relieve que la modificación del contrato podía desnaturalizar todo el procedimiento de adjudicación y constituir una violación de los principios rectores de la contratación pública¹⁰¹.

Tras el efecto causado por la jurisprudencia comunitaria, la normativa española ha dado un vuelco¹⁰², convirtiéndose en la más restrictiva de Europa, al menos en teoría, pues existe una práctica paralela con apoyo en la cual el objeto del contrato se modifica y su precio se incrementa y el empresario simplemente realiza una reclamación de liquidación del contrato por encima de lo convenido¹⁰³.

- 100 FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA, “The modification of public contracts: an obstacle to transparency and efficiency”, en Jean-Bernard Auby (dir.), Gabriella M. Racca (ed. lit.) y Christopher R. Yukins (ed. lit.), *Integrity and efficiency in sustainable public contracts: Balancing corruption*, Bruselas, Bruylant, 2014, pp. 275-306; y del mismo autor, “La contratación pública ante la crisis económica: modificados a la baja y otras consideraciones”, en MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ, JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR y SONIA RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, *Las reformas administrativas de la crisis*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2017, pp. 175-194.
- 101 El *Informe y conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública* (Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, pp. 15-118) señaló que las modificaciones en el contrato podían desvirtuar el carácter competitivo de la adjudicación inicial, en la medida en que el contrato que efectivamente se ejecutara y sus precios no eran aquellos por los que se compitió.
- 102 Sobre el impacto de la jurisprudencia europea y los cambios en España puede verse FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos del sector público*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, capítulo tercero.
- 103 Las principales sentencias del TJUE que han tenido una influencia determinante en la construcción de estas serias limitaciones a las modificaciones del contrato, o más específicamente, a la utilización indiscriminada de ella, han

La sentencia del TJUE más relevante es la de 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA. En ella, además de posibilitar que fuera un licitador no adjudicatario quien cuestionara un acuerdo de modificación del contrato, se determinaba, entre otros extremos, que una modificación del contrato pudiera provocar una vulneración del principio de igualdad de trato. Según la sentencia, este principio tiene como objetivo garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad de la entidad adjudicadora. Supone que

[...] todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata.

Sin duda, la STJUE de 29 abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA, es la más relevante. En ella el TJUE determinó la necesidad de transversalidad de los principios generales de la contratación pública, y en aras de ello exigió la previsión clara y precisa de las futuras modificaciones que se vayan a realizar a fin de que el contrato no quede desnaturalizado¹⁰⁴.

sido las sentencias de 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA, de 19 de junio de 2008; Presstext Nachrichtenagentur GmbH contra Republik Österreich y otros, de 13 de abril de 2010; Wall AG contra La ville de Francfort-sur-le-Main y Frankfurter Entsorgungs-und Service (FES) GmbH y otros, de 22 de abril de 2010; Comisión contra Reino de España, y del Tribunal General de 31 de enero de 2013.

104 FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA, "La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 abr. 2004 y la Ley de Contratos

El Tribunal de Justicia afirmaba que si bien una oferta que no fuera conforme a las condiciones estipuladas debía ser evidentemente descartada, la entidad adjudicadora tampoco estaba autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando de forma unilateral más tarde una de sus condiciones esenciales y en particular una estipulación que, si hubiera figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente.

El Tribunal concluye así que la entidad adjudicadora no puede, tras la adjudicación del contrato y además mediante una decisión cuyo contenido deroga las estipulaciones de los reglamentos adoptados con anterioridad, modificar una condición importante de la licitación como es la relativa a las modalidades de pago de los productos que han de suministrarse.

Si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta.

Por otra parte, en el supuesto de que no se haya previsto por expreso tal posibilidad, pero la entidad adjudicadora pretenda desvincularse de una de las modalidades esenciales estipuladas durante la fase posterior a la adjudicación del contrato, no puede continuar de forma válida el proce-

dimiento aplicando condiciones distintas de las estipuladas en un principio.

Si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados, infringiendo los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas.

Ello causó, ya en el año 2011, una reforma importante en España que radicalizó el régimen de modificación del contrato, impidiendo modificaciones no previstas que superaran el diez por ciento del precio original. Ahora, la nueva regulación, si bien sigue siendo restrictiva, lo es en menor medida, dada la regulación por primera vez en las directivas europeas de la posibilidad de modificar el contrato, que se ha flexibilizado incluso más que la normativa que la ha incorporado en España (arts. 203 a 207 LCSP).

2. La regulación de las modificaciones contractuales en España y los efectos de su incumplimiento

La LCSP ha regulado la posibilidad de prever modificaciones contractuales tanto en el propio pliego regulador del contrato como de forma no prevista en él¹⁰⁵.

105 Un estudio crítico de estas figuras puede verse en JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ, *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Málaga (Cizur Menor), Aranzadi, 2019, pp. 280-289.

a. Las modificaciones previstas

Para que un modificado previsto sea válido, la previsión de modificación debe ser expresa y debe estar detallada de forma clara, precisa e inequívoca con referencia a las situaciones que pudieren acaecer, que deberán poder verificarse de forma objetiva (art. 204 LCSP). El precepto exige que se defina el porcentaje que estas pueden alcanzar. En especial, deberá determinarse el alcance económico de las posibles modificaciones y que todo ello se tome en cuenta dentro del valor estimado del contrato. Con ello se está persiguiendo que el procedimiento escogido sea el adecuado no solo a la cuantía y naturaleza originaria del contrato, sino de las posibles modificaciones previstas. Es notorio que a menudo se empleaban procedimientos de inferior tramitación, sobre todo en contratos menores o procedimientos negociados sin publicidad, que tras las modificaciones experimentadas en su ejecución daban lugar a un contrato que habría tenido un procedimiento, y sobre todo una publicidad diferente, más amplia.

Frente al inexistente límite en las directivas europeas, ahora no puede superarse el veinte por ciento del precio inicial. No se advierte si se trata de un límite al alza o a la baja por lo que deben entenderse ambos. El precepto también alude al procedimiento que se va a emplear para la aprobación de las futuras modificaciones. El artículo 207 LCSP permite que se genere un procedimiento de modificación en el propio pliego. Se introduce una novedad importante, como es la necesidad de que los modificados previstos no puedan alterar la naturaleza global del contrato. Este nuevo límite pretende proteger de las alteraciones sustanciales los contratos, y viene previsto en la Directiva. Además, se establece otro límite añadido: la imposibilidad de alteración sustancial del contrato. En todo caso, se entenderá que esta se altera si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros

diferentes o se modifica el tipo de contrato. Resulta muy relevante la imposibilidad de introducir en la ejecución del contrato nuevos precios que en un comienzo no figuraban en el pliego de condiciones.

b. Las modificaciones no previstas

Por otro lado, se permite la modificación del contrato, aunque no haya previsión en el condicionado. La regulación se torna muy confusa. Hubiera sido conveniente simplemente la transcripción del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE. El artículo 205 LCSP recoge tres tipos de supuestos de modificación del contrato: prestaciones adicionales: prestaciones adicionales/complementarias, modificaciones contractuales por la aparición de circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales.

Todos los supuestos tienen un primer y similar límite: las modificaciones no solo tienen que estar en alguno de estos tres supuestos, sino que se deben tener por objeto introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. Ello exige justificar la indispensabilidad de la modificación o de la incorporación de la prestación adicional.

Además, no es posible que los modificados no previstos superen en su conjunto el límite del cincuenta por ciento. La LCSP establece en el artículo 205.2.a) la regulación de los modificados para la incorporación de prestaciones complementarias o adicionales. El primer presupuesto es que sea necesario añadir obras, suministros o servicios a los inicialmente contratados. El segundo, que se cumplan dos requisitos.

El primero, que el cambio de contratista no sea posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligue al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes de los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den

lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y así mismo, que el cambio de contratista genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación.

Respecto de esta cuestión, el Congreso detalló mediante enmienda aprobada al efecto que no podía justificarse “en ningún caso” “[...] un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista”. Adviértase que ya no es necesario que concurra imprevisibilidad y tampoco que la modificación por prestaciones adicionales obedezca a necesidades nuevas.

El segundo requisito es que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o juntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del cincuenta por ciento de su precio inicial, impuesto sobre el valor añadido (IVA) excluido. Con ello se deja meridianamente claro que este límite es global entre todas las modificaciones adoptadas con fundamento en el artículo 203. Ello lleva a pensar que cabría modificar un contrato por circunstancias previstas hasta en un veinte por ciento y otro cincuenta por ciento para los supuestos de modificados imprevistos en los tres supuestos permitidos. Es decir, setenta por ciento. Además, hay que tener en cuenta que, para las obras, el artículo 242.4 de la LCSP establece que:

No obstante, no tendrán la consideración de modificaciones:

- i) El exceso de mediciones, entendiéndose por tal, la variación que durante la correcta ejecución de la obra se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que en global no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial. Dicho exceso de mediciones será recogido en la certificación final de la obra.

ii) La inclusión de precios nuevos, fijados contradictoriamente por los procedimientos establecidos en esta ley y en sus normas de desarrollo, siempre que no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3% del presupuesto primitivo del mismo.

El segundo supuesto de modificación del contrato es el más aceptado por la jurisprudencia europea: la existencia de modificaciones originadas en el acaecimiento de circunstancias imprevisibles para un poder adjudicador diligente. El concepto de imprevisible conforme al Considerando 109 de la Directiva 2014/24 concreta el concepto de imprevisibilidad en este supuesto. Señala que es necesario que concurren

[...] circunstancias que no podrían haberse previsto, aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible¹⁰⁶.

En este caso, al igual que ocurría en el primero, cabe la modificación de hasta el cincuenta por ciento inicial (frente al diez por ciento que antes de las directivas europeas se permitía en España).

El tercero de los supuestos realmente agrupa dos supuestos previstos en las directivas europeas (modificados no sustanciales y modificados que no superen los umbrales de *minimis*). Así, bajo el título de *modificados no sustanciales*, se permite que aunque no concurren los dos primeros su-

106 La propuesta de Directiva era aún más severa en el planteamiento de las circunstancias que justifican una modificación del contrato. En particular, se señalaba que debían concurrir "circunstancias externas imposibles de prever cuando se adjudicó el contrato".

puestos antes estudiados se modifique un contrato en las siguientes situaciones.

En este precepto, una modificación se considera sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente del celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes.

1) Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta diferente de la aceptada inicialmente o habrían atraído más participantes en el procedimiento de contratación.

En todo caso, se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran una clasificación del contratista diferente de la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

2) Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial. Pone como ejemplo de desequilibrio que como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del cincuenta por ciento del presupuesto inicial del contrato.

Es solo después de todo eso cuando se efectúa la copia de la previsión de las modificaciones que no superan los umbrales de *minimis*. Pero no como supuesto independiente, sino como el tercer requisito para considerar que una modificación no es sustancial. Ello se realiza definiendo el concepto de ampliación importante del ámbito del contrato, señalándose que en todo caso se considerará que existe alteración sustancial, cuando:

a) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente,

del quince por ciento de su precio inicial, IVA excluido, si se trata del contrato de obras, o de un diez por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23 (es decir, que la modificación no puede superar las cuantías previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada).

b) Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

CONCLUSIONES

La inmediatez con la que a menudo se ha pretendido licitar es contraria al principio de la buena administración. La preparación acelerada de los contratos públicos ha implicado la existencia de irregularidades relevantes en su planeamiento. La falta de disponibilidad de crédito, la carencia de titularidad para ejecutar los trabajos sobre terrenos y el objeto del contrato inconcreto y difuso son algunos ejemplos de la mala preparación del contrato. La normativa española ha pretendido, al menos en un plano teórico, luchar contra los defectos de planeamiento. Desde un punto de vista preventivo, la programación de la contratación y la publicación de la información de las contrataciones que se han de llevar a cabo durante el año están demostrando ser un instrumento adecuado, pero insuficiente, en la práctica, pues su incumplimiento no tiene suficientes efectos jurídicos relevantes que compelan a los poderes adjudicadores a hacer uso de ellos.

Sin embargo, sí se está haciendo uso de las consultas preliminares. Un instrumento que sirve para que el mercado y los poderes adjudicadores colaboren. De esta forma, es posible que tras la publicación de la demanda de informa-

ción y asistencia de los poderes adjudicadores las empresas acudan a la llamada, aporten información y luego, con todo, puedan licitar en las futuras contrataciones que se lleven a efecto. Eso sí, arbitrando medios para garantizar que no existe riesgo de favoritismo que pudiera violar el principio más importante de la contratación pública en Europa: el principio de igualdad de trato.

Otro problema importante está en el fraccionamiento del contrato, en la medida en que se fragmentan las licitaciones para evitar que alcancen una cuantía que supondría su tramitación mediante un procedimiento con mayor publicidad y transparencia. Al respecto, pese a que en España han existido muchos problemas de fraude y corrupción ligados a muchos contratos que se adjudicaban por poca cuantía a una misma empresa, poco ha cambiado en la legislación. No obstante, la jurisprudencia europea sí ha configurado como herramienta la metodología de la triple función: técnica-económica, geográfica y temporal para verificar si el contrato es único o si, por el contrario, se trata de lotes de un contrato único.

Por otra parte, se ha puesto un freno a las adjudicaciones sin publicidad. Eso implica limitar el procedimiento negociado sin publicidad (adjudicación directa) con un solo empresario a los supuestos en que se justifique que la ausencia de competencia por razones técnicas viene motivada por el hecho de que no exista alternativa o sustituto razonable y que se demuestre que no se ha restringido el objeto del contrato para que solo quepa contratar con el contrato diseñado "a medida" para esa entidad. Así mismo, España cuenta con la legislación más restrictiva en materia de modificaciones de contratos. Ha sido un problema que ponía de relieve defectos graves en el planeamiento del contrato a los que se quería dar solución mediante los reformados. Sin embargo, en la práctica los gestores de contratos públicos, si ven que las actuaciones que se van a acometer no encajan en los supuestos habilitantes para la modificación del

contrato, simplemente las ejecutan y al finalizar el contrato se presenta una reclamación del empresario por mayores costos que suele ser abonada.

III. EL MANDATO DE *VERGABEREIFE* (MADURACIÓN DE PROYECTOS) EN EL DERECHO DE COMPRAS PÚBLICAS ALEMÁN

El *Vergabereife* designa en el derecho de compras públicas la norma dirigida a la autoridad contratante de empezar un procedimiento contractual solo cuando los trabajos previos, necesarios para la ejecución del procedimiento de compra pública, hayan sido concluidos y las prestaciones contractuales se puedan realizar en los plazos previstos para ello. La *Vergabereife* no fue incorporada bajo esa denominación en la normatividad sobre contratación pública; sin embargo, se puede derivar de disposiciones concretas y de principios generales del derecho de compras públicas.

A. Fundamentos del derecho de compras públicas

El derecho de compras públicas se compone en el ordenamiento jurídico alemán de un gran número de diferentes disposiciones. De gran importancia son los preceptos del derecho de la Unión Europea que resultan de las directivas 2014/23/EU¹⁰⁷, 2014/24/EU¹⁰⁸, 2014/25/EU¹⁰⁹, 2009/81/

107 Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26/02/2014, relativa a la adjudicación del contrato de concesión.

108 Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26/02/2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

109 Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26/02/2014, relativa a la contratación por entidades que operan los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

EG¹¹⁰ y 89/665/EWG¹¹¹. Estas fueron transpuestas primero en la parte 4 de la Ley contra Restricciones de la Competencia (GWB), que regula las compras públicas y las concesiones y contiene reglas fundamentales para el procedimiento de compras públicas y el procedimiento de revisión frente a los *Vergabekammern*¹¹² y los tribunales superiores de los estados federados (*Oberlandesgerichten* 'OLG'). Esas reglas básicas son complementadas por disposiciones del decreto sobre contratos públicos (Vergabeverordnung 'VgV'), que se aplica en general a los contratos de suministro y prestación de servicios; el decreto sobre contratos de concesión (Konzessionsvergabeverordnung 'KonzVgV'); el decreto sobre contratos en el campo de transporte, de suministro de agua potable y de energía (Sektorenvergabeverordnung 'SektVO'); el decreto para el sector defensa y seguridad para transponer la Directiva 2009/81/EG del Parlamento y la Comisión Europea de 13 de julio de 2009, sobre coordinación del procedimiento para la adjudicación de determinados contratos de obra, suministro y prestación de servicios en los campos de defensa y seguridad y para modificar las directivas 2004/17/EG y 2004/18/EG (Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit 'VSVgV') y el apartado 2 y 3 del ordenamiento de compras y de contratos para las prestaciones de obra parte A (VOB/A-EU y VOB/A-VS). El campo

110 Directiva 2009/81/EG del Parlamento Europeo y del Consejo de 13/07/2009, sobre la coordinación de los procedimientos para la adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios en los ámbitos de defensa y seguridad y por la que se modifican las directivas 2004/17/EG y 2004/18/EG.

111 Directiva 89/665/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas de 21/12/1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso (*Nachprüfungsverfahren*) en materia de adjudicación de los contratos de suministros y de obra.

112 [N. de la trad.]: los *Vergabekammer* son organismos competentes para conocer la primera instancia de las controversias que surgen entre las autoridades adjudicadoras y los operadores económicos.

de aplicación general de estas disposiciones de derecho de compras públicas resulta de los requisitos de aplicación regulados en la *GWB*. A ellos pertenece, en especial, de acuerdo con el artículo 106, inciso 1, de la *GWB*, el alcanzar los umbrales previstos en el derecho de la Unión Europea.

Por debajo de los umbrales, las normas presupuestarias del estado federado y los estados federados (por ejemplo, el artículo 55 *BHO*) determinan que los contratos públicos deben adjudicarse de acuerdo con directivas uniformes. Estas están reguladas en preceptos administrativos de los cuales resulta, entre otras, la obligación para el sector público de aplicar el Código General para la adjudicación de contratos de suministro y de prestación de servicios por debajo de los umbrales económicos establecidos en las directivas de la Unión Europea (*Unterschwel­lenvergabeordnung 'UVgO'*) y de los apartados 1 del *VOB/A*, o en la medida en que el *UVgO* no sea aplicable, el Código Contractual para Prestaciones (*Vergabe-und Vertragsordnung für Leistungen 'VOL/A'*). Otros preceptos del derecho de compras públicas resultan de las diferentes leyes contractuales de los estados federados.

B. El origen del mandato de *Vergabereife* (maduración de contratos)

No existe una regulación *expresa del Vergabereife* ni en la *GWB* ni en los preceptos de derecho presupuestal vigente para la contratación pública, a la que no se le aplican las normas fruto de la transposición de las normas europeas, por no superar los umbrales económicos allí previstos. Sin embargo, en este punto se deben interpretar el artículo 2, inciso 6, del *VOB/A*, y el artículo 2 EU, inciso 8, del *VOB/A*. De acuerdo con estos preceptos, que tienen el mismo contenido, la autoridad adjudicadora solo puede conceder cuando todos los documentos contractuales estén listos y cuando pueda emprenderse la ejecución dentro del plazo establecido. Una

disposición comparable contiene el artículo 54 BHO y los textos normativos paralelos de los códigos presupuestales de los estados federados (compárese también el art. 24, incs. 1 y 2, BHO). En este sentido, la construcción solo puede comenzarse cuando los diseños iniciales y los cálculos de los costos estén completos, en cuanto no se trate de pequeñas medidas (art. 54, inc. 1, frase 1, BHO). También otras grandes adquisiciones deben tener como base documentos que sean suficientes (art. 54, inc. 2, frase 1, BHO). Así mismo, determinan los artículos 2, inciso 5, del VOB/A, y el artículo 2 EU, inciso 7, frase 1, del VOB/A, que es ilícita la ejecución del procedimiento contractual para realizar prospecciones del mercado. Además, puede entenderse como expresión del *Vergabereife* la obligación de la entidad contratante de describir la prestación de forma tan clara y exhaustiva como sea posible para que la descripción sea entendible en el mismo sentido para todas las empresas y las ofertas puedan ser comparadas (art. 121, inc. 1, frase 1, GWB)¹¹³.

Estas normas se conocen de forma resumida como mandato de maduración de los contratos públicos (*Vergabereife*)¹¹⁴ o también como el mandato de maduración de la convocatoria pública (*Ausschreibungsreife*)¹¹⁵, y no tienen ningún fundamento inmediato en las disposiciones de la directiva del derecho de compras públicas de la Unión Europea. Más bien se trata en esencia de una de las creaciones de la autoridad nacional que expidió las disposiciones. Aun cuando los preceptos centrales del artículo 2, inciso 6, del VOB/A, y del § 2 EU, inciso 8, del VOB/A, valen exclusivamente para los contratos de obra, se acepta que el *Vergabereife* es un principio general del derecho de compras públicas que

113 OLG Düsseldorf, decisión de 27/11/2013, VII-Verg 20/13, Juris, apartado 31.

114 Cfr. p. ej., OLG Düsseldorf, decisión de 27/11/2013, VII-Verg 20/13, Juris, apartado 29.

115 Cfr. p. ej. VK Bund, decisión de 19/02/2018, VK 1-167/17, Juris, apartado 109.

vale para todos los procedimientos contractuales, independientemente del fundamento legal con el que se ejecuten¹¹⁶.

El entendimiento, de acuerdo con el cual el *Vergabereife* es un principio del derecho de compras públicas tiene origen en ese mandato. La obligación de comenzar un procedimiento contractual solo cuando estén listos los documentos contractuales prima en interés de la misma autoridad contractual. Como lo indica la cimentación de derecho presupuestal en el artículo 54, inciso 1, frase 1, del BHO, debe garantizarse así, en especial, una ejecución económica de las medidas de provisión pública¹¹⁷. Solo cuando se determine la extensión de un proyecto de compra pública pueden presupuestarse y gastarse los dineros públicos¹¹⁸.

Pero esa orientación relacionada con el presupuesto de la *Vergabereife* no se queda solo en eso. Más bien, la obligación de la autoridad contratante de comenzar el procedimiento de compra con sustento en los documentos contractuales completos también va en interés de los empresarios que se interesan por el contrato público¹¹⁹. Ya que un proceso contractual solo puede empezarse solo cuando se cumplan los requisitos jurídicos reales para llevarlo a cabo, se protege a los licitantes de participar en un proceso que no tiene seguridad de terminarse dentro del plazo establecido. En otro caso exigirían la vinculación a una oferta y un precio de oferta cuyas condiciones marco quizá no estén dadas en realidad en el momento de la adjudicación¹²⁰. En tanto el *Vergabereife* rige el pliego de condiciones (*Leistungsbeschreibung*), sirve además para garantizar una competencia

116 OLG Düsseldorf, decisión de 27/11/2013, VII-Verg 20/13, Juris, apartado 32; JENNY MEHLITZ, en *Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar*, 3.ª ed., § 28 VgV apartado 14.

117 KAI, VON LEWINSKI, en VON LEWINSKI, BURBAT, BHO, § 54 apartado 2.

118 ANTIJE BOLDT. NZBau 2019, p. 547 (549).

119 OLG Düsseldorf, decisión de 27/11/2013, VII-Verg 20/13, Juris, apartado 32; Völlink, en ZIEKOW, VÖLLINK, *Vergaberecht*, 3.ª ed., § 2 EU VOB/A apartado 13.

120 OLG Düsseldorf, decisión de 27/11/2013, VII-Verg 20/13, Juris, apartado 32.

efectiva¹²¹. Ya que solo cuando las exigencias de la licitación están descritas con claridad, los licitantes están en la posición de entender los requerimientos de la entidad contratante en ese mismo sentido y de calcular sus ofertas de forma adecuada. Los principios de libre competencia y de transparencia (art. 97, inc. 1, frase 1, *GWB*) exigen, por consiguiente, una definición cerrada concebida para la compra pública del objeto contractual. Ese significado de la *Vergabereife* sugiere conferirle una importancia general y entenderla como un mandato fundamental para todos los contratos. Ese mandato no se limita al procedimiento contractual del *GWB*, ya que también el derecho presupuestal vigente para la contratación pública —a la que no se le aplican las normas fruto de la transposición de las normas europeas por no superar los umbrales económicos allí previstos— conoce, a pesar de su fundamento de aplicación de derecho presupuestal, la libre competencia y la transparencia como ideas rectoras de una contratación pública (art. 2, inc. 1, frase 2, *UVgO*, art. 2, inc. 1, frase 1, *VOB/A*).

Otra circunstancia intensifica el significado universal del *Vergabereife*. Con el aviso de convocatoria en un proceso de compra pública, la autoridad contratante fundamenta una relación obligacional precontractual en el sentido del artículo 311, inciso 2, numeral 1, del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch 'BGB'*) con aquellos empresarios que están interesados en la adjudicación del contrato¹²². De acuerdo con el artículo 241, inciso 2, *BGB*, resulta de ello la obligación de la autoridad de respetar los derechos, bienes jurídicos e intereses de los empresarios. El contenido y la extensión de esa obligación no resultan solo de las disposiciones escritas del derecho de contratación pública. Más

121 Brandenb. OLG, decisión de 27/03/2012, Verg W 13/11, Juris, apartado 59 y ss.; KROHN, en GABRIEL, KROHN, NEUN, *Handbuch Vergaberecht*, 2.ª ed., § 19 apartado 22.

122 BGH, decisión de 9/06/2011, x ZR 143/10, Juris, apartado 11.

bien, pertenecen a ella obligaciones accesorias que son, primero, el resultado de una concretización del mandato de consideración y respeto establecido en el artículo 241, inciso 2, BGB, como cláusula general¹²³.

No sería compatible con ese mandato de respeto querer adjudicar un contrato en un proceso que no es maduro para ser adjudicado. Los oferentes en un proceso contractual deben poder confiar de forma justificada que este puede terminar en principio con una adjudicación y que el proceso y la prestación contractual se pueden realizar dentro de aquellos plazos que la autoridad ha previsto¹²⁴. El mandato de maduración de la convocatoria pública (*Ausschreibungsreife*) es, por consiguiente, parte fundamental de las obligaciones precontractuales que la autoridad debe cumplir con exactitud y cuyo incumplimiento la obliga a la indemnización de perjuicios de acuerdo con el artículo 280, inciso 1, BGB, artículos 311, inciso 2, num. 1, BGB y 241, inciso 2, BGB¹²⁵. Por consiguiente, también por ello, el campo de aplicación del *Vergabereife* no se limita a los contratos de obra, como parece deducirse de los artículos 2, inciso 6, VOB/A, y artículo 2 EU, inciso 8, VOB/A. Más bien comprende todos los procedimientos contractuales, independientemente del objeto y del marco jurídico.

C. Contenido del *Vergabereife*

1. La maduración formal de los contratos públicos (*Vergabereife*)

El *Vergabereife* significa primero, que un proceso contractual solo puede comenzar cuando estén listos todos los docu-

123 GREGOR, BACHMANN, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8.ª ed., § 241 BGB apartado 55.

124 OLG Düsseldorf, decisión de 27/11/2013, VII-Verg 20/13, Juris, apartado 32.

125 STEPHEN LAMPERT, en BURGL, DREHER, Beck'scher Vergaberechtskommentar, t. I, 3.ª ed., § 121 GWB apartado 119.

mentos contractuales. En el artículo 2, inciso 6, VOB/A, y en el artículo 2 EU, inciso 8, VOB/A, esto se ordena expresamente. Esta norma vale, como se expuso, independientemente del fundamento legal con en el cual el proceso contractual se ejecute. Los elementos que deben contener los documentos contractuales resultan del artículo 29, inciso 1, VgV, y de las disposiciones paralelas correspondientes. De gran importancia para el cumplimiento de la *Vergabereife* son el contrato y el pliego que condiciones (*Leistungsbeschreibung*)¹²⁶, ya que de ellos se deriva lo que el oferente debe realizar como prestación en el caso de que se le adjudique el contrato.

De la parte formal la *Vergabereife* señala también que los documentos contractuales deben describir la prestación de forma completa y clara (art. 121, inc. 1, frase 1, GWB)¹²⁷. Como se indicó, este mandato sirve para que los oferentes puedan entender la descripción de la prestación en el mismo sentido y que presenten ofertas que puedan compararse con respecto a su eficiencia económica (*Wirtschaftlichkeit*, art. 127, inc. 1, frase 1, GWB).

En ello no depende si el pliego de condiciones (*Leistungsbeschreibung*) contiene requisitos funcionales o de la prestación (art. 127, inc. 1, frase 2 1 variante, GWB) o si simplemente describe las tareas por ejecutar (art. 127, inc. 1, frase 2 2 variante GWB). Más bien, la descripción funcional de la prestación debe estar formulada también de forma clara y exhaustiva¹²⁸. Si bien los requisitos de precisión y certeza pueden reducirse a una descripción funcional de la prestación¹²⁹, no obstante la propia planeación de la autoridad

126 BEITRÄGE VON TOBIAS OSSEFORTH, en BURGL, DREHER, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, 3.ª ed., § 2 EU VOB/A apartado 56.

127 KNAUF, MEURERS, en *Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2.ª ed., § 2 VOB/A apartado 80.

128 WAGNER-CARDENAL, en DIECKMANN, SCHARFF, WAGNER-CARDENAL, *VgV, UVgO*, 2.ª ed., § 31 VgV apartado 59.

129 *Ibid.*

debe también en el comienzo de la convocatoria estar tan precisamente fijada que se esperen ofertas comparables que posibiliten una valoración debida de su eficiencia económica (*Wirtschaftlichkeit*) correspondiente¹³⁰. Todo lo contrario no estaría conforme con la comparación de la eficiencia económica como fundamento de una libre competencia en el derecho de compras públicas.

Por tanto, se necesitan indicaciones claras de cómo debe llevarse a cabo la prestación en forma cualitativa y cuantitativa, independientemente de la forma elegida por la autoridad de realizar la descripción de la prestación. En el caso de que se consideren diferentes posibilidades de interpretación que dejen a los oferentes en la incertidumbre con respecto a cómo realizar la prestación, la descripción de esta ya no es clara. Falta el carácter exhaustivo de la descripción de la prestación cuando permanecen campos de ella que no están claramente definidos¹³¹.

La fecha determinante en la cual debe estar presente la maduración formal de los contratos públicos (*Vergabereife*) es fundamentalmente el comienzo del proceso contractual¹³². Este es el momento en el cual la entidad contratante toma medidas que tienen efectos fuera de la Administración con las cuales lleva a la práctica la decisión de contratación que se tomó dentro¹³³. Sin embargo, en la medida en que esté unida la obligación a la maduración formal de los contratos públicos (*Vergabereife*), se debe diferenciar de acuerdo con las diferentes modalidades del proceso de selección del contratista. El artículo 41, inciso 1, VgV, ordena que la

130 OLG Düsseldorf, decisión de 14/02/2001, Verg 14/00, Juris, apartado 25.

131 OLG München, decisión de 20/03/2014, Verg 17/13, Juris, apartado 159.

132 UWE-CARSTEN VÖLLINK, en ZIEKOW, VÖLLINK, *Vergaberecht*, 3.^a ed., § 2 EU VOB/A apartado 17.

133 OLG Düsseldorf, decisión de 27/06/2018, VII-Verg 59/17, Juris, apartado 63; OLG Düsseldorf, Decisión de 01/08/2012, VII-Verg 10/12, Juris, apartado 18 f.; SEBASTIAN CONRAD, en GABRIEL, KROHN, NEUN, *Handbuch Vergaberecht*, 2.^a ed., § 36 apartado 14.

entidad contratante indique en la publicación del aviso de convocatoria una dirección electrónica en la cual se puedan descargar todos los documentos contractuales de forma gratuita¹³⁴. Esta obligación de poner a disposición vale primero en un proceso público en el cual comienzan los plazos de la oferta con la publicación, y los documentos contractuales dispuestos le deben posibilitar al oferente presentar y entregar la oferta a partir de este momento. De otra forma, se entenderá como un proceso en dos etapas previsto después de la terminación de la participación competitiva como un proceso no abierto o de negociación con libre competencia de los participantes (art. 16, inc. 4; art. 17, inc. 4, VgV). Allí se entiende que los documentos contractuales necesarios para la presentación de la oferta deben ser suficientes para cumplir con la entrega de esta, mientras que al momento de la publicación solo se ponen a disposición los documentos relacionados con la participación en libre competencia¹³⁵. Para fundamentar este punto de vista, se entiende en la jurisprudencia de las instancias de revisión, de acuerdo con el artículo 41, inciso 1, VgV, no como una regulación sobre la extensión de los documentos contractuales que deben ser dispuestos en la publicación, sino simplemente como un mandato sobre la manera o la forma como se ponen a disposición los documentos contractuales¹³⁶. Así, es suficiente en un proceso en dos etapas, cuando en el momento de la publicación se pongan a disposición todas los detalles necesarios para permitir que el oferente tome una decisión sobre la participación en el proceso contractual

134 *Cfr.* también anexo v parte C II. de la Directiva 2014/24/EU, así como el apartado 1.3 del formulario estándar sobre el anuncio de licitación en el anexo II del Reglamento de ejecución (UE) 2015/1986.

135 *Cfr.* p. ej., ALEXANDER WICHMANN, en ZIEKOW, VÖLLINK, *Vergaberecht*, 3.^a ed., § 41 VgV apartado 17 con más comprobaciones; *cfr.* también sobre la situación jurídica anterior, §§ 10 EG inc. 2, 15 EG inc. 11 VOL/A 2009.

136 OLG Düsseldorf, decisión de 17/10/2018, VII-Verg 26/18, Juris, apartado 72 ss.

(art. 29, inc. 1, frase 1, VgV). A ello, en especial, pertenece obligatoriamente el proyecto del contrato, en tanto las informaciones determinantes para la toma de la decisión de participación, por ejemplo, sobre la forma y la extensión de las prestaciones solicitadas, se desprendan de los documentos puestos a disposición en el momento de la publicación¹³⁷. El *Vergabereife* comprende, entonces, no necesariamente la integridad de los documentos contractuales en el momento de la publicación¹³⁸. Sin embargo, si se examina más de cerca, esta comprensión no es muy convincente, ya que la cuestión sobre qué informaciones se necesitan para la decisión sobre la participación en el proceso (art. 29, inc. 1, frase 1, VgV) se puede responder con frecuencia solo desde una perspectiva subjetiva del empresario particular. Así, por ejemplo, tanto las reglas contractuales individuales como las cláusulas de responsabilidad pueden determinar para ciertos oferentes el interés o el desinterés en el contrato respectivo, mientras que para otros no pueden tener un papel decisivo. Los esfuerzos de encontrar una delimitación objetiva entre información necesaria y no necesaria¹³⁹ resultan poco convincentes¹⁴⁰. Esto habla a favor de entender la obligación de la disposición de los documentos contractuales de forma amplia también en el proceso en dos etapas y de la posibilidad de poner a disposición los documentos, a falta de la importancia para la solicitud de la participación, con la exigencia de la pre-

137 OLG Düsseldorf, decisión de 17/10/2018, VII-Verg 26/18, Juris, apartado 89 ss.

138 KLAUS-PETER KESSAL, ZfBR 2019, p. 347 (349 ss.); ALEXANDER WICHMANN, en ZIEKOW, VÖLLINK, *Vergaberecht*, 3.^a ed., § 41 VgV apartado 19.

139 OLG Düsseldorf, decisión de 17/10/2018, VII-Verg 26/18, Juris, apartado 95 ss.

140 Cfr. también WOLFRAM WOLFRAM KROHN, en BURGI, DREHER, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, t. II, 3.^a ed., § 41 VgV apartado 31 sobre la importancia de los documentos contractuales para la decisión sobre la participación en el procedimiento.

sentación de la oferta, y en todo caso hacer uso de ella de forma moderada cuando se no exige de todas maneras una disposición integral desde el momento de la publicación¹⁴¹.

2. La maduración material de los contratos públicos (Vergabereife)

Con todo, el mandato de la *Vergabereife* no se agota en una mera exigencia de la integridad formal de los documentos contractuales. Más bien, le corresponde también un aspecto material que se refiere a la ejecutabilidad del proyecto de adquisición de la entidad contratante. En el artículo 2, inciso 6, VOB/A, y en el artículo 2 EU, inciso 8, VOB/A, se expresa que la entidad contratante debe adjudicar solo cuando se pueda comenzar la ejecución en el plazo establecido. Los plazos a los cuales se refiere la norma son los que ha establecido la entidad adjudicadora en el aviso de convocatoria y en los documentos contractuales¹⁴². Estos pueden ser, en especial, plazos contractuales que obligan al futuro contratista a ejecutar la prestación dentro de un lapso determinado (*cfr.* artículo 5, inciso 1, frase 1, VOB/B). Esta ejecutabilidad obliga a la entidad contratante, antes del inicio del proceso contractual, a crear todas las condiciones fácticas y jurídicas necesarias para realizar la prestación dentro del término establecido¹⁴³.

Dentro de las condiciones jurídicas están, entre otras, las autorizaciones de derecho público necesarias para el proyecto (*cfr.* artículo 4, inc. 1, num. 1, frase 2 VOB/B)¹⁴⁴. Dependiendo del objeto contractual, puede tratarse de una

141 Así KROHN, en BURGI, DREHER, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, t. II, 3.^a ed., § 41 VgV apartado 28.

142 VÖLLINK, en ZIEKOW, VÖLLINK, *Vergaberecht*, 3.^a ed., § 2 EU VOB, A apartado 18; WAGNER-CARDENAL, SCHARF, DIERKES, NZBau 2012, p. 74 (75).

143 OLG Düsseldorf, decisión de 27/11/2013, VII-Verg 20/13, Juris, apartado 32.

144 VÖLLINK, en ZIEKOW/VÖLLINK, *Vergaberecht*, 3.^a ed., § 2 EU VOB/A apartado 19.

licencia de construcción (*Baugenehmigung*), de una decisión de fijación de plan (*Planfeststellungsbeschluss*) o de una autorización ambiental del establecimiento (*umweltrechtliche Anlagenzulassung*). En la práctica, es suficiente que la autorización correspondiente sea ejecutable (*Vollziehbar*). Su fuerza vinculante (*Bestandskraft*) no se necesita¹⁴⁵. Tampoco la legalidad de la respectiva autorización es una condición de la *Vergabereife*¹⁴⁶. En el caso de que la autorización de derecho público pierda su fuerza vinculante con posterioridad, por ejemplo, por una demanda en su contra, la autoridad contratante asume el riesgo derivado de ello¹⁴⁷.

Por el lado de la ejecutabilidad de derecho público de la prestación, la autoridad contratante tiene que crear las condiciones de derecho privado de la ejecución contractual antes que comience el proceso contractual. De la *Vergabereife* forma parte el mandato para la autoridad contratante de disponer de los títulos, por ejemplo que la autoridad contratante disponga de los títulos jurídicos necesarios para iniciar la prestación. Por ejemplo, los inmuebles necesarios para la ejecución de obra deben haber sido adquiridos por la entidad contratante¹⁴⁸.

Las condiciones reales que deben cumplirse para madurar el proyecto resultan de las particularidades propias de cada contrato. Regularmente pertenecen a ello, sin embargo, por lo menos la financiación suficiente del proyecto¹⁴⁹. Solo cuando los medios presupuestales necesarios estén

145 OLG Düsseldorf, decisión de 27/11/2013, VII-Verg 20/13, Juris, apartado 33; VK Bund, decisión de 12. März 2019, VK 1-37/19, Juris, apartado 138.

146 OLG Düsseldorf, decisión de 27/11/2013, VII-Verg 20/13, Juris, apartado 33; VK Bund, decisión de 12. marzo 2019, VK 1-37/19, Juris, apartado 138.

147 Cfr. p. ej., BERGER, en GANTEN, JANSEN, VEIT, *Beck'scher VOB-Kommentar*, parte B, 3.ª ed., § 6 inc. 2 apartado 48.

148 KNAUFF, MEURERS, en *Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2.ª ed., § 2 VOB/A apartado 82; VÖLLINK, en ZIEKOW, VÖLLINK, *Vergaberecht*, 3.ª ed., § 2 EU VOB/A apartado 22.

149 OLG Düsseldorf, decisión de 10. junio 2015, VII-Verg 39/14, Juris, apartado 24; VK Sachsen-Anhalt, decisión de 12. septiembre 2018, 3 VK LSA 49/18, Juris,

disponibles para pagar la prestación solicitada, puede en realidad partirse del supuesto de que el proyecto puede ser ejecutado dentro de los plazos previstos. En este sentido, el mandato de la *Vergabereife* es similar a las disposiciones sobre la terminación anticipada admisible del proceso contractual, si la autoridad contractual no ha cumplido los requisitos propios de la *Vergabereife*.

En la práctica, se le prohíbe justificar la revocatoria de la adjudicación para que los fundamentos fácticos del contrato no se puedan dar. Si bien el artículo 63, inciso 1, frase 1, numeral 2 del VgV permite la terminación del proceso contractual cuando sus fundamentos no hayan sido modificados sustancialmente, solo se incluyen los cambios ajenos a la entidad contratante. Si esta emprende el proceso contractual sin asegurar la financiación, la ausencia de los recursos económicos necesarios no cumple estos requisitos¹⁵⁰.

D. Consecuencias del incumplimiento

Junto con los intereses de la entidad contratante, el *Vergabereife* sirve para proteger a los oferentes¹⁵¹. El campo de aplicación de la parte 4 de la GWB pertenece a las disposiciones sobre el proceso contractual, cuyo cumplimiento pueden exigir los oferentes, de acuerdo con el artículo 97, inciso 6 del GWB. Los oferentes interesados en el contrato pueden de esta manera alegar la falta de *Vergabereife* para su proceso de revisión frente a la *Vergabekammer*. Los perjuicios que amenazan a los oferentes, que de acuerdo con el artículo 160, inciso 2, frase 2, GWB, justifican la solicitud de revisión,

apartado 47; VÖLLINK, en ZIEKOW, VÖLLINK, *Vergaberecht*, 3.ª ed., § 2 EU VOB / A apartado 23.

150 BGH, decisión de 08/09/1998, X ZR 99/96, Juris, apartado 19; SEBASTIAN CONRAD, en GABRIEL, KROHN, NEUN, *Handbuch Vergaberecht*, 2.ª ed., § 33 apartado 40; VÖLLINK, en ZIEKOW, VÖLLINK, *Vergaberecht*, 3.ª ed., § 2 EU VOB / A apartado 23.

151 OLG Düsseldorf, decisión de 27/11/2013, VII-Verg 20/13, Juris, apartado 31.

radican en general en que los oferentes, en el caso de falta de la *Vergabereife*, no estarán en posición de calcular y entregar una oferta como es debido¹⁵².

Además, el *Vergabereife* adquiere importancia cuando se trata de la fundamentación de la pretensión de indemnización de perjuicios. Con el comienzo de un proceso contractual, la entidad contratante fundamenta una relación obligacional precontractual según el artículo 311, inciso 2, numeral 1, del BGB, que la obliga a respetar los derechos, bienes jurídicos e intereses de los oferentes. De ello se deriva, en especial, la obligación de la entidad contratante de elaborar los documentos contractuales¹⁵³. El incumplimiento de esta obligación les permite a los empresarios afectados, de acuerdo con el artículo 280, inciso 1, del BGB, exigir una indemnización de los perjuicios causados¹⁵⁴. Esto adquiere relevancia cuando la autoridad contratante por falta de la *Vergabereife* está obligada a terminar el proceso antes que el contrato se adjudique. En esta situación, el oferente afectado puede demandar la indemnización de los perjuicios una vez adjudicado el contrato¹⁵⁵.

REFLEXIONES FINALES: EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN DIÁLOGO DE LOS SISTEMAS

Cuando observamos en perspectiva general el material, parece existir diversidad dogmática de los puntos de partida de

152 Con respecto a ello, *cfr.* OLG Düsseldorf, decisión de 15/05/2019, VII-Verg 61/18, Juris, apartado 37; HEINZ-PETER DICKS en ZIEKOW, VÖLLINK, *Vergaberecht*, 3.ª ed., § 160 GWB apartado 24; NEUN, en GABRIEL, KROHN, NEUN, *Handbuch Vergaberecht*, 2.ª ed., § 41 apartado 57.

153 BGH, decisión de 99/06/2011, X ZR 143/10, Juris, apartado 12.

154 MICHAEL FEHLING, en PÜNDE, SCHELLENBERG, *Vergaberecht*, 3.ª ed., § 2 VOB/A apartado 39.

155 OLG Köln, decisión de 18/06/2010, 19 U 98/09, Juris, apartado 57; general BGH, decisión de 20 noviembre 2012, X ZR 108/10, Juris, apartado 16; SEBASTIAN CONRAD, en GABRIEL, KROHN, NEUN, *Handbuch Vergaberecht*, 2.ª ed., § 33 apartado 100.

los tres modelos jurídicos. Cada ordenamiento jurídico emplea expresiones técnicas válidas solo para el campo de aplicación para el cual fue configurado. Por otro lado, desde una perspectiva más detallada de las obligaciones de la fase previa a la apertura del proceso de selección o de la firma del contrato, las diferencias, en sus resultados prácticos, no son tan marcadas como se suponían al principio. Los tres sistemas prevén la responsabilidad de elaboración previa de estudios, diseños y proyectos serios y completos y la carga de describir el objeto del contrato de forma tan clara y concreta que la descripción sea entendible para todos los interesados en el proceso y las ofertas se puedan comparar. Incluso se observa que el mandato de *Vergabereife* (maduración de contratos) de derecho alemán es comparable con la así denominada “maduración de proyectos” del derecho colombiano contenida en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 del Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011).

No se puede negar que hay diferencias. Por ejemplo, en el caso puntual de la falta de adquisición de predios en un proceso de compra pública: mientras el Consejo de Estado colombiano, en las sentencias referentes, inicialmente consideró que el contrato sería nulo por objeto ilícito y luego ha retomado la línea jurisprudencial inicial de acuerdo con la cual el contrato sería válido con el derecho del contratista de reclamar posiblemente el restablecimiento del equilibrio económico¹⁵⁶ del contrato, para el derecho español la consecuencia, en tal evento, sería la nulidad del contrato por ausencia de objeto (art. 38 LCSP; art. 1261, num. 2, Código

156 El principio de equilibrio económico, que no se conoce en el derecho alemán, está en proceso de ser aclarado: OECD, *Towards Efficient Public Procurement in Colombia*, 2016, p. 95. Disponible en <https://read.oecd-ilibrary.org/governance/towards-efficient-public-procurement-in-colombia_9789264252103-en#page96>. Este punto no se tratará, por rebasar los propósitos de este capítulo.

Civil), y para el ordenamiento jurídico alemán el contrato sería válido y posiblemente la autoridad debería, en ese caso, pagar indemnización de perjuicios.

Las divergencias en las consecuencias esbozadas están determinadas por las funciones sobre las que se pone el acento a la(s) atribuida(s) al principio de planeación (Colombia), a la obligación de programación (España) y al mandato de *Vergabereife* (maduración de contratos) (Alemania). El Consejo de Estado de Colombia parte del supuesto de que la falta de planeación “[...] ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no solo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal”¹⁵⁷. Para el Consejo de Estado, detrás “[...] de la celebración de un contrato de obra, por ejemplo, están el interés general y la necesidad de defender el patrimonio público, que pueden verse afectados justamente por la falta de planeación”¹⁵⁸.

En España, la obligación de programación no tiene tanto la finalidad de proteger a la Administración sobre lo que va a hacer o no, ya que esto está determinado por las normas presupuestales; sino más bien, está vinculada a la finalidad de que los contratistas conozcan con el suficiente grado antelación el objeto de la licitación, de tal manera que puedan prepararse y presentar una oferta consistente. Se colige que a mayor grado de definición del objeto, a mayor preparación de la licitación y a mayor sustentación de los actos preparatorios, se disminuyen los problemas en la ejecución del contrato y se reduce el riesgo de que el contrato deba ser modificado con posterioridad.

157 CE, sec. III, sent. 13/06/2013, exp. 26637.

158 CE, sec. IV, sent. 21/08/2014, exp. 1919 00.

En Alemania, el mandato de *Vergabereife* (maduración de contratos) tiene la función, por un lado, de proteger el interés de la autoridad contractual, que solo así puede calcular y determinar en qué proyectos se gastan los recursos públicos, y por otro lado, busca proteger los intereses de los oferentes con la garantía de terminación del proceso contractual con la adjudicación y ejecución del contrato dentro del plazo establecido y con la garantía de libre competencia económica.

Tanto en Colombia como en España (art. 203 y ss. LCSP) y en Alemania (art. 132 *GWB*) se pretende extremar el celo en la preparación o planeación del contrato y se imponen consecuencias por su transgresión como una medida para evitar la práctica reiterada comprobada de contratos que no se pueden ejecutar por defectos en su preparación o planeación.

Las disparidades dogmáticas de los sistemas jurídicos no son infranqueables. Esto es lo que muestran los esfuerzos de organismos como el Banco Mundial, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, por sus siglas en inglés) de formular estándares de entendimiento común referentes a la etapa precontractual del proceso de compra pública. La ley modelo de la CNUDMI sobre contratación pública contiene, entre otras, reglas concernientes a la descripción del contrato adjudicable (art. 10), disposiciones sobre los documentos de precalificación o preselección y previsiones sobre la estimación del valor del contrato adjudicable (art. 12) que tienen pretensión de validez universal en los procesos precontractuales. En este sentido, el Banco Mundial señala, en su comparación de los instrumentos de compra pública:

[...] la elaboración del presupuesto, la planeación, la implementación, el mantenimiento y la rendición de cuentas van a determinar cómo la [los principios de] “economía y la eficien-

cia” se traducen y se pueden alcanzar mediante la función de contratación pública, incluyendo los caminos para evaluar las ofertas y cuáles factores se deben considerar¹⁵⁹.

También la OCDE, en la recomendación del Consejo sobre contratación pública, invita a que se “[...] desarrollen procedimientos que, satisfaciendo las necesidades de la Administración pública y de los ciudadanos, impulsen la eficiencia a lo largo de todo el ciclo de la contratación pública”. Para ello, propugna que se adopten

medidas encaminadas a asegurar que los resultados de los procesos de contratación satisfacen las necesidades de los administrados, por ejemplo, elaborando unas especificaciones técnicas adecuadas, estableciendo unos criterios apropiados de adjudicación de contratos, garantizando que los evaluadores de propuestas poseen los adecuados conocimientos técnicos, y asegurándose de que, tras la adjudicación de los contratos, se dispone de los recursos y conocimientos necesarios para la gestión de los mismos¹⁶⁰.

El que las disimilitudes dogmáticas de los ordenamientos jurídicos no son insalvables lo demuestra también el hecho de que en los tres modelos jurídicos examinados existen deberes precontractuales del empresario que perfilan los matices de un principio de colaboración o cooperación con la Administración (colaboración público-privada) con pretensiones de validez universal. Como se indicó *at supra*, en Colombia el oferente es considerado como un colaborador de

159 Banco Mundial, *Comparison of the international instruments on Public Procurement*, 2013, p. 10. Disponible en <http://siteresources.worldbank.org/procurement/Resources/84265-1354233251381/Background_paper-International_instruments.pdf>. Traducción libre de la autora.

160 OECD, *Recomendaciones del Consejo sobre contratación*, p. 10. Disponible en <<http://www.oecd.org/gov/public-procurement/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>>.

la Administración en el proceso contractual¹⁶¹. Esto se desprende de los artículos 3.º, 4-9 y 5-2 de la Ley 80 de 1993. Se reconoce que la entidad y los particulares, en aplicación del principio de buena fe, deben observar un comportamiento leal y diligente en el proceso precontractual, contractual y poscontractual. Esto los obliga a “realizar todo aquello que conduzca al nacimiento del contrato [...] y a abstenerse de lo que pueda frustrar este resultado conforme a la exigencia de la mutua confianza”¹⁶² De lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 3.º de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con el cual los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que [...]”¹⁶³ colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”, el Consejo de Estado ha derivado un deber del oferente de manifestarle a la entidad estatal las deficiencias de planeación que adviertan para que sean subsanadas e incluso un deber de abstenerse de participar en la celebración de contratos cuyo objeto contractual no se pueda ejecutar o su ejecución dependa “de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros, como por ejemplo el que estos se decidan a enajenar predios sobre los cuales han de construirse las obras que son o serán materia del contrato”¹⁶⁴. La atribución al oferente de un deber de colaboración se ha reafirmado en sentencias posteriores.

En la dogmática alemana se sostiene que todos los *Verwaltungsverträge* (contratos de la Administración) son un instrumento de actuación en el marco del *kooperativer Staat*

161 JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *La planeación y la validez*, op. cit., p. 81.

162 RODRIGO ESCOBAR GIL, op. cit., p. 468.

163 El aparte omitido de este inciso fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

164 CE, sec. III, sent. 24/04/2013, exp. 27.315.

(Estado cooperativo o colaborativo)¹⁶⁵. Con el término *kooperative Verwaltung*¹⁶⁶ (Administración cooperativa o colaborativa) se distingue el Estado moderno que cumple sus tareas no exclusivamente mediante instrumentos del campo de las órdenes (*Befehlsbereich*) como los actos administrativos, los acuerdos, los decretos y estructuras de organización jerárquicas¹⁶⁷. Para solucionar las relaciones sociales, económicas y técnicas tan cambiantes y los déficits de mecanismos de decisiones y de control estatal, el Estado debe considerar los sujetos económicos concretos con los que trabaja y las relaciones de los procesos económicos, políticos y sociales¹⁶⁸. Consecuencia de esta obligación es el deber precontractual del empresario de tener en cuenta y respetar también los intereses del Estado. El artículo 241, inciso 2, del BGB¹⁶⁹, de acuerdo con el cual la relación obligacional puede obligar, según su contenido, a cada parte a considerar los derechos, bienes e intereses de la otra es, en este sentido, aplicable al proceso de compra pública. De ahí que la jurisprudencia¹⁷⁰ señale que un oferente, por ejemplo, no se puede aprovechar de un error de los documentos contractuales.

En España, aunque no es obligación de los empresarios indicar faltas en la programación, en la práctica tal manifestación a la entidad pública se considera como positiva,

165 KONRAD HESSE, "Aufgaben einer Staatsrechtslehre heute", en ELLWEIN, HESSE, MAYNTZ, SCHARPF, *Jahrbuch zur Staats-und Verwaltungswissenschaft*, 1987, pp. 55, 71 ss.; ARTHUR BENZ, *Kooperative Verwaltung*, Baden-Baden, Nomos, 1994, p. 15; ERNST RITTER, "Der kooperative Staat", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 104, septiembre, 1979, pp. 389, 408 y ss.

166 Cfr. HANS-WERNER RENGELING, *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, Colonia, Heymann, 1988, pp. 77 y ss.

167 ARTHUR BENZ, *op. cit.*, pp. 13, 345.

168 ERNST RITTER, *op. cit.*, pp. 389, 391; ARTHUR BENZ, *op. cit.*, 41 y ss.

169 Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán) en la versión de la publicación de 2 de enero de 2002 (BGBl I, p. 42, 2909; 2003 I, p. 738) que fue por última vez modificado por el artículo 1.º de la ley de 21 de diciembre de 2019 (BGBl, I p. 2911).

170 Cfr. BGH, Urt. v. 19.06.2018 —X ZR 100/16—.

puesto que indica conocimiento y experticia del empresario para llevar a cabo el objeto contractual. De gran relevancia es el hecho de que se haya venido trabajando en la configuración de códigos de conducta¹⁷¹ que determinan los comportamientos de las partes en el proceso contractual, de manera que se logre la prevención de irregularidades en el proceso. También de subrayar es el hecho de que se reconoce un deber de colaboración con la Administración en virtud del cual los particulares se pueden ver compelidos a continuar prestando el servicio a favor de la entidad¹⁷².

En la contratación entre particulares, de los sistemas jurídicos del *civil law* y en especial del derecho alemán se ha deducido un principio de cooperación de la función normativa del principio general de buena fe¹⁷³. Es un deber reconocido en la totalidad de los ordenamientos jurídicos como una obligación accesoria en todas las fases del contrato¹⁷⁴. En Colombia lo ha aceptado, en materia de contratación estatal, el Consejo de Estado, por ejemplo en la sentencia de 21 de agosto de 2014, de la Sección Cuarta¹⁷⁵. En derecho contractual comparado es innecesario acudir al principio general de la buena fe para deducir su existencia, en la medida de su concretización en normas especiales¹⁷⁶.

171 Por ejemplo, *cfr.* GIPUZKOA, Diputación Foral, Código de conducta y marco de integridad institucional aplicable a la contratación pública. Disponible en <https://www.gipuzkoa.eus/documents/20933/923643/Kontratazio_kodea-es.pdf>./e014801b-3e70-fd79-8ac2-d63ea19aa374>.

172 Sobre este tema, *cfr.* VIVENC AGUADO I CUDOLA, "Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos", en FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, Madrid, INAF, 2017, p. 271.

173 GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA, "El principio de cooperación en la contratación", en Sixto Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado: Una perspectiva europea y transnacional*, 2.^a ed., Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1002-1006.

174 *Ibid.*

175 Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 21 de agosto de 2014, exp. 11001031500020130191900. De acuerdo con esta decisión jurisprudencial, la buena fe "implica el conocimiento de las condiciones en que se desarrollará el vínculo jurídico, en orden a asegurar la mutua confianza de las partes".

176 GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.*, pp. 1002-1006.

El principio de cooperación tiene incluso validez como principio universal de derecho público internacional (como lo demuestra el artículo 55, literal b, de la Carta de las Naciones Unidas) y del derecho de contratación internacional (en particular, *cfr.* el artículo 7.2. del Convenio de Viena¹⁷⁷ y el artículo 1202 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos 'PECL', por sus siglas en inglés).

En Colombia, de acuerdo con el informe sobre la contratación pública en Colombia elaborado por la OCDE¹⁷⁸, los litigios contractuales son más frecuentes que los que se presentan antes de la adjudicación¹⁷⁹. Una explicación es la falta de un sistema efectivo de recursos especiales de contratos públicos en la etapa precontractual que detenga, desde el principio, problemas que han surgido en el proceso precontractual y que haga posible que solo se celebren contratos públicos que hayan cumplido con las normas vigentes en materia de contratación¹⁸⁰. En este punto vale precisar que tratados de libre comercio celebrados por Colombia promueven la implementación de instancias administrativas o judiciales independientes que resuelvan impugnaciones presentadas por los proveedores en casos de contratación pública (véase, por ejemplo, el artículo 8.16 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico). Para la instauración de un sistema tal de impugnaciones, podrían servir de ejemplo los modelos alemán y español.

En Alemania, los oferentes pueden comenzar, en caso de que se haya contrariado el mandato de *Vergabereife* (maduración de contratos), un proceso de verificación (*Nachprüfungsverfahren*) ante la *Vergabekammer* (art. 156 GWB). Cuando la *Vergabekammer* determina que hay una

177 Convenio de Viena de 10 de abril de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías

178 OECD, *Towards Efficient Public Procurement in Colombia*, *op. cit.*, p. 94.

179 *Ibid.*

180 *Ibid.*

violación jurídica al mandato en cuestión, toma las medidas idóneas para eliminar la vulneración (art. 168 *GWB*). Ante la presentación del recurso, se le prohíbe a la autoridad adjudicar el contrato (art. 169, num. 1, *GWB*). Después de dos semanas, mediante solicitud de un oferente y cuando prevalezcan los intereses que puedan verse afectados, el interés general de desarrollar rápidamente el proceso contractual, las consecuencias perjudiciales de una demora en la adjudicación y las desventajas vinculadas con ello, se le puede permitir a la entidad proferir la decisión de adjudicación (art. 169, num. 2, *GWB*). En caso de que se compruebe que se vulneró el mandato de *Vergabereife* (maduración de contratos), el proceso contractual debe anularse y se debe comenzar de nuevo con fundamento en los documentos contractuales reelaborados. La decisión de la *Vergabekammer* puede ser apelada ante el *Oberlandesgericht*, Tribunal Superior del Estado Federal (art. 171 *GWB*).

En España, de acuerdo con el artículo 44, numeral 2, literal a), del LCSP, pueden ser objeto de recurso especial los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales (de contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros y de suministro y servicios que tengan un valor superior a cien mil euros, según el art. 44 num. 1, lit. a), LCSP) que establezcan las condiciones que deban regir la contratación. Este es dirimido por tribunales administrativos de recursos contractuales de forma independiente, breve (en promedio veinte días), gratuita y con un elevado porcentaje de estimación (40 % a 60 % de los recursos son aceptados). En principio, una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del proceso cuando el acto recurrido sea el de adjudicación (art. 53 LCSP). La resolución del recurso, de acuerdo con el artículo 57, numeral 2 del LCSP:

[...] se pronunciará sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de

adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. En todo caso, la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

En la práctica, este recurso se ha interpuesto para solucionar casos de mala calificación de los proponentes, ambigüedades y faltas al principio de igualdad de trato y transparencia en las previsiones de los criterios de selección, insuficiencia del precio del contrato fijado para cubrir costos —por ejemplo, laborales— y discrepancias en la definición del objeto, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

Numeral 1

AGUADO I CUDOLÀ, VIVENÇ, “Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos”, en FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, Madrid, INAP, 2017.

APONTE DÍAZ, IRIANA, “Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 11, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

BENZ, ARTHUR, *Kooperative Verwaltung*, Baden-Baden, Nomos, 1994.

COLOMBIA, PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Recomendaciones para la elaboración de estudios previos: aplicación del principio de planeación en la contratación de las entidades públicas*, Bogotá, 2010.

- DÁVILA VINUEZA, LUIS GUILLERMO, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 3.^a ed., Bogotá, Legis, 2016.
- DEIK ACOSTAMADIEDO CAROLINA, *Guía de contratación estatal*, 2.^a ed., Bogotá, Juritextos, 2019.
- ESCOBAR GIL, RODRIGO, *Teoría general de los contratos de la Administración pública*, Bogotá, Legis, 1999.
- ESTEBAN DE LA ROSA, GLORIA, “El principio de cooperación en la contratación”, en Sixto Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, 2.^a ed., Cizur Menor (Navarra), 2013.
- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS, *La configuración del contrato de la Administración pública en derecho colombiano y español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS, “La planeación y la validez del contrato”, en *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, ÉDGAR, *El pliego de condiciones en la contratación estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- HESSE, KONRAD, “Aufgaben einer Staatsrechtslehre heute”, en ELLWEIN, HESSE, MAYNTZ, SCHARPF, *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, 1987.
- MATALLANA CAMACHO, ERNESTO, *Manual de contratación de la Administración pública*, 4.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- MAURER, HARTMUT, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19.^a ed., Munich, Beck, 2017.
- RENGELING, HANS-WERNER, *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, Colonia, Heymann, 1988.

RITTER, ERNST, “Der kooperative Staat”, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 104, septiembre, 1979.

SANTOFIMIO GAMBOA JAIME ORLANDO, *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

SANTOFIMIO GAMBOA JAIME ORLANDO, “Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública”, en *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma contractual*, Bogotá, Universidad Externado, 2009.

ZWEIGERT, KONRAD y HEIN KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.^a ed. Tubinga, Mohr, 1996.

Numeral II

CERRIRO I MARTÍNEZ, AGUSTÍN, *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de interés y la lucha contra la corrupción*, Navarra, Aranzadi, 2014.

GÓNGORA ZURRO, IGNACIO y MIGUEL ÁNGEL TORRES MORATO, “La contratación irregular en el sector público como supuesto de responsabilidad contable”, en *La Ley*, Wolters Kluwern, 9484, 24 de septiembre de 2019.

GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL, “Necesidad e idoneidad de los contratos celebrados por el sector público”, en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 81, diciembre, 2008.

GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL, “El fraccionamiento del contrato y la división en lotes”, en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 138, julio, 2015.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL, “Los riesgos de los contratos menores para una contratación socialmente eficiente”, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º IV, diciembre, 2018.

- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL, “Medidas de fomento del acceso a pymes a la contratación pública”, en *Obcp.es*, 5 de mayo de 2014.
- GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA, “La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones”, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2019.
- SOBRINO GÓMEZ, MARTA, “Los delitos de expropiación ilegal (art. 541 CP) y de prevaricación de los funcionarios públicos (art. 404 CP) y otros comportamientos injustos en los supuestos de ocupación de terrenos por las administraciones públicas”, en *La Ley Penal*, Sección Estudios, n.º 131, marzo-abril, 2018.
- SANTIAGO FERNÁNDEZ, MARÍA JOSÉ, “División en lotes: nueva configuración del objeto del contrato en la Ley de Contratos del Sector Público”, en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 153, enero-febrero, 2018.
- RAZQUIN LIZARRAGA, MARTÍN MARÍA y FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA, *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2017.
- VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER, “Compra pública de innovación. Avanzando hacia la compra pública estratégica”, en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 159, enero-febrero, 2019.
- VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER, “Consultas preliminares desde la óptica de los poderes adjudicadores y las empresas”, en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 162, julio-agosto, 2019.
- VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER, “El fraccionamiento del contrato. Ausencia de regulación en la LCSP y necesidad de definición”, en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 156, julio-agosto, 2018.

VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER, “The modification of public contracts: an obstacle to transparency and efficiency”, en Jean-Bernard Auby (dir.), Gabriella M. Racca (ed. lit.) y Christopher R. Yukins (ed. lit.), *Integrity and efficiency in sustainable public contracts: Balancing corruption*, Bruselas, Bruylant, 2014.

VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER, “La contratación pública ante la crisis económica: modificados a la baja y otras consideraciones”, en MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ, JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR y SONIA RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, *Las reformas administrativas de la crisis*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2017.

VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER, *La modificación de los contratos públicos del sector público*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015.

VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER, “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 abr. 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 143, 2009.

Numeral III

BACHMANN, GREGOR, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl., § 241 BGB.

BERGER, en GANTEN, JANSSEN, VEIT, *Beck'scher VOB-Kommentar*, Teil B, 3. Aufl., § 6 Abs. 2.

BOLDT, ANTJE, NZBau 2019.

CONRAD, SEBASTIAN, en GABRIEL, KROHN, NEUN, *Handbuch Vergaberecht*, 2. Aufl., § 36.

DICKS, HEINZ-PETER, en ZIEKOW, VÖLLINK, VERGABERECHT, 3. Aufl., § 160 GWB.

FEHLING, MICHAEL. en PÜNDE, SCHELLENBERG, VERGABERECHT, 3. Aufl., § 2 VOB/A

KESSAL, KLAUS-PETER, ZfBR 2019.

KNAUFF, MEURERS, en *Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl., § 2 VOB / A.

KROHN, WOLFRAM en BURGI, DREHER, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Bd. 2, 3. Aufl., § 41 VgV.

KROHN, WOLFRAM en GABRIEL, KROHN, NEUN, *Handbuch Vergaberecht*, 2. Aufl., § 19.

LAMPERT, STEPHEN en BURGI, DREHER, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Band 1, 3. Aufl., § 121 GWB.

MEHLITZ, JENNY, en BURGI, DREHER, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, 3. Aufl., § 28 VgV.

NEUN, en GABRIEL, KROHN, NEUN, *Handbuch Vergaberecht*, 2. Aufl., § 41.

OSSEFORTH, BEITRÄGE VON TOBIAS, en BURGI, DREHER, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, 3. Aufl., § 2 EU VOB / A

VÖLLINK, UWE-CARSTEN, en ZIEKOW, VÖLLINK, *Vergaberecht*, 3. Aufl., § 2 EU VOB / A.

VON LEWINSKI, KAI, en VON LEWINSKI, Burbat, BHO, § 54.

WAGNER-CARDENAL, en DIECKMANN, SCHARFF, WAGNER-CARDENAL, *VgV, UVgO*, 2. Aufl., § 31 VgV.

WAGNER-CARDENAL, SCHARF, DIERKES, NZBau 2012.

WICHMANN, ALEXANDER, en ZIEKOW, VÖLLINK, *Vergaberecht*, 3. Aufl., § 41 VgV.

La jurisprudencia en contratación pública no se ha caracterizado por su estabilidad y la definición sistemática de líneas claras, pese a la importancia esencial que sin lugar a dudas tiene en la concreción de nociones e instituciones contractuales. En varios temas sensibles, algunos de los cuales se abordan en este libro, la jurisprudencia ha afirmado con fuerza opiniones y conceptos que han sido objeto de modulación posterior o incluso de abierta corrección, como las condiciones de perfeccionamiento de los contratos, las consecuencias de las fallas de planeación, el significado y alcance de las autorizaciones constitucionales para contratar o de la subsanación de ofertas, las consecuencias de la nulidad del contrato, la amplitud de las modificaciones contractuales, el cómputo de plazos de caducidad de acciones jurisdiccionales en temas contractuales, las condiciones de las distintas teorías que explican el reequilibrio financiero del contrato y muchos otros más.

Y, sin embargo, en todos los eventos las decisiones del Consejo de Estado han definido temas contractuales sensibles, hasta el punto de dar lugar, en algunos casos, a definiciones legales según las concepciones jurisprudenciales e incluso a regular legalmente temas tratados en decretos que han desbordando la potestad reglamentaria y por ello han sido anulados por el contencioso administrativo.

Así pues, estudiar la jurisprudencia y la doctrina oficiales emerge como una tarea no solo útil, sino indispensable, ineludible, para lograr la caracterización de la contratación pública. Ellas no solo definen el sentido y el alcance del derecho positivo fijado en la ley y el reglamento, sino también son motor inspirador del derecho positivo, indicándole a veces al legislador la vía técnica que ha de seguir. Incluso, la creciente globalización del derecho, a la que es particularmente sensible la contratación pública, incita a una dinámica reforzada de influencia jurisprudencial, más allá del ejercicio de comparación de regímenes jurídicos, por la pertinencia directa que pueden tener los fallos foráneos en nuestros problemas contractuales.

Los autores de esta obra han identificado nueve fallos que constituyen referentes de análisis de los temas contractuales a los que se refieren. Más allá de un análisis de sentencias, los autores se apoyan en la importancia de los fallos para el entendimiento de los temas contractuales y la valoración de su repercusión, tanto en la jurisprudencia posterior como en la regulación normativa y la mejor caracterización de las instituciones contractuales. Las contradicciones, así como la depuración de nociones o su corrección y la estructuración de líneas jurisprudenciales, no son obstáculo para apreciar la importancia de los fallos seleccionados, cuyo valor referente ilumina y orienta el mejor entendimiento y caracterización de los temas contractuales.

