

La nulidad absoluta del contrato estatal por falta de planeación

Luis Felipe Guecha Medina

Segundo Artículo

Contenido

Introducción	4
1. Requisitos de existencia del contrato estatal	4
2. La validez del contrato estatal	6
2.1 Forma del contrato estatal	9
2.2 Contenido del contrato estatal	12
2.2.1 Invalidez del contrato estatal	14
3. De la nulidad absoluta del negocio jurídico civil	15
3.1 De la nulidad absoluta del contrato Estatal	17
3.2 Del objeto lícito como un requisito de validez del contrato	21
3.3 Del objeto ilícito del contrato estatal	23
4. La planeación como objeto ilícito de la nulidad absoluta del contrato estatal	26
4.1 Tensión en el Consejo de Estado por la invalidez absoluta del contrato estatal por falta al deber del principio de planeación	29
4.2 Legitimados de la acción de nulidad por objeto ilícito	32

4.3 Efectos de la nulidad absoluta	33
5. Resultados del artículo de reflexión	34
6. Análisis del tema desarrollado	38
7. Conclusiones	41
8. Propuesta del segundo artículo.....	47
Referencias	49

Resumen

El estudio de este artículo de reflexión se relaciona con la nulidad absoluta del contrato estatal generada por la falta de planeación en su etapa precontractual, cuando se encuentra insatisfecho este principio por la desatención o falta de aplicación dada por los sujetos que intervinieron en la formación del negocio jurídico, para cuyo efecto se analizará la jurisprudencia, la doctrina y la normatividad sobre el tema para identificar la causa, el objeto ilícito, el alcance y sus consecuencias cuando se aplica la sanción extrema en la etapa de ejecución, con el objetivo de extraer conclusiones y efectuar recomendaciones dirigidas a evitar que el cumplimiento del objeto contractual no se vea afectado y se logró en alguna medida la solución de las necesidades de la comunidad.

Palabras claves: Contrato estatal, etapa precontractual, planeación, nulidad absoluta, objeto ilícito.

Abstract

The study of this article of reflection is related to the absolute nullity of the state contract generated by the lack of planning in its pre-contractual stage, when this principle is unsatisfied due to the inattention or lack of application given by the subjects that participated in the training of the legal business, for which effect the jurisprudence, doctrine and regulations on the subject will be analyzed to identify the cause, the unlawful object, the scope and its consequences when the extreme sanction is applied in the execution stage, in order to draw conclusions and make recommendations aimed at preventing that the fulfillment of the contractual object is not affected and the solution of the needs of the community was achieved to some extent.

Keywords: State contract, pre-contractual stage, planning, absolute nullity, illegal object.

Introducción

En Colombia los negocios jurídicos celebrados por el Estado con frecuencia son sancionados con nulidad absoluta derivada por el objeto ilícito por la inobservancia del principio de planeación, ello ha generado un descontento en la comunidad que no le llega la solución del servicio público, y que solo observa cómo la intervención de la Jurisdicción de lo contencioso Administrativo da pasos en busca de proponer soluciones a través de sus fallos de invalidez con la carga en algunos de ellos de posponer en forma lejana la ejecución de una obra o servicio necesitado en forma urgente por la comunidad.

El objetivo de la investigación es analizar ¿cuál sanción se debe imponer ante las posturas jurídicas opuestas del Consejo de Estado frente a la violación del principio de planeación del contrato estatal?, para ello, se contemplarán las normas, la doctrina y la jurisprudencia y, desde allí, se presentarán conclusiones que permitan proteger el patrimonio del Estado en la solución de los servicios públicos y las necesidades de la comunidad.

Desde esa óptica se presenta como método de investigación analítico propositivo, por cuanto los debates se centran estrictamente en el campo jurídico y por ello permite descomponer y analizar su estructura presentando soluciones, sin perder de vista su eje central.

1. Requisitos de existencia del contrato estatal

Es necesario previamente determinar los elementos que deben concurrir para la existencia de esta categoría de negocios jurídicos, para luego llegar a los elementos de validez e invalidez por objeto ilícito como causal de nulidad absoluta, que es el punto central de la investigación, por ello, se debe determinar que el contrato estatal al igual que el celebrado entre particulares bajo el

ordenamiento civil, deben tener determinadas condiciones que son indispensables para su formación, según lo expresado por Ospina & Ospina (2014), sobre este punto: “ciertas condiciones generales son indispensables para la formación de los actos jurídicos, sin ellas, estos no pueden nacer, no existen, son nada frente al derecho, tales condiciones son: la voluntad manifestada, el consentimiento, el objeto y la forma solemne” (p.83).

Entonces, en particular sucede en la formación del consentimiento que es un elemento que hace parte de la existencia de los contratos, cuando los acuerdos de voluntades concurren y son concordantes, al respecto, Ortiz (Com. Pers), al referirse a esa formación, indicó:

Finalmente, definiremos el consentimiento como la conjunción de dos o más declaraciones de voluntad de partes distintas, comunicadas entre sí, que tienen una finalidad común, así sus intereses no lo sean, consistentes en formar un contrato con obligaciones a cargo de todas las que concurren a su celebración o de una solo de ellas. (Ortíz, 2017, com.pers)

Entonces, se explica, que ese consentimiento está representado por el querer de quienes intervienen en la formación del negocio jurídico el cual tiene la categoría de ser bilateral, como lo expone Expósito (2003) cuando afirma:

El consentimiento, en últimas, está representado en el querer de las partes, o lo que es lo mismo, en la manifestación de la voluntad de los intervinientes en dicho negocio. Siendo un acto bilateral, pues necesita como *condictio sine qua* la existencia de la concurrencia de las voluntades. (p.272)

Además, en ese orden, se puede decir que la solemnidad es otro elemento que debe concurrir para la existencia del contrato estatal que a la voz de Pino (2000), dice que es el cumplimiento de específicas y determinadas formalidades previamente establecidas en el ordenamiento jurídico, así lo expone: “Los contratos Estatales son solmenes. Esto significa que para su existencia deben cumplir unas formalidades y requisitos expresamente establecidos en el ordenamiento jurídico” (p.196).

De tal suerte, el Derecho Privado hace un aporte determinante en el tema de la existencia de contratos estatales, dado que, el acto jurídico de naturaleza civil debe contener la voluntad manifestada, el objeto genérico y específico la forma y la solemnidad¹ especial para determinados negocios jurídicos (Consejo Nacional Legislativo, 1887); igual ocurre en el contrato estatal donde la aplicación de todos estos elementos generan la existencia, pues si faltare uno de estos elementos este no nace a la vida jurídica, por ello la ley, doctrina y la jurisprudencia ha sido pacífica en darles esta categorización.

2. La validez del contrato estatal

Entonces, es claro, que a partir de las las condiciones de existencia del contrato estatal derivada de la normatividad civil conviene llegar hasta aquellos elementos que concurren para su validez con soporte en lo descrito en el artículo 1502 del Código Civil (Consejo Nacional Legislativo, 1887), que dice: Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1. Que sea legalmente capaz 2. Que consienta de dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3. Que recaiga sobre un objeto lícito 4. Que tenga una causa lícita.

A su turno, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (2017), cuando toca esos elementos que deben concurrir en los actos jurídicos o contratos para que tengan validez o que el acto jurídico tenga eficacia y transcendencia legal, los determina como: la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita; ello significa una extrema confusión que no permite dar claridad, si se mira que los requisitos de validez están determinados por la capacidad de los agentes, la ausencia de vicios de la voluntad (error fuerza y dolo), objeto lícito y causa lícita,

¹ El contrato es real cuando, para cuando sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual se perfecciona por el solo consentimiento.

entonces, el consentimiento está dado por el acuerdo de voluntades como elemento fundamental de los requisitos de existencia del contrato. En todo caso es importante mirar la postura:

De antaño tiene decantado esta Corte: *“La habilidad legal para ejecutar o producir un acto jurídico es la regla general, y la inhabilidad la excepción. El acto jurídico tiene eficacia y trascendencia legal en cuanto existen los elementos intrínsecos que lo condicionan, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, y en cuanto, cuando es el caso, se hayan llenado como lo determina la ley. La presunción de la validez y eficacia del acto jurídico ampara y favorece a quienes en él han intervenido como partes, cuando se trata de un acto bilateral, o a quien lo ha realizado cuando es unilateral. Quiere decir esto que para anular o desvirtuar un acto de esa naturaleza, es preciso que quien lo impugna destruya esa presunción, lo cual no puede verificarse sino aduciendo la prueba plena del caso, que demuestre o los vicios internos del acto o la falta de las solemnidades o formalidades requeridas (...) La presunción de sanidad del espíritu en cuanto al estado mental de las personas no puede destruirse sino mediante la demostración adecuada al caso”.* (Corte Suprema de Justicia, 2017, p.24, 25)

Ahora, no se debe dejar pasar por alto desde esa misma óptica la posición de la doctrina respecto de aquellos elementos que son ingredientes para la validez del contrato a la luz de Ospina & Ospina (2014), quienes se refieren al tema de la siguiente manera:

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, resulta que los requisitos para la existencia de los actos jurídicos son la voluntad o el consentimiento, el objeto genérico y específico, y la forma solemne, mientras que los requisitos para la validez de aquellos con la capacidad, de los agentes, la ausencia de los vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo), la ausencia de lesión enorme, la licitud del objeto, la licitud de la causa y la plenitud de las formalidades prescritas por la ley., el subrayado es nuestro. (p.84)

Desde esa perspectiva, es necesario traer lo expuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado (2014a) respecto de las condiciones de validez de los contratos Estatales, ofrece una claridad sobre estos elementos si se mira que los distingue no tocando aquellos que son de la existencia, por ello es necesario observar:

Antes de abordar el caso concreto, hay que recordar que un acto puede existir pero carecer de validez, por adolecer de un vicio, en consecuencia estará afectado de nulidad absoluta o relativa, aunque exista y produzca efectos hasta tanto se declare judicialmente la irregularidad. Esos requisitos son: capacidad plena; ausencia de vicios del consentimiento -error, fuerza y dolo-; ausencia de lesión enorme, cuando da lugar a su rescisión; licitud del objeto; y licitud de la causa. (Consejo de Estado, 2014, p.39)

No se debe olvidar, que la doctrina ofrece unos puntos determinantes sobre el tema a la luz del artículo 1502 del C.C. y en ese contexto dice Expósito (2013), en cuanto a los requisitos de validez, que él señala como de contenido, lo hace con soporte en la legislación civil, por la misma estructuración de los contratos de derecho privado, en este sentido:

El contrato es, entonces, el reflejo del acuerdo de voluntades que tiene como finalidad acordar los derechos y obligaciones de las partes, las cuales debe ser válidas, validez que supone el cumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 1502 C.C. En efecto, los elementos esenciales de toda declaración de voluntad manifestada a través de un contrato, se éste privado o público, son la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita, sin perjuicio del deber de adecuada planeación del contrato. (p.110)

Desde ese elemento tratado, es necesario traer el punto de vista jurídico Español de Fernández (2012), quien desde su óptica administrativa señala los requisitos para la validez de los contratos y donde los condiciona para que el contrato nazca, ello significa, que en España son diferentes los requisitos para la existencia de esos actos jurídicos, por tanto lo debemos plasmar:

Requisitos esenciales para la validez de los contratos (1): Tienen tal condición aquellos cuya ocurrencia es indispensable para que el contrato nazca. Por lo tanto, la ausencia u omisión de cualquiera de los anula la existencia del contrato. En efecto dispone el art. 1621 el Código Civil: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1. Consentimiento de los contratantes. 2º. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º. Causa de la obligación que se establezca. (p.60)

Así desde este prisma referido sobre la validez del negocio jurídico estatal conviene ahora

señalar, sobre la validez jurídica de los contratos estatales para puntualizar sobre la capacidad legal de las personas que comprometa su voluntad, como lo expone Angarita, la cual se particulariza sobre la capacidad legal por sujetos de derechos y obligaciones, así “pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes” (p.240).

Ahora, esta capacidad se puede extraer del artículo 6 de la Ley 80 de 1993, donde señala que pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas legalmente capaces en las disposiciones vigentes, lo que indica que esta norma guarda una articulación perfecta con la capacidad legal expuesta en el artículo 1502 del Código Civil.

2.1 Forma del contrato estatal

Sobre este tópico es importante reseñar que “la declaración de voluntades manifestada en la formación del consentimiento interviene en el surgimiento del contrato estatal por estar determinada en una manifestación escrita”² (Alessandri, 2011, p.83), como así se desprende del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, el cual dice lo siguiente:

De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación de dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.
(Congreso de Colombia, 1993, art. 39)

Además, el artículo 41 de la referida Ley señala sobre los contratos estatales en cuanto a la forma escrita: “Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos el estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito” (Congreso

² Para que el contrato se forme, no basta la voluntad de cada parte manifestada de las formas que hemos señalado. Es menester que ambas voluntades concurren en un mismo momento y sean concordantes, en otros términos, que haya consentimiento, esto es, acuerdo de voluntades sobre un objeto jurídico. Lo que constituye el contrato en este acuerdo.

de Colombia, 1993, art. 41).

Ahora, la Sección Tercera del Consejo de Estado (2012) no ha sido ajena sobre la forma del contrato estatal hace unos interesantes apuntes que determinan igualmente la forma del contrato estatal, como sigue:

En efecto, por regla general, los contratos estatales deben constar por escrito, pues así lo disponen los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, al señalar que es esta la forma que deben adoptar tales actos jurídicos para existir jurídicamente y quedar perfeccionados, es decir, para que sean válidos desde la perspectiva estrictamente formal (requisito ad solemnitatem o ad substantiam actus). Esta exigencia es una de las llamadas formalidades plenas de los contratos del Estado. Por excepción, el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 (derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) contempla la posibilidad de celebrar contratos sin formalidades plenas, cuando su valor se halle dentro de los rangos previstos por la norma, rangos que están concebidos en función de los presupuestos anuales de las entidades respectivas. (Consejo de Estado, 2012, p.37)

Además, la doctrina interviene para hacer aportes en el punto de la forma del contrato estatal, utilizado que implica la elevación a escrito del acuerdo de voluntades, para que surta efectos jurídicos por ello, Expósito (2013), dice lo siguiente:

Es claro, entonces, que por mandato legal la forma del contrato estatal en Colombia implica la utilización de una modalidad específica e manifestación del conocimiento para poder surtir efectos jurídicos, que implica la elevación a escrito del acuerdo de voluntades en un documento que, con excepción de los casos mencionados en las normas comentadas y que en general se entienden como contratos reales, será suficiente para calificar al contrato de existente y con capacidad de producir plenos efectos jurídicos entre la administración y contratista. (p.37) (El subrayado es nuestro)

Como se puede observar, el tema ha sido pacífico dentro de la doctrina al tratar que el contrato estatal debe constar por escrito, y se entiende como un documento redactado en forma de cláusulas y estipulaciones, como así lo sostiene Rodríguez (2013) en el siguiente apunte:

Escrito del contrato. De acuerdo con los artículos 39 y 41 del estatuto, la regla general en cuanto

a la forma del contrato estatal consiste en que éste debe constar por escrito, entendido como un documento redactado en forma de cláusulas y estipulaciones, a semejanza de la forma tradicional de los contratos tanto públicos como privados. Es decir, que una vez escogido el contratista, debe procederse a poner por escrito el texto del contrato. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que cuando la escogencia del contratista se ha llevado a cabo mediante licitación o concursos, esta etapa se simplifica puesto que en el pliego de condiciones o términos de referencia ya aparecían los principales aspectos referentes al contrato a celebrarse. (p.554)

Así mismo, ha sido de interés al tratar el tema Matallana (2013), cuando señala que todos los contratos que celebre las entidades del estado deben constar por escrito, así expone:

Establece el artículo 39 de la Ley 80, respecto a la forma del contrato estatal, que todos los contratos que celebren las entidades estatales deberán constar por escrito, sin que se requiera que sean elevados a escritura pública, salvo cuando la misma ley haya establecido esta formalidad, como en aquellos relacionados con la tradición del dominio. (p.833)

Además, el autor con apoyo agrega que según el Consejo de Estado (1998) en pronunciamiento sobre las formalidades del contrato estatal, presenta:

El Consejo de Estado se pronunció mediante sentencia sobre las formalidades del contrato estatal, aduciendo que para entenderse válido y eficaz debe obrar por escrito, pues es requisito de existencia del contrato estatal. En este caso el Consejo de Estado no aceptó la confesión presentada por el representante de la existencia de un contrato, dando aplicación al artículo 199 C.P.C que señala que la confesión espontánea de los representantes judiciales no vale, como tampoco la confesión por interrogatorio de los representantes administrativos de tales entidades. (p.21)

Del mismo modo se debe citar a Fernández (2012), sobre la forma de los contratos administrativos, quien afirma lo siguiente:

Forma es la exteriorización, materialización de un acto jurídico. Si la eficacia de éste no solo alcanza al sujeto que le realiza, todo derecho ha de tener una exteriorización, una materialización, una forma. Mediante la forma, pues, el momento psíquico y subjetivo de los actos se convierte en físico y objetivo. Cualquier medio que logre esa apariencia, si revela seriamente esa transformación de lo

psíquico en físico, de lo subjetivo en objetivo, es bueno y eficaz en Derecho, como principio general (palabra hablada, palabra escrita, gestos simplemente, la omisión, en ciertas circunstancias, de toda la expresión). (p.105)

2.2 Contenido del contrato estatal

Ahora bien, Respecto del contenido del contrato estatal es necesario remitirnos a las normas del derecho privado que sirven como soporte para estructurar lo relacionado con ese concepto, para ello el artículo 1501 del Código Civil, señala:

Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las cosas que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente, son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. (Consejo Nacional Legislativo, 1887, art.1502)

Respecto de esta norma, el tratadista Vélez (1968) apunta que en los contratos hay cosas esenciales, que son aquellas sin las cuales estos no pueden existir y naturales aquéllas que subentienden a pesar del silencio de las partes, y expone:

Las de su esencia. Puede decirse que son de dos clases: las generales que resume el artículo 1502, porque es claro que si en un contrato no reúne los cuatro requisitos que ese artículo exige, no tiene existencia legal o esta puede deshacerse, y las especiales que son las que requiere cada contrato de acuerdo con su objeto. Si un contrato carece de cosas que exige la esencia de él, o el contrato no existe o degenera en otro diferente. Es de la esencia de la compraventa, además del consentimiento de las partes *res quae veneat*, y un precio en dinero., *pretium* (art 1489), si falta la cosa o el precio, porque el contrato, si falta la cosa o el precio, porque el contrato sea simulado, éste no existe, y si el precio consiste en otra cosa distinta a dinero, el contrato no será de venta sino de permuta (art. 1.955). Es de la esencia del comodato el uso gratuito dela cosa prestada (art.2.200, Si este retribuye, degenera en arrendamiento. (p.14)

También, Expósito (2013) al tratar el tema del contenido del contrato estatal indica que

existen elementos con el propósito de desagregarse de lo dispuesto en el artículo 1501 del C.C., y los identifica de la siguiente manera:

No obstante, haremos referencia a los elementos esenciales del contrato estatal como aquellos elementos que deben ser pactados de forma obligatoria por mandato del Estatuto General de la Contratación Pública y cuya omisión genera un vicio congénito que deviene en la nulidad del contrato. (p.108)

Así mismo, se entienden por elementos naturales:

Aquellos que resultan comunes a todos los contratos celebrados por la administración y los cuales se incorporan de forma automática al contrato ante el silencio de las partes por las normas que resulten aplicables, particularmente ante situaciones de prerrogativas de una de ellas, lo cual es en principio incompatible con el derecho privado. (Ariño, s.f., p.52).

Por último, se llamarán elementos accidentales:

Aquellos cuya estipulación no resulta obligatoria so pena de nulidad, y que no se incorporan de manera automática al contrato ante el silencio de las partes, sino que son aquellas cláusulas que las partes pueden incluir o no, libremente, en ejercicio de la autonomía de la voluntad. (Expósito, 2013, p.108)

Desde esa óptica, Escobar (1999) se refiere al contenido del contrato administrativo, esto es, al conjunto de derecho y obligaciones no solo lo consignado en la forma escrita y en el pliego de condiciones, sino también en la ley, en sus palabras dice:

En el documento notarial administrativo en que se formaliza el contrato, se deben consagrar todos los elementos que permitan dar claridad y precisión a la relación jurídica obligatoria, entre los cuales podemos señalar los siguientes: la competencia, capacidad jurídica y representación legal de las partes; la determinación completa y específica de las obras, servicios y suministros a cargo del contratista; el precio y la forma de pago; las garantías; las potestades exorbitantes de la administración pública. El contenido del contrato estatal, es decir, el conjunto de derechos y de obligaciones y de potestades públicas y de sujeciones, no sólo está plasmado en la forma escrita y en el pliego de condiciones, sino también en la ley, lo que significa que si las partes omiten incluir determinada

clausula obligatoria, como por ejemplo la que consagra las garantías que debe otorgar el contratista, no se reputa el contrato ineficaz, sino que simplemente se deberá entender incorporada esa estipulación al contrato para todos los efectos legales. (p.224)

Igualmente, Rodríguez (2013), agrega sobre el contenido de los contratos estatales y los identifica con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, así:

Según el artículo 40 del Estatuto, las estipulaciones de los contratos estatales serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en el mismo estatuto, correspondan a su esencia y naturaleza. Que en estos contratos podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las clausulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias o convenientes, siempre que no sean contrarias a la constitución, la ley, al orden público y a los principios y finalidades del estatuto y a los de la buena administración. Lo anterior permite afirmar que el contenido de los contratos estatales está dado por las clausulas o estipulaciones que deben incluirse en el escrito respectivo, alguna de las cuales son comunes con los contratos entre particulares, mientras que otras con especiales para los contratos de las entidades públicas. (p.558)

Desde esa confección, se puede decir a la luz del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que son contratos estatales los previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo.

2.2.1 Invalidez del contrato estatal.

Desde la óptica derecho civil se debe colegir que los requisitos para la invalidez de los contratos son la incapacidad, de los agentes, la presencia de los vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo), la presencia de lesión enorme, la ilicitud del objeto, la ilicitud de la causa y la falta de plenitud de las formalidades prescritas por la ley.

Y, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia (2015) al tocar el tema de invalidez de los negocios jurídicos efectuó una conversión de los elementos de validez para contextualizar esas causales, así:

Un defecto en los presupuestos de validez, o sea, la capacidad de parte, la legitimación

dispositiva y la idoneidad del objeto o, en los términos legales, la incapacidad, la ilicitud de objeto o causa, los vicios de voluntad por error, fuerza o dolo, o la contrariedad de norma imperativa o de orden público o de las buenas costumbres. (p.25)

3. De la nulidad absoluta del negocio jurídico civil

Al observar el artículo 1741 del Código Civil, se obtiene lo relativo a las nulidades absolutas que sirven como sustento para ese tipo de sanciones en el contrato estatal, por tanto se lee:

La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y nulidad producida por la omisión de algún requisito por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los Actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato. (Consejo Nacional Legislativo, 1887, art. 1741)

Desde ese plano, se hace necesario analizar el contenido y alcance de este artículo para luego efectuar una articulación con las nulidades específicas del contrato estatal contenidas en el Estatuto Contractual, por ello se debe indicar que Vélez (1968) a la letra dice:

Los dos primeros incisos de este artículo indican las nulidades absolutas y el tercero establecen que son relativas las que no queden comprendidas en aquellos dos. Precisadas, pues, las nulidades absolutas, las demás son relativas. Si según el inciso 3º., estas dan derecho para pedir para pedir la *rescisión* del acto o contrato nulo relativamente. Las nulidades absolutas deben dar derecho para solicitar la nulidad del acto o contrato respectivo. Sin embargo, debido al empleo que de la palabra nulidad hace el Código para referirse a la absoluta y a la relativa, cuando ésta exista puede pedirse que se declare la nulidad del acto o que se declare nulo. (p.348)

Por su parte, es de importancia traer lo expuesto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (2018) respecto de la nulidad absoluta del contrato la cual es soportada en el

artículo 1741 del Código Civil, al tomar allí este punto, dice:

La consecuencia de la ausencia de uno o más de tales requisitos es la nulidad absoluta del acto, pues así lo dispone el artículo 1741 del Código Civil, que en su inciso primero establece: *«la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas...»*. Los requisitos que deben concurrir para que el contrato de promesa produzca efectos, son, según la disposición citada como infringida por el recurrente, los siguientes: 1) que conste por escrito; 2) que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1502 del Código Civil; 3) que contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; y 4) que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. (p.11)

Del mismo modo, al observar, lo dispuesto por la Corte Constitucional (2017) sobre la constitucionalidad parcial del artículo 1741 del Código Civil, el cual se relaciona con la nulidad absoluta y relativa del negocio jurídico y su diferencia de configuración en cada una de ellas, señaló:

6. Tanto el Código Civil como el Código de Comercio establecen reglas específicas respecto de la nulidad^[15], estableciendo el primero la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa y el segundo, consagrando el concepto de anulabilidad como equivalente al de nulidad relativa. Una primera diferencia se configura respecto de los eventos que pueden dar lugar a la declaratoria de cada una de ellas. La nulidad *absoluta* se configura en aquellos casos en los que el acto es celebrado por una persona absolutamente incapaz, se encuentra afectado por causa u objeto ilícito o contraría una norma imperativa -a menos que la ley disponga otra cosa (art. 1741 C.C y art. 899 C. Co.). La nulidad *relativa* se presenta, por su parte, en aquellos casos en los cuales el acto se celebra por una persona relativamente incapaz o se presenta alguno de los vicios del consentimiento a saber: el error, la fuerza o el dolo (art. 1741 C.C. y art. 900 C. Co.). (p.41)

Desde esa perspectiva, y en el trato de la invalidez del negocio jurídico civil se debe decir que es la sanción que impone el juez de la controversia que tiene como finalidad condenar todo lo que se haya hecho en la etapa de ejecución y que tenga soporte en la contrariedad del interés general, como también, por la violación de los requisitos de validez de aquella convención, como lo pregona García (1992).

No obstante, lo anterior, se debe mirar cómo para en el Derecho Romano el contrato formado por el acuerdo de voluntades de personas capaces, debía tener un objeto con la finalidad de crear obligaciones, pero si una de ellas es nula, por defecto de un objeto valido se estaría afectado por nulidad el contrato en su integridad, en consecuencia, parecería una confusión entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación, como lo pregona la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por ello, bajo esa tonalidad debo referirme a (Petit, 2009).

3.1 De la nulidad absoluta del contrato Estatal

Este tema es uno de los núcleos central de la investigación que nos conduce inevitablemente a observar la Ley 80 de 1993 en el artículo 44, la cual indica las causales de nulidad absoluta del contrato estatal, ello quiere decir, que existe una norma especial para tratar esa sanción de invalidez cuando concurra una causal en los negocios jurídicos celebrados por el estado, no obstante, en algunos eventos se hace necesario hacer la respectiva remisión al artículo 1741 del Código Civil para efectos de llenar vacíos como cuando se trata del objeto ilícito, por tanto es necesario indicar el desarrollo de esa normatividad:

Artículo 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: 1°. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2°. Se celebren contra expresa prohibición constitucional y legal; 3°. Se celebren con abuso o desviación de poder; 4°. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten y 5°. Se hubieren

celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley. (Congreso de Colombia, 1993, art.44)

Ahora, se debe incluir que no solo la causal de nulidad absoluta del contrato estatal que está referida de manera explícita y contenida en el inciso primero del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, es la que debe imperar para esta clase de sanciones, dado que también, en los casos previstos en el derecho común, que en últimas es uno de los puntos de controversia jurídica, los que puede generar la invalidez de esa clase de negocio, como lo sostiene Borja (2009) se puede dar por:

- 1°. Se hubieren celebrado con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad.
- 2°. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.
- 3°. Se celebren con abuso o disociación de poder.
- 4°. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamentan.
- 5°. Se hubieren celebrados con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras. (p.250)

Además, no es para menos que la Corte Constitucional (2001) en un fallo de constitucionalidad señala las causales de nulidad de los contratos estatales y de manera precisa indica que esta clase de negocios pueden sufrir ésta sanción en los casos previstos en el derecho común en consonancia con el artículo 44 de la Ley 80 de 1992, allí se lee:

El estatuto contractual al regular la institución de las nulidades, expresamente dispone que las causales tanto de nulidad absoluta como relativa del derecho privado, son aplicables en materia de contratación estatal (arts 44 y 46). Concretamente en lo relacionado con la nulidad absoluta, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, dispone que los contratos son absolutamente nulos en los casos que prevé el derecho común (objeto y causa ilícita, omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos y la incapacidad absoluta); y, además cuando se presenten las causales consagradas taxativamente en este artículo, como son: inhabilidad o incompatibilidad por parte del contratista; celebración del contrato contra expresa disposición legal o constitucional;

celebración con abuso o desviación de poder; declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se basa el contrato, y celebración del contrato desconociendo los criterios contemplados en el estatuto de contratación, en relación con el tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras, según los artículos 20 y 21 respectivamente. (p.11)

Ahora, La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de forma específica la Sección Tercera del Consejo de Estado (2014b) al referirse sobre la nulidad absoluta de los contratos estatales guía a los operadores judiciales al señalar los efectos que produce ese tipo de sanciones, lo que permite dar una correlación entre el artículo 1741 del Código Civil y el fallo de constitucionalidad, así, señaló:

La nulidad absoluta de un contrato, además de hacerlo desaparecer de la vida jurídica desde el mismo momento de su celebración, también genera otros efectos, consistentes en el reconocimiento y pago de las prestaciones que hubieren sido ejecutadas hasta el momento en que se ordene la declaratoria judicial de nulidad. (...) “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; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”. (p.27)

Así mismo, es importante mirar la postura que asume la doctrina en tema de nulidades como sanción extrema de los contratos estatales, por ello Dávila (2016), dice:

El régimen de las nulidades de los contratos estatales se integra por el previsto en el derecho civil y por los particularismos que establece la Ley 80 de 1993, por lo que en este capítulo nos limitaremos a rememorar lo dispuesto por el Código Civil, encontrándonos concretamente en las disposiciones del estatuto de contratación que sustituyen ciertas reglas, en razón a que la mayoría de las normas de la ley 80 sobre nulidades se establecen con un criterio exceptivo a la orden general. De conformidad con el régimen general, las nulidades del contrato se dividen en absolutas, según la opinión predominante en la época de expedición del Código, la nulidad absoluta se enderezaría a proteger el interés general de la sociedad, al paso que la nulidad relativa, sólo ampararía el interés privado de los agentes. (p.745)

En ese orden, Rodríguez (2013), sostiene con relación a la nulidad de los negocios jurídicos que celebran las entidades estatales que de acuerdo como dice el Código Civil en el Artículo 140,

que es nulo todo acto o contrato que le falte algunos de los requisitos que la Ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes, así expone:

Causales de nulidad absoluta. El artículo 44 del estatuto consagra como causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, las previstas en el derecho común y, además, las siguientes: 1) la inhabilidad o incompatibilidad por parte del contratista, de acuerdo con las causales previstas en la constitución y en la ley³ 2) Celebración contra expresa prohibición legal constitución o legal⁴ 3) La celebración con abuso o desviación de poder. 5°. La celebración con desconocimiento de los criterios previstos en el estatuto sobre el tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación la reciprocidad de que trata el mismo estatuto, según los artículos 21 y 20 respectivamente. (p.571)

En este punto Matallana (2013) señala que las nulidades es una institución propia del derecho privado que involucra la contratación estatal, a lo que se refiere de la siguiente manera:

Las nulidades son una institución propia del derecho privado que involucra la contratación estatal, pues su régimen jurídico es adaptado a esta en la medida en que no se justifica crear un conjunto de normas sobre este tema que tengan una orientación diferente. Es por lo anterior que para estudiar los artículos 40 y siguientes de la Ley 80 de 1993, necesariamente se tendrá que considerar los principios que se encuentran en el Código Civil. (p.1127)

Además, al referirse Matallana (2013) de manera precisa sobre las nulidades absolutas dice que es necesario remitirse a lo previsto en el artículo 1741 del C.C. y agrega que la nulidad producida por objeto o causa ilícita o con ocasión de algún requisito de formalidad que la ley prescribe para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, se considera nulidad absoluta.

En ese ámbito se debe mirar que la administración está sometida a controles legales que no

³ Sobre inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos estatales, véase supra, núm.527. Desde el punto de vista jurisprudencial, véase C.E., sent. 25 noviembre de 1994, S 3º, exp. 9.648 (641)

⁴ En relación con la celebración contra expresa prohibición constitucional o legal, véase C.E., sent. 16 de agosto 2006, S3a, exp. 341.480; C.E., sent. 29 de agosto 2007, S3a., exp. 15.324 y C.E., sent. 25 febrero 2009, S3a., exp. 15797.

existe con relación con los demás contratos, por ello, cuando un negocio jurídico celebrado por el Estado omite el ordenamiento jurídico, se puede presentar una causal de nulidad absoluta cuando no es posible su saneamiento (Franco, 2000).

Es importante traer a este panorama lo expuesto por Yong (2013), quien respecto de la nulidad absoluta de los contratos, manifiesta que este es nulo “cuando carece de valor por haberse celebrado con vicios tan graves, que la ley no permite sanearlo por razones de protección de interés general” (p.239).

3.2 Del objeto lícito como un requisito de validez del contrato

En ese orden, es necesario observar el contenido del concepto del objeto lícito del contrato como uno de los elementos que integran la validez del contrato con el fin de aterrizar en su sentido contrario, esto es, para llegar a la ilicitud buscada, para destrabar la tensión surgida al interior del Consejo de Estado, por ello, el orden público y las buenas costumbres son esos pilares que soportan esa estructura, que a la luz de Ospina & Ospina (2014) consignan:

El objeto ante el orden público y las buenas costumbres. Ya hemos visto que la noción del orden público es muy amplia y elástica para poder dar una definición exacta de ella, pero que descriptivamente se puede decir que dicho orden está constituido por un conjunto de principios religiosos, morales, políticos y económicos predominantes en un determinado medio social y que se consideran indispensables para la conservación de tal medio. De suerte que la noción de orden público se mezcla y confunde con el concepto de interés público o social, y así lo ha entendido el pensamiento jurídico desde la época Romana, algunos ejemplos ilustraran la idea: son de orden público todas las normas pertenecientes al derecho público, puesto que este se ocupa de la constitución del Estado y de los órganos que ejercen sus funciones, de las relaciones de dichos órganos entre sí y de estos con los particulares; son también de orden público, en el campo del derecho privado, todas las instituciones concernientes al estado de las personas, a la organización de la familia, a los modos de adquirir la propiedad y los otros derechos reales, a la protección de los terceros contra los actos jurídicos. (p.246)

Igualmente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (2012) no ha sido

ajena sobre el estudio del tema del orden público como integrante del objeto lícito de los negocios jurídicos, por cuanto allí se refiere a ese derecho de la Nación que abarca los principios fundamentales del ordenamiento jurídico inferido a las normas imperativas, así expone:

Son imperativas aquellas cuya aplicación es obligatoria y se impone a las partes sin admitir pacto contrario. Por lo común estas normas regulan materias de vital importancia. De suyo esta categoría atañe a materias del *ius cogens*, orden público social, económico o político, moralidad, ética colectiva o buenas costumbres, restringen o cercenan la libertad en atención a la importancia de la materia e intereses regulados, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva y excluyen *analogía legis* o *iuris*. Dicha nomenclatura, se remite en cierta medida a los elementos del negocio jurídico, o sea, lo de su estructura existencial (*essentialia negotia*), o perteneciente por ley, uso, costumbre o equidad sin necesidad de estipulación a propósito (*naturalia negotia*) y lo estipulado *expressis verbis* en concreto (*accidentalialia negotia*), que “se expresa en los contratos” (artículo 1603 C.C) o “pactado expresamente en ellos” (art. 861 C.Co), y debe confrontarse con la disciplina jurídica del acto y las normas legales *cogentes*, dispositivas o supletorias, a punto que la contrariedad del *ius cogens*, el derecho imperativo y el orden público, entraña la invalidez absoluta. (p.12)

De la misma manera, al tratar el tema del derecho público Vélez (1968), hace un análisis que sirve no sólo en el derecho privado sino que aporta fundamentos de esencia en la licitud e ilicitud del objeto de los negocios jurídicos que celebra el Estado, entonces desde esa óptica interviene: “Las leyes del Derecho público interno de un país son las que tienen por fin directo la organización del Estado, como la Constitución, el Código Penal, el de Administración Pública, el Fiscal y las disposiciones de Policía” (p.66).

Sobre este mismo tópico y sobre la distinción de las leyes del derecho público y las leyes de orden público Vélez (1968) señala:

Si es fácil distinguir las leyes del Derecho Público interno, porque se encuentran separadas, o sea, en Códigos o leyes especiales, no ocurre lo mismo con las disposiciones de orden público, puesto que teniendo éstas por principal objeto el interés individual, para saber si son de orden público, es

preciso ver si al mismo tiempo las ha considerado el legislador como indispensables para la conservación de las instituciones sociales. Más claro: las disposiciones de orden público no se hallan coleccionadas separadamente, sino intercaladas en el Derecho privado de la Nación, como en el Código Civil, en el de Comercio etc., para conocerlas es necesario, por tanto, estudiar su naturaleza y objeto indirecto. Si comprenden un principio que, según la organización del estado, se considera como esencial para la existencia de éste en ciertas condiciones, no hay duda de que las disposiciones de que se trata son de orden público. (p.67)

Por su parte, la Corte Constitucional (1998) al hablar del objeto lícito dice:

El objeto y la causa lícitos han sido consagrados por el legislador como requisitos necesarios para la validez de los actos o contratos, como se lee en el artículo 1502 del Código Civil, que establece:

"Para que una persona se obligue a otro por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. Que sea legalmente capaz; 2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. Que recaiga sobre un objeto lícito; 4. Que tenga una causa lícita.....". (p.17)

3.3 Del objeto ilícito del contrato estatal

Ahora, es preciso reiterar que el Derecho Privado es la piedra angular que sirve como soporte normativo en los contratos que celebra las entidades del Estado, por ello, el Código Civil en el artículo 1519, indica el requisito para que exista objeto ilícito en la celebración de un negocio jurídico: y lo define como aquel que contraviene el derecho público de la Nación (Consejo Nacional Legislativo, 1887).

Por su parte la Corte Constitucional (2010) al hablar de la ilicitud del objeto en el negocio jurídico o el contrato hizo una exposición interesante del orden público integrante de la licitud, así:

Por esto es que se establece en el artículo 1741 C.C., que la ilicitud tanto del objeto como de la causa generan nulidad absoluta del contrato o negocio jurídico, aunque como decía el artículo 1525 C.C., no se pueda repetir contra el que haya recibido. (p.58)

84. En consonancia con la doctrina civilista, lo primero por advertir es que la licitud de la prestación o del objeto del contrato, no se desprende del bien o atribución patrimonial en sí mismos, sino de la forma como se haya calificado jurídicamente la actividad de los sujetos y el contenido de los actos de autonomía que ejecutan. Hay ilicitud del objeto, cuando se celebra un acto en el que se contemplan acciones expresamente excluidas de la libre disposición. Pero también lo hay cuando determinados bienes prohibidos por la ley son materia de un acto negocial, es decir, que se trata de bienes que están por fuera del comercio[74]. (Corte Constitucional, 2010, p.58)

85. Ahora bien, en lo que hace al contenido de la obligación, la licitud o ilicitud de la prestación o actividad y de su finalidad, dependen en sustancia del cumplimiento de las normas de orden público, o imperativas, y del respeto a las buenas costumbres. (Corte Constitucional, 2010, p.58)

86. El orden público, es entendido como las “cláusulas generales” o “principios basilares” del ordenamiento social, con los que se reglamenta jurídicamente la realidad; son las *normas cambiantes* que ponen a tono el sistema jurídico con los tiempos y que encauzan la autonomía privada, según la primacía de los elementos fundantes del Estado social de derecho[75]. Se trata, en este sentido, de reglas que acotan el ámbito de validez material de los acuerdos de voluntades, dentro del margen que determine la Constitución, y por tanto, los derechos fundamentales y sus límites[76], el imperativo constitucional de tutelar especialmente a los sujetos en condición vulnerable, y, las finalidades que procura la intervención del Estado frente a los particulares[77]. (Corte Constitucional, 2010, p.59)

Esta noción evidencia un valor objetivo de interés esencial para el Estado. Mas, por mandato del principio del *rule of law* en el contexto de sistemas jurídicos de Derecho europeo continental, las normas imperativas o de orden público deben tener fundamento en la ley y estar plasmadas con precisión principalmente en el Derecho legislado. Por esto, el orden público puede ser fruto del ejercicio de competencias de Derecho público o de normas legales que imponen límites a los derechos. (Corte Constitucional, 2010, p.59)

87. De igual modo, las normas de orden público no son disponibles para los sujetos a quienes se dirigen. Porque en ellas están protegidos los bienes de mayor valor para el Estado, asegurados a través

de severas sanciones, prohibiciones, mandatos y órdenes relacionadas con la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas[78]. Así ocurre con el Derecho penal, el Derecho policivo, las medidas administrativas de ordenación y las restantes que así se reconozcan por el legislador. Todo a los efectos de que tal Derecho imperativo concreto, evidente y correctamente establecido, permita reconocer lo que delimita y restringe los derechos y facultades de la persona y de allí en adelante, sea posible el (amplio) despliegue de sus libertades[79]. (Corte Constitucional, 2010, p.59)

Por su parte, la doctrina de Ospina & Ospina (2014), quienes al tratar el tema del objeto ilícito, dicen:

El OBJETO ILÍCITO. Entre las condiciones que debe reunir el objeto de todo acto jurídico, además de su posibilidad y determinación, está la de ser lícito, esto es, conforme a la ley, al orden público y a las buenas costumbres. Por consiguiente, el objeto ilícito, sancionado con nulidad absoluta, se configura cuando el acto, en sus prestaciones aisladamente consideradas o en su conjunto, contraría cualquiera de los extremos mencionados: la ley, el orden público, o las buenas costumbres. (p.439)

Además, se debe observar que la doctrina se ha ocupado de esta clase de sanciones cuando aparece el objeto ilícito como elemento determinante en la invalidez del contrato estatal, nótese que una vez declarada la sanción no se podrá repetirse lo que se haya pagado, ello son soporte en el principio de buen fé, pues es de mirar lo expuesto por Dávila (2016):

Por regla general, la declaratoria de nulidad vuelve la cosas al estado anterior, a la celebración del contrato, salvo cuando proviene de objeto o causa ilícita a sabiendas en donde, según el artículo 2525 del Código Civil no podrá repetirse lo que se haya pagado. Es decir, que el contrato afectado con nulidad absoluta o causa ilícita podría ser demandado por cualquiera de las partes con el fin de evitar que el contrato siga produciendo efectos hacia el futuro pero no para repetir lo que hubiere dado o pagado a sabiendas de la ilicitud o sea que “no puede generar acción ni excepción, o, lo que es igual, que ninguno de los contratantes podrá intentar sacar provecho alguno de dicho negocio anómalo, bien como demandante o como excepcionante” (p.754 y 755)

Y, no sólo los tratadistas reseñados se han ocupado del tema, pues desde este mismo plano se puede obtener que Expósito (2013) al mirar el tema del objeto ilícito, concluye que su consecuencia en el negocio jurídico es la nulidad absoluta, pero hace una aclaración que llama la atención en el punto de la prestación específica considerada del contrato, así expone:

En efecto, el objeto ilícito del contrato por su contradicción con la legislación vigente se constituye en la principal causal de nulidad absoluta, bien del contrato, bien de la prestación específicamente considerada, pues no siempre son conceptos equivalentes, ya que en tal caso no solo se estaría inmerso en una causal típica del ordenamiento civil, sino que eventualmente se podría incurrir en la causal mencionada en el artículo 44-2 de la Ley 80 de 1993, cual es la celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal. (p.120)

4. La planeación como objeto ilícito de la nulidad absoluta del contrato estatal

Previamente se reseña, que la planeación es un elemento que cobra importancia en todo el proceso de selección que da vida a la implementación de las políticas emanadas de los programas de Gobierno que tiene como guía principal los fines del estado, según Vargas (2010).

Puede ser considerado como el primer evento esencial del proceso de contratación y es además el primer evento de los procesos administrativos del Estado. Es el proceso que da vida a la implementación y aplicación de políticas generales emanadas de los programas de gobierno que corresponden a un modelo específico de desarrollo y que tiene como guía principal el cumplimiento de los fines estatales con aplicación de principios tales como la economía, la eficiencia y la eficacia y todos aquellos citados en el aparte de los fundamentos constitucionales que tienen que ver con el estatuto contractual. (p.81)

Además, la planeación debe contener la intervención del estado con la finalidad de dar orden al desarrollo de la actividad económica y social, mediante un conjunto de alternativas para alcanzar los objetivos, desde la óptica de Suárez (2013) señala:

Puede decirse que la planeación es como una intervención del Estado dirigida a ordenar el

desarrollo de la actividad económica y social, mediante la escogencia de un conjunto de alternativas para realizar los objetivos y las metas deseadas, con el mínimo costo social, a través de programas y proyectos, bajo los parámetros contemplados en la norma y su publicación junto con los anexos que conforman toda la etapa previa a la formación del contrato o de planeación. (p.1)

Por ello, cuando la administración decide iniciar el procedimiento administrativo de contratación lo primero que debe ejercitar son esas acciones y actos de planeamiento, a partir de la identificación de la necesidad de la contratación estatal con el plus del cumplimiento de los fines de la entidad pública en particular y del estado en General (Guecha, 2015).

Así mismo, Dávila (2016) al tratar el tema de la planeación sostiene de una parte que en la etapa precontractual hace relación con la fase anterior a la celebración del contrato, en la que, por regla general culmina con la expedición de un acto administrativo de escogencia del contratista; de otra parte se ubica en los elementos que deben contener esa fase preparatoria previa a la celebración del negocio jurídico, como sigue:

Como desarrollo de los principios de economía y de responsabilidad, el estatuto general de contratación confiere vital importancia a la fase previa o preparatoria de los procesos de selección. En particular los numerales 6,7 y 12 del artículo 25 y 3 del artículo 26 se refieren a esta fase que en definitiva integra el principio de planeación. La fase previa o preparatoria está dirigida a preparar todo lo necesario para el éxito de la licitación y del contrato. Se busca que las entidades realicen estudios de factibilidad, los diseños, los planos, obtengan las licencias, permisos y autorizaciones que el contrato requiera y elaboren pliegos de condiciones serios, objetivos y completos. De manera que una vez adjudicado y celebrado el contrato, se inicie su ejecución sin dilación alguna para que pueda ser cumplido dentro del plazo pactado. Atenta contra estos principios, las licitaciones con planos y diseños desactualizados, sin licencias y permisos o pliegos ambiguos, subjetivos e incompletos. Normalmente cuando no dan al traste con la licitación, se erigen en las grandes perturbaciones de la ejecución contractual. (p.781)

Desde esa perspectiva, se debe observar que la doctrina propone la obligatoriedad de la

planeación del contrato estatal donde expone pasos importantes que van a ser ejecutados en la etapa precontractual, pues sin ellos se estaría improvisando y colocando en juego las políticas del Estado que tienen que ser con los servicios públicos, por tanto, cumplido ese requisito esencial se debe llegar a los análisis del objeto ilícito como causal de nulidad absoluta, por ello, se expone lo tratado por la Sección tercera del Consejo de Estado (2007), al mirar la importancia de la planeación en el proceso de selección del contratista para la celebración de esa categoría de negocios y sobre todo estando en juego los servicios públicos y las necesidades de la comunidad, en ese sentido:

La jurisprudencia de la Sala ha sostenido repetidamente, y así lo reitera ahora, que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras y los servicios.

(p.16)

Así las cosas, es interesante analizar que los operadores del contrato estatal están obligados a cumplir con el principio de planeación y desde allí se hace obligatorio la elaboración de estudios previos completos, antes de iniciar el proceso de selección en orden del futuro contrato estatal, no sólo en lo expuesto en el marco del Estatuto contractual, como puede ser, la modalidad a contratar, las obras y servicios, así como el contenido del pliego de condiciones y además, aquellas exigencias impuestas por la Sección Tercera Consejo de Estado (2015a) cuando en controversia contractual definió la nulidad absoluta por objeto ilícito, pues allí dijo:

Entonces, el desconocimiento del principio de planeación podría llevar al contrato a incurrir en una violación a la normatividad que la impone, incluso, a encajarse en un evento de objeto ilícito, cuando se estén contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos. (p.20)

Además, es claro que el citado fallo expuso el punto central de los requisitos que evidencian la estructuración del objeto ilícito que conllevaría a la sanción de invalidez del contrato estatal, y lo expresa en la medida que todos los contratos estatales deben estar debidamente planeados con el fin de satisfacer las necesidades de la comunidad, así relacionó:

En este sentido, la Sala reitera que en determinados y concretos eventos el desconocimiento del principio de planeación puede conllevar la configuración de la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, cuando las falencias que producen esta mácula sean:

1. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que el objeto contractual no podrá ejecutarse.

2. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que la ejecución del contrato va a depender de circunstancias indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros.

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

En tales eventos el juez debe oficiosamente declarar la nulidad advertida, aunque se aclara que no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal conduce a la nulidad del contrato por ilicitud de su objeto. (p.26)

4.1 Tensión en el Consejo de Estado por la invalidez absoluta del contrato estatal por falta al deber del principio de planeación

Desde esa perspectiva, y cumplido el estudio que rodea el contrato estatal desde un origen se debe analizar la tensión surgida en el seno del Consejo de Estado (2013), inicialmente con la

sentencia fundadora, de la nulidad absoluta por objeto ilícito por violación al deber de planeación, la cual se refiere a que el actor de la controversia solicitó al Tribunal de primera instancia se declara la nulidad de unas resoluciones por medio de las cuales se liquidó un contrato, dado que éste sigue vigente por no haberse terminado legalmente, por cuanto la demandada no entregó los predios donde se ejecutaría la obra, allí en ese expediente el fallador de segundo grado expresó:

Corolario de lo que hasta aquí se ha expresado es que si, por ejemplo, una entidad estatal celebra un contrato para ejecutar una obra pública en un lapso de tiempo muy corto (v/gr. 60 días) 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, 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 y por consiguiente infringen la ley no sólo la entidad estatal sino también el contratista al celebrar un contrato con serias fallas de planeación puesto que todo indica que el objeto contractual no podrá realizarse. Así que entonces en este caso se estará en presencia de un contrato con objeto ilícito porque se está contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deban estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos. (p.28)

De la misma manera, el Consejo de Estado (1999) Sección Tercera en caso similar donde la entidad demandante incumplió con la entrega de la totalidad de los predios para desarrollar el objeto del contrato, la entidad demandante solicitó que se declara su incumplimiento, no obstante, en Segunda Instancia el fallador determinó que existió violación al deber de planeación, lo que generó la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito con los mismo argumentos expuesto en la sentencia que se le ha denominado fundadora del precedente.

No obstante, a este segundo fallo la parte afectada interpuso acción de tutela con el fin de que fueran protegidos los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la

administración de justicia, a lo cual el Juez Constitucional al conocer el caso y frente al principio de planeación dijo:

“2. De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado ‘deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo 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 estatales. (Consejo de Estado, 2014b, p.22)

Pero, así mismo, al observar el referido fallo en el punto de la nulidad absoluta del contrato estatal por objeto ilícito, allí no estuvo de acuerdo con la decisión proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado (2014b), por cuanto solo puede declararse por las causales expresamente definidas en la ley, así determinó:

Ahora, por tratarse de la sanción más grave que se puede imponer a los contratos, la nulidad absoluta sólo puede declararse por las causales expresamente definidas en la ley. Es decir, las causales de nulidad absoluta del contrato son taxativas y de interpretación restrictiva. Frente al tema, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 15.324, explicó que “las normas que imponen sanciones o establecen prohibiciones, al igual que ocurre con las que consagran nulidades, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, por consiguiente, en relación con ellas no cabe su interpretación extensiva o su aplicación por vía de analogía, es decir que esa clase de disposiciones no puede aplicarse a casos, situaciones o hipótesis diferentes de aquellos que se encuentren expresamente regulados por las mismas” (p.25)

Ahora, frente a las causales de invalidez expresó esta sentencia que son las contenidas en la Ley 80 de 1993, la cual se refiere a las personas sobre las cuales estén incursan causales de

inhabilidad incompatibilidad, se celebren contra expresa prohibición legal, se celebre con abuso o desviación de poder, se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten y se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras (Consejo de Estado, 2014b).

Además, agrega que son nulos en los casos previstos en el derecho común contenidos en el artículo 1741 C.C., a saber: objeto ilícito, causa ilícita, la omisión de formalidades para ciertos actos y la incapacidad absoluta (Consejo de Estado, 2014b).

Entonces, respecto del objeto ilícito expone la Sección Cuarta del Consejo de Estado (2014b) cuando trata el tema en vía de acción de tutela:

Ahora bien, para determinar si un contrato tiene objeto ilícito se deben analizar especialmente las prestaciones pactadas, pues, como se sabe, el objeto de los actos jurídicos “*está constituido por el contenido específico de cada acto, determinado por las regulaciones voluntarias de los agentes*”⁴⁴. Es decir, para determinar la licitud o ilicitud del objeto se debe examinar si las prestaciones pactadas en el contrato, esto es, el objeto del contrato, atentan contra el ordenamiento jurídico o las buenas costumbres, en los términos explicados. (Consejo de Estado, 2014b, p.28)

La Sala no ignora que la expresión objeto ilícito, como causal de nulidad del contrato, es un concepto jurídico indeterminado, pero no por eso le confiere al juez del contrato discrecionalidad para decir cuándo hay y cuándo no hay objeto ilícito. Es evidente que la expresión objeto ilícito alude muy particularmente a las mutuas prestaciones que las partes acordaron, prestaciones que devienen ilícitas porque estaba prohibido que se pacten o porque se pactaron para facilitar la violación de otras normas o para perjudicar a terceros. O, al decir de Ospina Fernández, cuando las cláusulas también resultan contrarias al orden público y a las buenas costumbres. (Consejo de Estado, 2014b, p.28)

4.2 Legitimados de la acción de nulidad por objeto ilícito

Ahora, es de importancia mirar qué personas tiene esa calidad especial para pedir la sanción extrema dentro del contrato estatal, como en el caso concreto, por ello, se debe ver la Ley 80 de 1993 (Congreso de Colombia, 1993), en su artículo 45, la cual establece como legitimados para

pedir la nulidad absoluta del contrato estatal, así: podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no susceptible de saneamiento por ratificación. (Consejo de Estado, 2011).

No obstante lo anterior es necesario aclarar, que la entidad contratante puede intervenir en el contrato cuando observe la irregularidad extrema y lo hace aplicando la terminación de ese negocio jurídico, pero se debe dejar en claro que de ninguna manera podría declarar la nulidad absoluta, por ello es importante traer lo expuesto por Ramos & Ramos (2013), cuando dice:

Puesto que en el régimen común o privado de la contratación, las causales de nulidad ser conocidas y declaradas por el juez del contrato, y en el estatuto público la propia entidad pública puede conocer la causal, reconocer su realidad y dar por terminado el contrato. (p.179)

4.3 Efectos de la nulidad absoluta

Es de importancia consignar, en el caso de análisis, que una vez la Sección Tercera del Consejo de Estado como Juez competente al proferir la sentencia de sanción extrema que no es otra que la declaratoria de la nulidad absoluta del contrato estatal, ella trae consigo efectos como lo consignado en la Ley 80 de 1993, la cual se refiere en los siguientes términos:

Artículo 48. LOS EFETOS DE LA NULIDAD. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento dela declaratoria. Habrá lugar reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto a las prestaciones cumplidas, le hubieren servido para satisfacer un interés público. (Congreso de Colombia, 1993, art. 48)

Además, en ese orden el Consejo de Estado (2015) trae un ingrediente de cita, al tocar el punto de las restituciones mutuas una vez decretada la nulidad absoluta del contrato estatal, así, consignó:

9.1.4.- Entonces, debe afirmarse que por regla general en el régimen del Derecho privado la declaratoria de nulidad da lugar a las restituciones mutuas, aunque, a diferencia de lo establecido por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, como regla de excepción, el artículo 1525 del Código Civil, dispone que no es posible repetir lo que se ha dado o pagado en razón de un objeto o causa ilícitas, a sabiendas⁵; prohibición que no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por estas causas.

9.1.5.- Sin embargo, debe reiterarse, que en materia de contratación del Estado, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado, como lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 en su inciso final.

5. Resultados del artículo de reflexión

El estudio efectuado a la normatividad, jurisprudencia y la doctrina respecto de los temas relacionados con la existencia, validez, forma y contenido tienen una comunicabilidad extrema

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 3 de junio de 2015, Exp. 37.566: “Y es que lo que se está afirmando es que de la expresión utilizada (“repetirse”), se desprende que la imposibilidad se configura siempre y cuando alguna de las partes del contrato nulo haya deprecado la nulidad absoluta y sabía o debía conocer el vicio.

En efecto, el antecedente romano se encuentra en la *condictio ob turpem vel injustam causam* que se elaboró en relación con los contratos formales, negocios estos en los que por ser abstractos la ilicitud de la causa no los viciaba, para que el deudor, dependiendo de si la obligación había sido ejecutada o no, solicitara la nulidad o repitiera lo dado o pagado, si en ellos se presentaban circunstancias de inmoralidad o ilicitud frente al acreedor.

Pero si las circunstancias de inmoralidad o ilicitud también podían predicarse del deudor se prohibió la posibilidad de repetir para que finalmente ninguno pudiera prevalerse de una inmoralidad o ilicitud que le eran predicables, prohibición esta que se condensó en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*.

Las leyes de partida contemplaron este evento al señalar que “sabidor seyendo algún home de aquel pleito sobre que hiciera a otro promisión era torpe, et que habie derecho por si para defenderse de non cumplirlo, si sobre esto feciese después la paga, decimos que non la puede demandar, et si la demandase, non serie el otro tenuto de gela tornar”⁵

Pues bien, nótese que de acuerdo con estos antecedentes, la prohibición del artículo 1525 del Código Civil lo que persigue es evitar que alguien pueda pedir que se le devuelva lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de una causa ilícitos, esto es repetir, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud y por consiguiente ese precepto no puede regir si el juez la decreta oficiosamente, máxime si, de no ordenar la restitución, en la práctica el negocio terminaría produciendo todos los efectos como si fuese válido.

Por estas razones es que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador en cada caso haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*” y, de otro lado, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válido.”

con la planeación y la nulidad absoluta y sus efectos de la invalidez por objeto ilícito de los contratos estatales, por ello, se debe concluir previamente que tienen un arraigo de solidez, permanencia y con firmeza en la aplicación de las normas del derecho privado, donde debe recurrir el derecho administrativo para desarrollar esas instituciones jurídicas.

Además, la jurisprudencia y la doctrina es símil en señalar que la forma de los contratos estatales en Colombia implica la utilización de una forma escrita donde se exterioriza el acuerdo de voluntades redactado en cláusulas o estipulaciones, elemento que es totalmente distinto con la formalidad, pero que deben ir articulados para que el negocio jurídico estatal contenga la categorización de existencia y a partir de allí se pueda observar los elementos que deben concurrir para su validez que en últimas viene a hacerlos mismo de la aplicación del derecho privado, esto es, capacidad de los agentes, ausencia de vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo), la licitud del objeto y la licitud de la causa.

Pero de otro lado, es interesante dejar consignado también en forma primaria para llegar al contenido central del caso tratado, que se puede llegar a confundir los elementos de existencia con las condiciones de validez del contrato estatal con un elemento adicional de eficacia, contrariando las estructuras clásicas de estas dos instituciones, lo que puede generar en graves repercusiones cuando se trate de imponer sanciones por las ausencias de algunos de los requisitos; así, cuando faltare un requisito de existencia no procede la aplicación de la nulidad absoluta del contrato y en sentido contrario no se podría dar aplicación de la inexistencia del negocio jurídico, ello también para la aplicación de las restituciones mutuas.

Ahora, en el punto central, el deber de planeación como elemento esencial en el trazado y diseño de los estudios estratégicos que se emplean para el éxito de un futuro contrato estatal, ha tenido un camino lleno de incertidumbre por falta de firmeza como lo destacó la Sección Tercera del Consejo de Estado al llevarlo en su jurisprudencia y desde allí proponerlo como un

principio, si se mira que la Ley 80 de 1993, no lo engendró con ese contenido, pues con esa categorización le dio una estructura para que gobernara con ayuda de los principios de transparencia y economía en los fines de ese negocio jurídico.

Además, se analizó el deber de planeación aplicado por los operadores al proyecto del contrato estatal en la medida que determina el cumplimiento del objeto celebrado junto con sus obligaciones pactadas, pues desde las tres exámenes se determinó que es el camino previamente diseñado, trazado y pensado por la respectiva administración para cumplir con el buen servicio público, para solucionar las necesidades de la comunidad y la protección del patrimonio público.

Es de notar, que los particulares tienen la obligación de participar en la planeación del contrato, según lo desarrollado por el Juez natural del contrato con soporte en el artículo 2º. de la Ley 80 de 1993, y desde allí, evitaban participar o hacer propuestas donde se observe el desconocimiento del deber indicado, además esa colaboración no queda en ese punto pues también colaboran en la ejecución del contrato en la corrección de los yerros cometidos los cuales podrán ser corregidos. De tal suerte, el contrato debe estar debidamente planeado para que el objeto del mismo se cumpla y esté rodeado de un objeto lícito.

Ahora, la controversia planteada en el Consejo de Estado en torno a la nulidad absoluta por objeto ilícito, está alimentada por la celebración de contrato entre una entidad estatal y un particular, el cual no pudo ser ejecutado dado que la entidad contratante no adquirió previamente los inmuebles para desarrollar las obras según lo consignado en el acuerdo de voluntades.

Es llamativo, que la autoridad judicial al hacer una reseña del jurídico estatal en tensión lo enmarca de manera acertada en los principios de la función pública que lo gobiernan y lo relaciona con los fines de la contratación estatal según lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, así, con los principios de la contratación estatal reseñados en los artículo 23,24,25 y 26 dela misma normatividad, esto es, la transparencia , economía y responsabilidad.

Ahora, la sentencia citada como fundadora señala en cuanto a la nulidad absoluta que el deber de planeación debió estar presente en la etapa precontractual para que se cumpliera con el objeto del contrato y puso de presente el inciso primero del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, donde establece como causal de nulidad absoluta en el casos previsto en el derecho común con remisión al artículo 1741 del Código Civil, el cual determina las causales de nulidad absoluta y precisa entre una de ellas el objeto ilícito.

Entonces, según lo expuesto en la sentencia el desconocer ese deber de planeación tanto de la entidad contratante como del particular que participó en el proceso de selección, se estructuró el objeto ilícito del contrato, la cual puede ser declarada de oficio por el sentenciador de turno y como consecuencia las restituciones mutuas hasta el monto del beneficio obtenido, ello al estar en consonancia con el artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

Por su parte, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, quien fungió como Juez Constitucional, en razón a la acción de tutela que fuera interpuesta en contra del fallo de invalidez, expresa que el principio del deber de planeación debe ser respetado por la entidades del Estado que quieren contratar, asimismo los contratistas como particulares que intervienen en ese proceso de selección, de tal suerte las dos sentencias asumen esa postura.

Pero, allí, al estudiar el tema de la nulidad absoluta por violación al deber de planeación como la sanción de invalidez más grave que se le puede imponer a esta categoría de negocios estatales, dice, que ello implica que las causales que la soportan deben estar expresamente definidas en la ley, con la denominación de taxativas con una interpretación restrictiva. Por ello indica lo expuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado (2014b), en sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 15.324, dice:

Explicó que *“las normas que imponen sanciones o establecen prohibiciones, al igual que ocurre con las que consagran nulidades, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, por*

consiguiente, en relación con ellas no cabe su interpretación extensiva o su aplicación por vía de analogía, es decir que esa clase de disposiciones no puede aplicarse a casos, situaciones o hipótesis diferentes de aquellos que se encuentren expresamente regulados por las mismas” (p.25)

En todo caso, hay objeto ilícito en los negocios jurídicos como lo expone Ospina (2016), cuando hay violación a la Ley, orden público y a las buenas costumbres, y en este caso, no es causal de nulidad absoluta por no estar contenida de manera autónoma en la Ley de contratación y no echar a la mano una interpretación explícita para darle estructura, no obstante, la entrega de los predio configura el incumplimiento del contrato.

De tal surte deja sin valor efectos la sentencia objeto de la acción de tutela y ordena a la Sección Tercera del Consejo del estado a resolver el recurso de apelación que le fuera interpuesto bajo el condicionamiento del Juez Constitucional de tutela.

6. Análisis del tema desarrollado

Es de importancia resaltar el grado de comunicabilidad que existen en los dos artículos razón para atarlos y por ello en esta parte se debe puntualizar que analizada la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia se observa que a partir de la Constitución Política de 1991, se constitucionalizó la planeación y se hizo dentro de ese marco general que consagra los artículo 339 y 340, los cuales se interrelacionaron con la cláusula general de competencia dado al legislativo en el inciso final del artículo 150 de la misma carta, y desde allí se ha proferido toda la normatividad sobre los temas inherentes a este principio que gobierna el negocio estatal, todo ello basado en el estado social y democrático de derecho.

Desde esa perspectiva, al tener la planeación un rango constitucional y legal dentro del marco de la etapa precontractual del contrato estatal es determinante con efectos en las etapas de ejecución del negocio jurídico, no obstante, el legislador dentro del amplio margen para legislar

sobre esta materia no lo categorizó como principio dejando desolado el contenido de ese concepto, no obstante, luego fue anclado como dogma y así fue llenado en su textura con decisiones de la Sección Tercera del Consejo de Estado para que sirviera de base en el ordenamiento jurídico, para que actuara como directriz de aplicación en la interpretación de las reglas jurídicas y en todo caso para que sirviera como fuente integradora.

Ahora, no se debe dejar en el olvido la intervención de algunos sujetos en el plano de la etapa precontractual pues son motores que alimentan la intención de la administración en la solución de las necesidades de la comunidad y desde esa perspectiva se tiene la colaboración de los particulares, por ello, la Sección Tercera del Consejo de Estado le dio un alcance al inciso segundo del artículo 3º., de la Ley 80 de 1993, al señalar que el precepto también abarca a estos interesados quienes están obligados con la administración en ponerle en conocimiento las deficiencias de la planeación.

No obstante, si se mira con objetividad la norma se puede analizar que esos actos que se somete al particular se encuentran limitados en la celebración del contrato, que no es otra cosa, que la exteriorización de voluntad en la formación de consentimiento, y de otra parte, se debe dar claridad que cuando se determina la ejecución estamos frente a un contrato estatal ya perfeccionado y cumpliendo con las obligaciones pactadas, pero de ninguna manera ese está generando actividad de colaborador en la etapa de planeación como lo sostiene el Alto Tribunal Administrativo.

Se colige, que la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina han seguido una línea pacífica cuando se trata del tema de planeación, pues desarrollan símil posturas, con la dirección del Consejo de Estado en esta especialidad, al punto que las controversias que se presenten en la etapa precontractual las llevan a la ejecución del contrato, como si se tratara de un tema que haya nacido al momento de la celebración del contrato, ahora, no existe uniformidad para atacar la

legalidad o claridad del pliego de condiciones que es uno de los temas centrales de la planeación, dado que, alguna parte de la doctrina señala que se debe tener como un acto de contenido particular y otra parte señala que es un acto de contenido general,

Ahora, se hace necesario adicionar la falta de una estructura jurídica efectiva en los estudios previos del contrato estatal, que no es otra cosa que la planeación; pues nótese que la existencia de varias leyes y decretos reglamentarios proferidos en espacios de tiempo cortos y con variedad de temas que buscan complementar y desarrollar el principio de planeación en la contratación, denotan una desarticulación en la materia y no han cumplido su objetivo en algunos casos por su corta duración, además, la falta de un estatuto general de la contratación integral que encierre de manera estable y sistemática toda la normatividad con un título de la planeación aplicable a las entidades estatales que deben seguir esa normatividad.

Es interesante analizar que los tratadistas señalan como un deber y una necesidad realizar los estudios previos para que el proyecto no sea el fruto de la improvisación y el descuido de la administración por no realizar en especial los análisis jurídicos y técnicos que permitan que el futuro contrato perfeccionado se cumpla con los planes previamente desarrollados, no obstante, llama la atención que Dávila (2016), refleja dos fases dentro de los estudios previos, una que debe ser ejecutada por la administración donde se realizan estudios de factibilidad, diseños, planos, obtención de licencias, permisos y autorizaciones que el contrato requiera y elaboración de pliegos de condiciones serios y completos; y otra fase, donde la administración con esos estudios ya realizados y concluidos procede a convocar para iniciar el procedimiento administrativo de selección y realizar las actuaciones de planeamiento del mismo.

Como se puede analizar y articular, la administración a través de los operadores del contrato deben desarrollar dos etapas una volitiva que tiene que ver con esa intención de celebrar una convención relacionada con servicios públicos y necesidades de la comunidad y otra etapa de

exteriorización que ocurre cuando la administración realiza actos inequívocos de planear, entonces, es la segunda fase la explicada por el autor y que encaja perfectamente en el futuro acuerdo de voluntades que en últimas es la formación del consentimiento como en el caso de un negocio jurídico estatal, como lo expuso Ospina Fernández.

7. Conclusiones

Entonces, la solución a la primera pregunta: ¿cómo cumple el principio de planeación en la etapa precontractual y su trascendencia en la ejecución del negocio jurídico estatal en Colombia?, así, ello parte si la normatividad tiene elementos suficientes regulativos en el campo de la planeación del contrato en la etapa precontractual, significa que se está involucrando inicialmente a la Ley 80 de 1993, la cual fue proferida con gran expectativa, no obstante, no cumple con las expectativas y debates dados en el Congreso, pues allí quedó sin regular temas de gran trascendencia como es la aplicación de medios electrónicos que luego fueron tratados en parte por la Ley 1150 de 2007, con la creación del SECOP.

Por tanto, esa limitación que se aprecia en los medios de comunicación electrónica tiene un gran impacto en la suficiente estrategia de planeación del negocio jurídico estatal que por efecto llevaría a un exitoso acuerdo de voluntades, por tanto, las comunicaciones entre las entidades contratistas y los organismos de control, esto es, Procuraduría General de la Nación y Contralorías respectivas debería ser obligatoria con el fin de ejercer un seguimiento eficaz sobre la planeación del acto jurídico, entonces, la contratación no produce el efecto esperado, por existir con el principio de planeación en la etapa precontractual. Existe un punto singular contenido en la Ley 1882 de 2018, que tiene que ver con los pliegos tipo, que son una gran aporte en el desarrollo de esa etapa precontractual, si se mira de la óptica de la transparencia en el desarrollo y selección del contratista.

Se reitera, que el estatuto contractual no reglamentó de manera especial el acompañamiento obligatorio de la Procuraduría y Contraloría cuando la administración despliega actos de prefactibilidad y factibilidad o de conveniencia de abrir la convocatoria para la selección de un contratista, por tanto, deja que esos estudios sean elegidos libremente y sin ningún control; a pesar de que los artículos 62, 63 y 65 de la Ley 80 de 1993, señala los contrales de la gestión contractual, los cuales no son los suficientes para el desarrollo de ese deber funcional, por ello, se debería proferir normas muy detalladas que involucren un control previo de gestión de contratos en aras de protección al patrimonio público, servicios públicos y solucionar necesidades de la comunidad.

En todo caso, es de importancia señalar que los estudios previos que realiza la administración para observar si es viable para abrir el proceso de selección del contratista y todo el proceso realizado luego de esa convocatoria, no se encuentra en normas estables y codificadas por etapas que pudieren identificar la utilización de tiempos a la luz de los principios de economía y transparencia, además, identificar claramente la responsabilidad de los actores en este punto. En todo caso el principio de planeación no cumple de manera total en la etapa precontractual, pues además, no se aseguran algunos riesgos que están presenten antes de convocar a los proponentes.

Ahora, el punto a seguir es la solución a la segunda pregunta inserta en el segundo artículo de reflexión ¿cuál sanción se debe imponer ante las posturas jurídicas opuestas del Consejo de Estado frente a la violación del principio de planeación en el contrato estatal?, entonces, se debe se referir a los fallos distantes que generan tensión al interior de la referida Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para ello, se debe sumar la normatividad para estos casos, como es, lo dispuesto en el inciso primero del artículo 44 de Ley 80 de 1993 y el artículo 1741 del Código Civil, por cuanto deben tener una articulación para abordar la nulidad absoluta por objeto ilícito

de los contratos estatales, con el ingrediente del amplio margen de discrecionalidad que debe gozar el juez natural para decidir el conflicto como lo expone Hart (2015):

En todo sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios, quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas en forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad. (p.169)

Entonces, al hacer una confrontación objetiva de los fallos opuestos se puede extraer que:

Los puntos centrales de la discordia se encuentran determinados por i) La aplicación implícita del deber de planeación como causal de nulidad absoluta. ii) La nulidad absoluta por objeto ilícito se puede configurar fuera de sus prestaciones aisladamente considerados o en su conjunto, como son la ley, orden público o las buenas costumbres? iii) incumplimiento de las obligaciones pactadas (Ospina & Ospina, 2014, p.439).

Desde esa óptica se aborda los temas, como sigue: i) La aplicación implícita del deber de planeación como causal de nulidad absoluta: en este punto es necesario hacer remisión al artículo 44 de la Ley 80 de 1993, como norma especial que regula las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, y allí obtenemos que no se encuentra de manera explícita que la falta al deber de planeación sea causal de invalidez de esa categoría de negocios estatales, por ello, se debe precisar que el termino explicito significa expresa clara y determinada una cosa, y al llevarlo en sentido contrario se puede reflejar que no está determinado y que además no es claro.

Así, el crear una causal de nulidad absoluta rebasa los márgenes que tiene el funcionario judicial como en este caso Sección Tercera del Consejo de Estado, a pesar de tener un amplio margen de discrecionalidad como sostuvo Hart (2015) en forma precedente, al punto que se llega a invadir la órbita que tiene el legislador para regular temas de contratación como así se desprende de lo dispuesto en el inciso final del artículo 150 de La constitución política, el cual

dice lo siguiente: “Compete al Congreso expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, art.150).

En todo caso, desde el proyecto de la exposición de motivos de la Ley 80, se indicó sobre la competencia que debe ser ejercida por el Congreso de la República, cuando se trata de expedir los estatutos generales sobre la contratación estatal, allí se expuso que:

El contenido normativo del citado inciso sugiere la hipótesis según la cual el constituyente quiso que esa función fuera ejercida por el Congreso mediante la expedición de una ley estatutaria o de una ley general, lo cierto es que en la sesión plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente del día 30 de junio de 1991, en la cual se discutió la disposición en cuestión (cuyo texto fue propuesto por la Comisión Codificadora), no se llevó a cabo ningún debate sobre su alcance y significación, resultando aprobado simplemente con fundamento en la conveniencia de que esa función del Congreso quedara consagrada expresamente en la Carta. No es procedente, entonces, buscar en la aludida expresión efectos o alcances que en modo alguno fueron objeto de consideración por parte del constituyente.

(p.1)

Además, no se debe dejar de lado el alcance que se le debe dar de manera acertada al artículo 44 de la Ley 80 de 1993, pues para ello se debe dar importancia traer lo expuesto por la Corte Constitucional (2016) en lo relacionado con la interpretación gramatical de la Ley y su incompatibilidad con la aplicación de los preceptos del orden de la Carta Política, así señala:

Para la Sala, la interpretación gramatical que atiende la literalidad de un texto legal no resulta incompatible con la Constitución, en la medida que, contrario a lo argumentan los demandantes, la aplicación de dicha modalidad de interpretación en modo alguno puede ser comprendida como una licencia para dejar de aplicar los preceptos constitucionales, a partir del uso exclusivo de la norma de rango legal. Esta imposibilidad se infiere del mandato superior según el cual en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se deben aplicar las disposiciones constitucionales, como lo ordena el artículo 4º de la Carta. Llevando dicho premisa al caso analizado, se encuentra que,

en realidad, el cuestionamiento de la validez constitucional que se plantea en la demanda parte de una interpretación equivocada de la disposición legal acusada, que no desconoce uno de los postulados axiales del Estado de Derecho, como lo es, el principio de la supremacía constitucional. (p.31)

Se colige, que la aplicación del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, debe atender a esa voluntad del legislador en el entendido que no se incluyó la violación al deber de planeación como causal autónoma de invalidez de los negocios jurídicos estatales y por tanto si la ley es clara no requiere sino atender a su tenor literal, no obstante, ante alguna incompatibilidad se debe recurrir al mandato constitucional, que no es otro que el inciso final del artículo 150 de C.P., entonces, el amplio margen de discrecionalidad en la textura del derecho no aplicaría por los argumentos expuestos.

Ahora, desde esa perspectiva, para explicar que la nulidad absoluta por objeto ilícito se puede configurar fuera de sus prestaciones aisladamente consideradas o en su conjunto, como son la ley, orden público o las buenas costumbres se debe abordar temas de la formación del consentimiento, el cual tiene su basamento en la exteriorización de la voluntad y que sea coincidente, como bien lo explica Alessandri (2011), cuando dice:

Formación del consentimiento. Principio. Para que el contrato se forme, no basta la voluntad de cada parte manifestada en alguna de las formas que hemos señalado. Es menester que ambas voluntades concurren en un mismo momento y sean concordantes, en otros términos, que haya consentimiento, esto es, acuerdo de voluntades sobre un objeto jurídico. Lo que constituye el contrato en este acuerdo. (Alessandri, 2011)

Por tanto, las voluntades cuando concurren de manera concordante y exteriorizada a través de un escrito exigido por artículo 41 de la Ley 80 de 1993, viene a perfeccionar el contrato estatal con implicaciones trascendentes como crear, modificar y extinguir obligaciones que en últimas es el objeto genérico de esta categoría de negocios, dado que la suscripción de este

escrito debe contener obligaciones, no sólo conmutativas, como se puede ver del escrito de Santofimio (2009), quien dice:

1.4. Sinalagmático y conmutativo Se destacan del concepto propuesto otros dos elementos fundamentales para su conformación, cuales son el de su carácter, por regla general, de recíproco en las prestaciones⁴⁴, al igual que el conmutativo en la relación, que, como se advierte a partir de un análisis del contexto normativo del régimen de la contratación pública y de sus desarrollos doctrinales⁴⁵, difiere sustancialmente de la simple conmutatividad propia de las relaciones jurídicas negociales entre particulares, en cuanto deviene de consideraciones objetivas y no de razonamientos subjetivos y relativos derivados del principio de la autonomía de la voluntad individualista. (p.45)

Desde esa óptica, es claro que las obligaciones pactadas en el contrato estatal son obligatorias para su cumplimiento cuando se suscribe el acuerdo de voluntades, que no es otra cosa, que el contrato respectivo, así la planeación en el caso en tensión se efectuó antes de la formación del consentimiento, entonces llevaría a un incumplimiento base de la responsabilidad extracontractual derivadas del desconocimiento de esas etapas preliminares, como bien lo sostiene Monsalve (2014):

Como bien lo anota el profesor Alfonso Pérez, los negocios más complejos que implican gravosos vínculos contractuales tienen a menudo prolongados y laboriosos periodos preparatorios en los que se discute, proyecta y se busca un entendimiento común, el tráfico jurídico de nuestro días, evidencia la necesidad cada vez mayor de exigir a las partes lealtad y corrección en la formación de los negocios jurídicos, lo que implica a su vez la protección a quien confía de la honorabilidad ajena. Por tanto, existen intereses que deben protegerse con independencia que el contrato se celebre o no. (p.80)

Así, en ese orden, se observa que el incumplimiento de las obligaciones pactadas como se explicó, luego de formado el consentimiento y ante la presencia de un contrato estatal, conviene mirar dentro del punto de tensión en la Alta Corporación, si el punto central fue la no entrega de los predios por parte de la administración para desarrollar el objeto del contrato, o si se debe

examinar si se pactó la obligación condicional descrita en el artículo 1530 del C.C., la cual se determina, “Artículo 1530, es obligación condicional la que depende una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no” (Consejo Nacional Legislativo, 1887, art. 1530).

Por tanto, desde la confrontación objetiva de la norma y la obligación pactada se puede concluir que si se pactó en el contrato la entrega de los predios para la ejecución del mismo, por ello, estaríamos frente a un incumplimiento del contrato, pero si no se pactó estamos frente a una responsabilidad extracontractual derivada del incumplimiento de esas tratativas preliminares.

Como en el caso tratado se desprende del pliego de condiciones que la entidad contratante compraría y entregaría los predios donde recaía la ejecución del contrato, razón para predicar que se dio aplicar el incumplimiento del contrato por parte del contratante, si se mira que el pliego de condiciones hace parte del contrato y desde allí se estructura la obligación condicional para hacerla exigible en la medida que contiene en uno de sus extremos hacer.

Se colige, que la Sección Tercera del Consejo de Estado incurre en un error de interpretación de la norma al darle un alcance que no corresponde y crear un causal de nulidad que no está contemplada en el Estatuto de Contratación y por esto invade la órbita del Legislador, quien es el encargado de crear normas con rango legal según se desprende del artículo 150 de la Constitución Política.

8. Propuesta del segundo artículo

El caso, objeto de debate, no ha tenido una solución pacífica por la controversia distante en el interior del Consejo de Estado, con el ingrediente que está en juego los servicios públicos, la solución a las necesidades de la comunidad y protección del patrimonio público, por tanto se debe proponer un mecanismo jurídico, que cumpla su objetivo y con reducción de términos, por

ello, la creación de una causal de nulidad autónoma que haga parte del estatuto contractual que se podría denominar: *la violación al deber del principio de planeación en la etapa precontractual de los negocios jurídicos estatales genera nulidad absoluta al interior de la ejecución del contrato*, ello permitiría solucionar de tajo los polos opuestos en el debate jurídico, y permitiría dar agilidad en tiempos a las controversias que se puedan plantear, dado que un proceso en Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo puede tomarse tiempo extremadamente largos, lo que no ocurriría en la anterior propuesta.

Referencias

- Alessandri, A. (2011). De los Contratos. Bogotá: Ed. Temis.
- Angarita, J. (2005). Lecciones de Derecho Civil. Quinta Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia.
- Borja, R. (2009). Estudios Jurídicos sobre la Contratación Estatal. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Congreso de Colombia. (1993). Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.
- Congreso de Colombia. (1992). Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, Gaceta del Congreso, No. 75, Santafé de Bogotá, D C., 23 de Septiembre de 1992.
- Consejo de Estado. (1998). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 4 de mayo de 1998. C.P. Daniel Suarez Hernández. Exp. Forma del Contrato Estatal. p.21
- Consejo de Estado. (1999). Sección Tercera, C.P. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, exp. 1999-00435-01 (24809) p. 22
- Consejo de Estado. (2007). Sección Tercera. M.P. doctor Fajardo Gómez, Mauricio. Expediente 14854, 29 agosto de 2007. p.16
- Consejo de Estado. (2011). Ley 1437 de 2011. Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Memorias. Imprenta Nacional.
- Consejo de Estado. (2012). Sección Tercera, M.P., doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera, Exp. 1998-0897601 (26140). Actor Hilda Hoyos de Rodríguez, Demando Departamento de Córdoba, 3 de octubre de 2012. p. 37

Consejo de Estado. (2013). Sección Tercera, C.P. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, exp.

1998-01743-01, (27315), 24 de abril de 2013. p. 28

Consejo de Estado. (2014a). Sección Tercera. Subsección C.M., Dr. Enrique Gil Botero, Exp.

1998 – 01350-01, actor Darío Piedrahita. Demandado. Municipio de El Retiro. Agosto 12 de 2014, p.39

Consejo de Estado. (2014b). Sección cuarta, C.P. Bastidas Bárcenas, Hugo Fernando, exp. 2013-

0191900, 21 agosto 2014., p.25

Consejo de Estado. (2014c). Sección Tercera, C.P. Andrade Rincón, Hernán, exp. 1998-02814,

27 de marzo de 2014, p. 27

Consejo de Estado. (2015a). Sección Tercera, C.P. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, exp.

2012-00012-01 (51489), 10 de diciembre de 2015., p. 20 y 26

Consejo de Estado. (2015b) Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 3 de junio de 2015,

Exp. 37.566.

Consejo Nacional Legislativo. (1887). Ley 57 de 1887. Código Civil.

Corte Constitucional. (1998). C-597 de 1998, M.P., Carlos Gaviria Díaz, p.17

Corte Constitucional. (2001). C 709 de 2001. M.P. Beltrán Sierra, Alfredo, p. 11

Corte Constitucional. (2010). Tutela 629 de 2010, M.P. Henao Pérez, Juan Carlos, p. 58 y 59

Corte Constitucional. (2016). C 054 DE 2016, Vargas Silva, Luis Ernesto., p. 31

Corte Constitucional. (2017). C – 345 de 2017, M.P. Linares Cantillo, Alejandro, p. 41

Corte Suprema de Justicia. (2012). Sala de Casación Civil, -MP.- William Namen Vargas, Exp.

No. 2001-00026-01, 6 de marzo de 2012, p.12

Corte Suprema de Justicia. (2015). Sala de Casación Civil M.P., Rutén Ruiz, Jesús Vall, exp.

2000-01503-01. 24, febrero de 2015, p. 25

- Corte Suprema de Justicia. (2017). Sala Civil, M.P. Tolosa Villabona, Luis Armando, Exp. 2011 – 00481-01, 27 de diciembre de 2017, p. 24 y 25, tomado de la sentencia del 15 de marzo de 1944.
- Corte Suprema de Justicia. (2018). Sala de casación Civil, M.P. Salazar Ramírez, Ariel, Exp. 2018 – 00227-01, p.11.
- Dávila, L.G. (2016). Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Tercera edición. Bogotá: Edit. Legis.
- Escobar, R. (1999). Teoría General de los contratos de la Administración Pública, Edit. Legis, primera edición año 1999, 224pp.
- Expósito, J.C. (2003). La Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español. Bogotá: Universidad Externado.
- Expósito, J.C. (2013). Forma y contenido del Contrato Estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fernández, R. (2012). Los contratos Administrativos. Madrid: Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Editorial Talleres Espasa.
- Franco, O. (2000). La contratación Administrativa. Cuarta edición. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- García, F. (1992). El negocio Jurídico. Granada, España: Editorial Comares.
- Guecha, C.N. (2015). Contratos Administrativos, Control de legalidad en el Procedimiento de la Contratación. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Hart, H. L. A. (2015). El concepto del derecho. Edición Tercera. Ed, Abelleodoperrot.
- Matallana, E. (2013). Manual de contratación de la Administración Pública en Colombia. Tercera Edición. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.

- Monsalve, V. (2014). Responsabilidad precontractual, la ruptura injustificada de las negociaciones. Bogotá: Edit. Ibáñez.
- Ospina, G. y Ospina, E. (2014). Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Séptima edición. Bogotá: Ed. Temis.
- Ospina, G. (2016). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá, Colombia: editorial Temis
- Ortiz, Á. (2017). El consentimiento, escrito de clase 8 páginas
- Petit, E. (2009). Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Sakla.
- Pino, J. (2000). Contratación Estatal en Régimen de las Entidades Territoriales. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.
- Ramos, J.; Ramos, A. (2013). Contratación Estatal Teoría General y Especial. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Rodríguez, L.R. (2012). *El equilibrio económico de los contratos administrativos*. Segunda edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Rodríguez, L. (2013). Derecho Administrativo General y colombiano. Decimoctava Edición. Bogotá: Edit. Temis.
- Santofimio, J. (2009). El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Revista Digital de Derecho Administrativo, 1.
- Suárez, G. (2013). Estudios de Derecho contractual público. Bogotá: Editorial Legis.
- Vargas, E.F. (2010). Interventoría de obras públicas. Segunda Edición. Editorial Ibáñez.
- Vélez, F. (1968). Derecho Civil Colombiano. Segunda Edición. Imprenta París-Colombia. Tomo Sexto.
- Yong, S. (2013). El contrato Estatal en el contexto de la Nueva Legislación. Bogotá: Editorial Ibáñez.