

**CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ENTIDADES ESTATALES CON RENTA EN
ESPECIE: INEXISTENCIA - ATIPICIDAD**

JORGE ANDRÉS TORRES CALDERÓN

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE AQUINO

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ D.C. – COLOMBIA

2017

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ENTIDADES ESTATALES CON RENTA EN

ESPECIE: INEXISTENCIA - ATIPICIDAD

JORGE ANDRÉS TORRES CALDERÓN

**Proyecto de grado para optar por el título de Maestría en Derecho Contractual Público y
Privado.**

Director:

Dr. Samuel Yong Serrano

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE AQUINO

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

2017

AGRADECIMIENTOS

El agradecimiento más inmenso a Dios, pues fue su amor infinito el que día a día, a pesar de las innumerables vicisitudes que se atravesaron en mi camino, me brindó la fortaleza para culminar este gran y tan anhelado sueño. A mis padres, a quienes amo con el alma y agradezco por todo ese incesante e incondicional apoyo, aun cuando éste muchas veces les significara una gran lucha y sacrificio, pero que jamás dejaron de brindármelo gracias a ese maravilloso y valioso amor que solo existe en sus corazones. A mi hermano, a quien admiro inmensamente y amo con todo mi corazón. A mi familia Calderón España, quienes a lo largo de mi vida han contribuido de forma constante con mi crecimiento personal y profesional. A mi novia por todo ese amor bonito y su dedicación por hacer de cada día aún más feliz. A mis amigos, los cuales atesoro en mi corazón por estar siempre allí en cada paso que doy. A todos aquellos que, aunque no los nombre aquí, jamás olvidare lo que cada uno aportó en mi caminar, razón por la cual siempre los llevaré con especial cariño en mis recuerdos y mi corazón.

A mi Director de tesis, Dr. Samuel Yong Serrano, quien ha guiado mi camino profesional desde pregrado y que admiro como el gran jurista que es, sin olvidar su gran corazón, sus valores, su experiencia y su generosa lucha por cultivar en sus estudiantes ese inmenso amor por esta carrera. Mi gratitud total por coadyuvar con éste gran sueño.

Finalmente, puedo decir que, a pesar de todas las barreras que se nos puedan presentar, de la mano de Dios nada es inalcanzable; constancia, sacrificio, dedicación, humildad, solidaridad, pero sobre todo amor por ésta vida y esta hermosa carrera, son los que deben acompañar nuestro caminar hasta la cima a la cual nos hemos propuesto alcanzar.

Tabla de contenido

	Página
Resumen	5
Palabras clave	7
Introducción	8
Primera parte	
Teoría general del contrato: Nociones generales	18
<i>Autonomía de la voluntad</i>	19
<i>Acto o negocio jurídico</i>	22
Contrato	25
<i>Elementos: Esenciales, accidentales y naturales</i>	29
Contrato de arrendamiento	48
<i>Antecedentes</i>	49
<i>Noción</i>	52
<i>Elementos del contrato de arrendamiento. Precio y uso o goce del bien entregado</i>	55
<i>Aspectos normativos del precio</i>	58
<u><i>Aspectos doctrinales</i></u>	65
Conclusiones	69
Segunda Parte	
Contrato atípico de arrendamiento con pago en especie celebrado por las entidades estatales	81
<i>Atipicidad</i>	84
Autonomía privada de la voluntad en las entidades estatales	88
<i>Características</i>	100
Problemática	101
Conclusiones	104
Anexo	110
Referencias bibliográficas	
Doctrina	111
Artículos de internet	120
Fuentes legales y jurisprudenciales	122
Revistas y tesis	123

Resumen

El contrato estatal es el instrumento por excelencia con el cual el Estado propende por la consecución efectiva de sus fines, a partir del ideal de que el individuo sea objeto de tutela, salvaguardando en esa medida su existencia. Hecha esta salvedad, es preciso señalar que, ante el crecimiento demográfico desmesurado, y con ello, las necesidades mínimas para garantizar la subsistencia del individuo, se hace evidente la insuficiencia por parte del Estado de elementos materiales, técnicos y humanos que le permitan desarrollar su actividad misional de forma eficaz y eficiente. Por tal razón, le resulta necesario valerse de los particulares, quienes actúan como colaboradores en desarrollo de la función administrativa que le es propia, a cambio de una contraprestación justa.

Por lo anterior, y dada la importancia de los intereses y recursos públicos que se involucran en la actividad contractual del Estado, las entidades estatales cuentan con una reglamentación especial orientada a establecer mecanismos de tutela de los mismos, garantizando así el cumplimiento de sus fines por medio de la colaboración de los particulares. Ahora bien, esta reglamentación especial no es en realidad tan extensa como bien se creería, puesto que la misma concentra su mayor interés, por decirlo así, en la fase precontractual o de formación de la voluntad del Estado, dejando cabida libre en lo no regulado por estas disposiciones especiales, el poder acudir al amplio universo normativo privado, donde se hallan innumerables disposiciones civiles y comerciales que resultan aplicables al contrato estatal, entendiéndolo en su sentido más amplio como un acuerdo más de voluntades.

Dada la remisión a las normas civiles y comerciales consagrada en el estatuto de contratación, es claro que las entidades públicas además de valerse de las tipologías contractuales que de forma enunciativa trae el mismo, hacen uso del amplio catálogo contenido en los demás regímenes, e incluso, se encuentran autorizadas para crear alguna tipología contractual que resulte apropiada y necesaria para la satisfacción de las necesidades generales, así se aleje del espectro típico; en particular, la presente investigación delimitará su atención en aquellos negocios jurídicos denominados como “arrendamiento con pago en especie” celebrados por algunas entidades estatales, en virtud de los cuales, se entregan algunos espacios ubicados dentro de los bienes inmuebles de su titularidad a cambio de un pago en especie a título de contraprestación.

Por lo anterior, resulta importante determinar a partir de la teoría de la ineficacia de los actos jurídicos, si el negocio jurídico denominado “arrendamiento con pago en especie”, hace parte de las relaciones negóticas típicamente reguladas, como lo es el testamento, la compraventa, la permuta, entre otros; o si por el contrario, se encuentran dentro de las relaciones denominadas “atípicas”, de no encajar está dentro de ninguno de los tipos contractuales previstos en nuestro ordenamiento jurídico; para lo cual, se realizará un análisis general de los elementos específicos (esenciales, naturales y accidentales) del acto o negocio jurídico y del contrato como especie de este, derivados de la teoría de la ineficacia de los actos jurídicos, previo análisis de un marco conceptual general referente a conceptos como autonomía de la voluntad, acto o negocio jurídico y contrato, que permita en particular determinar los elementos esenciales y los no esenciales del tipo legal del “arrendamiento”, para luego, establecer si la “especie” como contraprestación hace parte de los elementos esenciales del mismo, o *a contrario sensu*, su presencia trae como consecuencia su inexistencia.

De esta forma, puesto que son las normas jurídicas, convertidas en leyes imperativas, las que han recogido las diferentes expresiones derivadas de la libertad del individuo para disponer de sus propios intereses, moldeándolas al punto de extraer esos elementos intrínsecos que permiten orientar el verdadero querer al cual se dirigen las diferentes manifestaciones, encuadrándolos en determinadas y específicas categorías contractuales dentro de nuestro ordenamiento, con el fin de brindarles la tutela requerida.

En este orden de ideas, las relaciones negociales que pretendan encaminar su voluntad a alguno de los tipos contractuales previstos por el legislador, deben procurar por que ésta se adecue estrictamente en los elementos esenciales allí previstos, en caso contrario, el tipo contractual regulado no nace a la vida jurídica y el negocio jurídico existente bien podría derivarse en otra categoría contractual regulada por el legislador, ocasionando serios inconvenientes en lo que respecta a las expectativas esperadas con el acuerdo privado de voluntades, o simplemente adecuarse en los llamados contratos atípicos.

Cabe señalar que el análisis del presente trabajo, permitirá realizar algunos comentarios referentes a los efectos jurídicos que podrían derivarse de la celebración de esta clase de negocios jurídicos, cuando sus elementos esenciales, distan de los previstos en las diferentes categorías contractuales reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, afectando la eficacia que se busca con su celebración y la tutela que el mismo ordenamiento brinda a las reguladas por **este**.

Palabras Clave

Autonomía de la voluntad, acto y negocio jurídico, contrato, elementos esenciales y no esenciales, precio, dinero, frutos naturales de la cosa arrendada, contrato típico, contrato atípico.

Introducción

El Estado Social, en su concepción, es responsable de la procura existencial de sus habitantes (Pelayo (s.f.), p.11), o designada así por la doctrina alemana como “Daseinsvorsorge”; concepto acuñado por Forsthoff, según el cual “hay que poner en manos del Estado la prestación de servicios satisfactorios de necesidades individuales no realizables por el individuo” (Meil (s.f.), p.216), es decir que, éste se caracteriza esencialmente por ser garante de la existencia de sus habitantes, dado que el entorno que los rodea les dificulta con mayor intensidad garantizarse por sí mismos, los medios de su propia existencia, de ahí que, éste es llamado a tutelar por su subsistencia, brindándole los medios que por sí mismos no pueden alcanzar.

Este pensamiento “social” del Estado, tiene su mayor influencia en el siglo XIX gracias a la doctrina Alemana, la cual fortalece la idea de una mayor preocupación y tutela de éste por los individuos; la misma que tiene como uno de sus precursores a Lorenz Von Stein (discípulo de la doctrina de Hegel), para quien el fin de la administración es el amparo y ayuda de los más débiles, consintiendo en el derecho administrativo ideas de un Estado intervencionista de corrientes de pensamiento como la de Leibniz y Wolff (Villar (s.f.)). Por su parte, Hermánn Heller (Escobar y Sánchez, 2000), jurista alemán y autor del concepto de Estado Social de Derecho, quien en su obra: *¿Estado de Derecho o Dictadura?*, publicado en 1903, sostuvo la tesis “*de que sólo la transformación del Estado Liberal de Derecho en un Estado Social de Derecho podría evitar la caída en un régimen dictatorial (tesis clarividente, como la historia se encargó de demostrar)*” (Penagos, 2000, p. 7); y que al diferenciar estos dos conceptos, hace énfasis en la existencia de una igualdad formal como característica principal del primero, en la cual existe una paridad de trato en la aplicación de la ley para todos los individuos que pertenecen a un grupo social, y de una igualdad material, entendida como una reinterpretación de la igualdad formal en el Estado Social de

Derecho, y según la cual se aborda con mayor profundidad la realidad social del individuo, para así aplicar el derecho, propendiendo por la tutela del más débil.

El primero atiende únicamente a la vertiente formal del principio de igualdad y prescinde de las relaciones reales de poder, mientras que para el segundo lo decisivo ha de ser justamente la igualdad en sentido material (por lo que tiene la obligación, atendiendo a aquellas relaciones de poder, de corregir las desigualdades, garantizando que los débiles socialmente cuenten efectivamente con la libertad y una protección judicial equivalentes a las de los socialmente favorecidos) (Penagos, 2000, p.7).

En contraste con la filosofía antes referida, autores como Benda (2001), expresaron la dificultad para la gran mayoría de juristas alemanes de asimilar la cláusula que hablaba ya de La República Federal Alemana (Die Bundesrepublik Deutschland) como un Estado Federal (Bundesstaat) democrático y social en la Ley Fundamental de la República Federal¹; en particular, es de expresar que para el caso Colombiano, el concepto “social” del Estado fue introducido en la Constitución Política de 1991, como principio rector que orienta sus fines en procura de la satisfacción social, como bien se refleja en su artículo 1º, en los principios allí consagrados y demás disposiciones, en donde el concepto “social” del Estado impregna el texto constitucional en todas sus esferas.

Ahora bien, a partir del concepto “social” del Estado antes desarrollado, resultan más que evidentes las innumerables actividades de diversa naturaleza, a través de las cuales éste se manifiesta, respondiendo así por los proyectos que tutelan y satisfacen las necesidades de los individuos que lo integran, conllevando así a la consecución efectiva de sus fines; estos últimos que han sido objeto de gran debate desde sus orígenes respecto de su “precisión”, pues ante una

¹ Artículo 20 de la Constitución de Alemania.

realidad en constante transformación, varían según las épocas y formas de Estado. En palabras de Acevedo (2003), respecto de los fines estatales, son diversas las corrientes que “...han negado la existencia de los fines y otras se refieren a los fines objetivos o particulares de cada estado, o los fines subjetivos del mismo...” (p.40). De ahí que el mismo autor señala que, la corriente más aceptada es aquella que considera estos fines como la concreción de los fines humanos, ya que: “...por diferentes que puedan ser las acciones humanas y por múltiples formas que sean susceptibles de revestir los fines humanos, esta variedad de fines puede integrarse en algunos que valga como superiores y últimos...” (Acevedo, 2003, p.40). Finalmente, señala que “...los medios que para conseguir estos fines superiores son varios, del propio modo que los fines intermedios; pero la variedad de estos últimos tiende a convertirse no ya en un escaso número, sino en un solo fin...” (Ibíd., p.40); fin último, conocido también como el “bien común”, entendido como aquel conjunto de condiciones mínimas derivadas de la vida social que permiten al individuo y al grupo social al cual pertenecen, el logro de sus cometidos.

Se relaciona con las personas por la ley de la superación y por la ley de la distribución. De ahí resulta, evidentemente, una ordenación de las personas entre sí y con el todo, que hace posible la comunidad. Por constituirse en función de él la unidad de orden, el **bien común** resulta ser un principio de organización social, que no puede establecerse sin la determinación de lo que a cada uno le corresponde dar y recibir, y en este sentido el bien común es un principio jurídico (González & González (s.f.)) (Énfasis del texto).

En este orden de ideas, el Estado supone la adhesión de intereses particulares con el fin de constituir lo que conocemos como el interés público, de ahí que, analógicamente, este sea visto como una empresa, con metas específicas “fines estatales” o “bien común”, las cuales, para ser desarrolladas, requieren de elementos materiales, técnicos y humanos, que a través de los diferentes actos, operaciones y tareas que permite la ley, propenden por su obtención y realización. En

palabras de Acevedo (2003), el Estado es una estructura administrativa que, a través de la administración de recursos de capital, físicos y humanos, propenden por la satisfacción efectiva de las necesidades de la comunidad.

Presenta una organización y una actuación determinados para la consecución de sus fines. Organización y actuación que individualmente reciben el nombre de Administración, con el calificativo de “pública” por la entidad que la configura. Es por ello que cuando nos referimos al conjunto de órganos que forman la estructura del Estado, la denominamos “administración pública” (p.51).

Dicho lo anterior, resulta oportuno recordar en lo referente a la actividad estatal que tanto la doctrina clásica, como la legislación positiva, han reconocido “...tres (3) actividades esenciales del Estado para realizar sus fines estatales: la función legislativa, la función administrativa y la función jurisdiccional...” (Ayala, 1999, p.19); sin embargo, es la función administrativa la relevante en la presente disertación², toda vez que es ésta la actividad, que orienta y desarrollar los fines estatales antes mencionados y aquella que tiende por la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran (Citado en Ayala, 1999).

Por lo anterior, es viable señalar que la función administrativa corresponde al conjunto de actividades desplegadas por los órganos que componen el Estado, que, con estricta subordinación, y sumisión, con los preceptos legales y reglamentarios, propende por la realización efectiva de sus fines.

² Entendida residualmente por Kelsen, como aquella actividad del estado que no es ni legislación ni jurisdicción así: Sentencia C-189/98 “...Para Kelsen, la diferencia entre la administración y la jurisdicción tiene razones históricas y no conceptuales, y se relaciona más con la naturaleza de los órganos que ejecutan el derecho: la aplicación es administrativa si es desarrollada por funcionarios jerárquicamente organizados, mientras que es judicial si los aplicadores gozan de independencia funcional. Así las cosas, según estas corrientes, la única diferencia material que se puede establecer es entre la legislación, que consiste en crear normas generales y abstractas, y la ejecución, que produce normas individuales dentro de los marcos permitidos por la norma general. Por ello Kelsen concluye que la función administrativa sólo puede definirse residualmente, esto es, como aquella actividad del Estado que no es ni legislación ni jurisdicción...”

Lo dicho hasta aquí supone que el Estado como “empresa”, desarrolla y protege los intereses colectivos en él confiados, para lo cual asume innumerables tareas de alta dificultad y transcendencia, procurando por la satisfacción efectiva de las necesidades colectivas, sin embargo, se ven frustradas muchas veces dada la escasez de elementos materiales, técnicos y humanos para realizarlas en su totalidad, en otras palabras, “...dada la complejidad o la cantidad de penurias y preocupaciones de la colectividad que el Estado tiene que atender, le es imposible con su propio personal y recursos públicos cumplir los requerimientos que los asociados demandan...” (Yong, 2013, p.33), de ahí que se ve en la necesidad de apoyarse del sector privado, por razones de índole económico y técnico.

Según Benavides (2002), en lo referente a las dificultades que padecen las entidades estatales en la consecución de sus fines, hace evidente la necesidad de contar con la colaboración del sector privado no solo por motivos de orden presupuestal o de financiamiento, sino también, por aspectos técnicos que por su complejidad, especialidad, experiencia y experticia solo este sector se encuentra en la posibilidad de proveer, procurando en todo caso por la consecución del bien común;

El costo elevado de las inversiones necesarias para el desarrollo de infraestructuras supera la capacidad de los presupuestos públicos, y la ayuda del sector privado no solo se ve como una alternativa posible sino como una necesidad. Entre otras cosas, no se trata únicamente del financiamiento directo de proyectos sino también de la obtención de préstamos por parte de los empresarios contratistas, de montajes financieros complejos, de la disminución de riesgos para la administración y de una mejor gestión del gasto público. (...) en cuanto a los aspectos técnicos, su complejidad es creciente y comprende la cada vez mayor especialización de los servicios, las técnicas nuevas, la renovación de equipos, la formación más exigente de sus operarios (Benavides, 2002, pp.29-30).

Es así que ante la necesidad de contar con la colaboración del sector privado y hacerlo participe de la función administrativa, dado el crecimiento descomunal de las tareas propias de la administración, que implicó en muchas ocasiones la imposibilidad de abarcar en su totalidad directamente todas estas (Vélez, 2003, pp.100-102), surge la idea de contrato administrativo, estructurándose como el instrumento por excelencia por medio del cual la entidad estatal obtiene la colaboración del particular para satisfacer las necesidades e intereses públicos en ella encomendados, sin que ello implique, de ninguna manera, que esta pierda la dirección y el control de la ejecución del contrato; lo anterior, con fundamento en la concepción del Estado como “gestor del interés general”, que para Benavides (2002), es una expresión “...de la ideología del Estado Intervencionista que guía, orienta y decide de manera unilateral. El Estado es el protector del interés general y ello legitima sus prerrogativas...” (p.33).

Pues bien, con la concepción de “contrato administrativo” se hicieron visibles algunas dificultades, producto de los vacíos normativos relativos a la conceptualización y distinción entre los contratos administrativos y de derecho privado de la administración introducidos con el Decreto 222 de 1983, pues no fueron lo suficientemente amplios y claros al momento de enunciar los criterios que permitieran determinar cuándo se estaba ante un contrato u otro, lo cual en muchas situaciones hacía pensar en que cada entidad tenía su propio régimen de contratación, dada la multiplicidad normativa, ocasionando poca claridad al momento de contratar y gran dificultad al momento de establecer un régimen jurídico único al que estuviesen sometidos todos los contratos celebrados por la administración pública; sin embargo, con la expedición del Estatuto de Contratación Pública de la Ley 80 de 1993, se da un paso gigantesco con la denominación de “contrato estatal”, con la cual el legislador colombiano ha decidido reunir en un solo tipo

contractual todas las relaciones negócias celebradas por la administración pública, creando así un nuevo criterio delimitador del contrato administrativo (Vélez, 2003).

A partir de lo dicho, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la ley antes mencionada, el nuevo concepto de “contrato estatal” abrigaría a todos los acuerdos que vinculen a las entidades estatales, dejando atrás la clasificación dada en su momento; afirmación que es compartida por Jaramillo (1994), cuando expresa que dicha concepción, a pesar de su esencia privatista, elimina la antigua y antitécnica clasificación contenida en el Decreto 222 de 1983. El nuevo estatuto, a pesar de su intento privatizador..., creó un auténtico contrato administrativo; el contrato estatal, que no admite clases al interior de la administración y que borra la antitécnica especie de los contratos privados de la administración, subproducto de aquella otra tesis que dividía la actividad administrativa en actos de autoridad y acto de gestión (p.522).

Con la denominación antes señalada -contrato estatal- es claro que se acoge el criterio orgánico para su distinción, esto significa que tan solo resta, para determinar su naturaleza, que una de las partes del contrato sea un ente estatal de las expresamente enunciadas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 (Palacio, 2003, p.33).

En resumen, el Estado como responsable de la procura existencial de sus habitantes, requiere de elementos materiales, técnicos y humanos para satisfacer los intereses y necesidades colectivas, obtenidos estos a través de la contratación con los particulares, para lo cual se vale del contrato estatal, instrumento con el que cuenta dentro de la actividad administrativa y que le permite perseguir la inmediata consecución efectiva de los fines estatales, y con ello, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a su cargo. Es por lo anterior que el H. Consejo de Estado, en sentencia del 17 de marzo de 2010, se ha pronunciado respecto del contrato estatal, como la expresión clara de una función administrativa.

En general, y en atención al criterio orgánico antes mencionado, los contratos estatales son aquellos que celebran las entidades estatales con los particulares para el cumplimiento de sus funciones, lo cual supone como una de sus características principales, que al menos una de las partes sea una entidad estatal independiente de la tipología contractual utilizada, así pues, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define los mismos *como* “...todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades públicas a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales...”, es decir, que las tipologías contractuales, previstas en el derecho privado, *verbi gracia* los contratos de compraventa, arrendamiento, permuta, etc., cuando una de sus partes es un ente estatal, se denominará contrato estatal. Disposición que guarda estricta relación con lo preceptuado en el artículo 13, según el cual, los contratos que celebren las entidades a los que se refiere el artículo 2^o3 de la ley ya mencionada, se regirán por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, salvo en materias particularmente reguladas por el estatuto de contratación; igualmente sucede con las estipulaciones en ellos consignadas, las cuales se gobernarán de acuerdo a las leyes civiles, comerciales y las del estatuto de contratación, según correspondan a su esencia y naturaleza.

En palabras de Vélez (2003), para quien los contratos de la administración siguen siendo una especie de los contratos civiles, a los cuales se les ha provisto de características particulares, dada la importancia de las necesidades en estos contenidas.

³ Artículo 2º.- De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos. Para los solos efectos de esta Ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

Ver el art. 14, Decreto Nacional 855 de 1994, Ver los Conceptos de la Sec. General 140 y 390 de 1998.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos. Literal b) declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-374 de 1994.

La filosofía de base de este estatuto contractual no es otra cosa que considerar que los contratos de la administración siguen siendo una desmembración de los contratos civiles, a los que con el transcurrir de los tiempos se les ha dado una serie de características que hacen que no se parezcan en ciertas cuestiones...”, en otras palabras, dentro del ordenamiento en materia de contratación pública, existe “...una sola especie de contratos, que comprende íntegramente todos los contratos del estado, que tiene una innegable base civil por su correspondencia con la categoría genérica de la misma, pero con profundas transformaciones iusadministrativistas que le dan unas características especiales (Vélez, 2003, pp.34-35).

Así pues, es clara la orientación privatista, cuando somete los contratos estatales a las normas privadas, y en casos expresamente regulados, a las consagradas en el estatuto de contratación, razón por la cual es viable inferir que existe una dualidad normativa en la contratación desplegada por las entidades estatales, empero, autores como Jaramillo (1994), concluyen en señalar que lo que existe es un derecho propio, más allá de hablar de uno privado o público, el cual es aplicable a toda relación contractual.

En este contexto, y respecto del objeto de investigación del presente trabajo, se ha evidenciado que algunas entidades públicas⁴ con el propósito de hacer más eficaz y eficiente la función administrativa en ellas encomendadas, propendiendo por la realización efectiva de sus fines, y con ello, la satisfacción de las necesidades colectivas, han propugnado por la celebración de los negocios jurídicos denominados como “arrendamiento con pago en especie”, en virtud de los cuales se entrega a un tercero, particular o público, un espacio ubicado dentro de los inmuebles de su titularidad, recibiendo a cambio una contraprestación en “especie”; lo cual ha permitido

⁴ En particular, el presente trabajo de investigación tuvo en cuenta un número determinado de contratos de arrendamiento celebrados por la Rama Judicial en los cuales se evidencia que la “especie” fue pactada como contraprestación. Véase Anexo No. 1 (Pág. 109).

obtener un aprovechamiento económico derivado de la entrega del uso y goce de algunos espacios físicos no utilizados en el desarrollo de sus actividades misionales.

No obstante lo anterior, la celebración de los negocios jurídicos denominados como “arrendamiento con pago en especie”, por parte de las entidades estatales, justificados y respaldados normativamente con las disposiciones que el legislador ha previsto para el tipo “arrendamiento”, generan en particular la siguiente inquietud: ¿la “especie” como elemento esencial del negocio jurídico denominado “arrendamiento con pago en especie”, hace parte o integra el grupo de los elementos esenciales del tipo contractual del “arrendamiento”?

A fin de resolver la interrogante antes mencionada, resulta necesario, y previo a realizar cualquier aserción o deducción, abordar de forma general y con el amparo de la normativa vigente, la doctrina nacional y extranjera, conceptos como “autonomía privada”, “acto jurídico”, “negocio jurídico” y “contrato”, como especie de este, de forma tal, que permita la construcción de un panorama conceptual el cual servirá de cimiento en el desarrollo de la presente investigación⁵, para luego, a partir de la teoría de la ineficacia de los actos o negocios jurídicos, según la cual, la inexistencia se postula como causal de ineficacia de los actos o negocio jurídicos diferente a la nulidad, determinar los elementos constitutivos esenciales, naturales y accidentales del contrato en general, diferentes a las condiciones generales y esenciales requeridas para su eficacia, como lo son: el consentimiento, el objeto y la causa, los cuales deben ser lícitos, además del cumplimiento de las solemnidades o formalidades que la ley exige.

⁵ Dado que la teoría de la ineficacia se nutre de los conceptos de acto y negocio jurídico, además del de contrato. Según esta teoría, la inexistencia se postula como una causal de ineficacia de los actos o negocios jurídicos diferente a la nulidad, de ahí que, para un gran sector de la doctrina nacional y extranjera, frente a estas instituciones habría que distinguir entre sus elementos esenciales y los no esenciales, puesto que ante la ausencia de los primeros, el acto o negocio jurídico o contrato no nace a la vida jurídica, en contraste con la ausencia de los segundos, pues el acto o negocio jurídico o contrato existe, nace a la vida jurídica y produce efectos jurídicos, empero, sus efectos cesarán en el momento en que se declare judicialmente su anomalía, en otras palabras, cuando la voluntad inmersa se dirija a la producción de efectos jurídicos que transgreden los límites de la autonomía de la voluntad, el ordenamiento jurídico restablece el equilibrio dejando sin efectos el acto dañino.

A partir del panorama conceptual antes referenciado, se realizara un análisis particular de los elementos esenciales del tipo “arrendamiento”, en especial, lo relativo al “precio” y sus elementos constitutivos como lo son: el “dinero” y los “frutos naturales de la cosa arrendada”, frente a los elementos esenciales del negocio jurídico denominado “arrendamiento con pago en especie”; lo anterior, con la intención de estructurar una posición, según la cual, la “especie”, como contraprestación, no hace parte de los elementos esenciales, o *essentialia negotii*, del tipo “arrendamiento”, los cuales corresponden a requisitos mínimos que han de concurrir en el mismo, de forma tal que surja a la vida jurídica y no degeneren en un acto diferente, ya sea típico o atípico.

Por último, y partiendo de la postura anteriormente señalada, según la cual, pactar la “especie” en el tipo “arrendamiento”, lo condenaría a su inexistencia, se analizará el negocio jurídico denominado “arrendamiento con pago en especie” a partir de sus elementos esenciales, de forma tal que estos permitan, de encontrar un semejante, adecuarlo en algún tipo normativamente regulado o concluir definitivamente que este hace parte del universo atípico de los contratos, en este último caso, se examinarán algunos de los efectos generales de la celebración de estos en el ámbito contractual público, más aún cuando los mismos, para su celebración, se encuentran justificados normativamente por las disposiciones que regulan el tipo contractual del “arrendamiento”; asimismo, se analizará la competencia de las entidades estatales para celebrar esta clase de contratos a partir de la normativa vigente, doctrina y jurisprudencia más relevante.

Primera parte

Teoría general del contrato: Nociones generales

De acuerdo con la doctrina contractual privada, resulta importante en el desarrollo de la noción de “contrato”, como institución privatista en Colombia, analizar las nociones de autonomía

privada, acto y negocio jurídico, toda vez que son figuras que se encuentran estrictamente ligadas entre sí.

Autonomía de la voluntad privada

La realidad social sufre día a día una constante transformación debido a las innumerables necesidades que se causan al interior de todo grupo social, en particular, las derivadas del aspecto económico, las cuales además de causar un gran impacto, varían incesantemente debido a innumerables factores que hacen imposible estructurar un sistema jurídico positivo el cual sea capaz de prever y gobernar cada una de las interacciones sociales que se originan en la vida misma de los individuos (Ospina & Ospina, 2015).

Por lo anterior, y dadas las incalculables realidades sociales, el ordenamiento jurídico considera necesario reconocer la eficacia de la iniciativa privada; entendida esta como la capacidad de los individuos de satisfacer sus necesidades económicas y sociales, a partir de las relaciones sociales por ellos edificadas, en otras palabras, dicha capacidad obedece al poder de cada individuo de disponer de sus propios intereses, recibiendo un reconocimiento social siempre y cuando no transgreda éste el universo de otro individuo. (Ospina & Ospina, 2015).

El postulado de la autonomía privada, alude, según Scognamiglio (1983), “...al poder de los particulares para darse de por sí reglas en el campo de las relaciones económico – sociales (distinguiéndose así esta autonomía de la libertad interna y moral del sujeto...” (pp.15-16). En otras palabras, es el reconocimiento otorgado por el ordenamiento jurídico a la órbita personal del individuo, con la cual este dispone de sus intereses y derechos, permitiéndole crear así derechos y obligaciones que propendan por su supervivencia, encontrando como única limitante el orden

público, los derechos de las demás personas y su interpretación a la luz de los principios y valores constitucionales, de tal forma que a futuro esa libertad sea objeto de la tutela por parte del Estado cuando sea perturbada injustamente (Corte Constitucional, 2008).

De la misma manera Ospina & Ospina (2015), frente a la autonomía de la voluntad privada, se ha evidenciado en esta, la facultad del individuo de autorregular o autodirigir sus intereses con miras a satisfacer sus necesidades, la cual es objeto de reconocimiento por parte del legislador y tutelada por éste en el ordenamiento jurídico.

...precisamente en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. Con otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales... (p.6).

Así las cosas, la Corte Constitucional en varios fallos ha expresado, respecto a la “Delegación” antes aludida, que esta se ejerce a través del “otorgamiento de actos o negocios jurídicos”, cuyo contenido, alcance y demás disposiciones pertinentes de acuerdo a la naturaleza de los mismos, son determinados libremente por los individuos⁶.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico colombiano pareciere traer inmerso el principio de la autonomía privada cuando en el texto del artículo 333 de la Constitución Política, expresa que “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley...”, disposición que para Garcés (2015), permite “...avizorar la autonomía privada, la cual hace

⁶ La Corte Constitucional (2000) respecto a la autonomía de la voluntad privada ha señalado que “...Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad...”.

referencia a la posibilidad que tienen los sujetos motu proprio de disciplinar normativamente sus intereses sin que ello comporte la facultad de obrar contra el bienestar general...” (pp.38-39).

Asimismo, el postulado antes citado tiene un reconocimiento expreso en los diferentes ordenamientos jurídicos de derecho privado, cuando se define el término de “contrato”, verbigracia, el artículo 1602 del Código Civil Colombiano dispone que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por un consentimiento mutuo o por causas legales”, disposición que claramente reconoce el poder auto regulatorio de los particulares; lo mismo sucede en la legislación chilena en su artículo 1545 y en la peruana en el artículo 1354, este último expresa que “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.”, lo anterior, significa que la conceptualización doctrinaria, referida al concepto de autonomía privada, con el tiempo se ha traducido en normas positivas.

Igualmente, y en lo que respecta a la legislación comercial, el autor Paucar (2012), ha evidenciado una paridad de trato frente a la autonomía de la voluntad, tanto en la legislación comercial como en la civil.

Nuestro Código se limitó a efectuar una alusión a la libertad de forma (Art. 824) y estableció en el artículo 822 una remisión directa al código Civil sobre los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones del derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse (...). Por tanto, en materia de autonomía de la voluntad, tenemos el mismo principio del Código Civil (p.13).

En este orden de ideas, el ordenamiento jurídico frente a la abrumadora transformación de las necesidades de los individuos, y ante la imposibilidad de regular todas y cada una de las interacciones sociales, otorga reconocimiento a aquellos actos o manifestaciones de voluntad de

los particulares por medio de los cuales disciplinan por sí mismos sus propias relaciones, lo anterior, por medio de un proceso en el cual se recogen los elementos más intrínsecos o esenciales de esa auto-disposición de intereses y se agrupan en categorías jurídicas, de tal forma que sean objeto de tutela, propendiendo por la satisfacción de sus necesidades, traduciéndose en una colaboración en la consecución efectiva de los fines colectivos, aclarando que, en ningún caso, se permitirá trasgresión alguna al ordenamiento jurídico; es así que el principio de la autonomía de la voluntad privada encuentra en el acto o negocio jurídico, la más clara expresión de esa libertad condicionada al imperio de la ley de los particulares.

Acto o negocio jurídico

La noción y distinción entre el negocio jurídico y el acto jurídico ha sido objeto de análisis extenso por la doctrina extranjera, como también de discusiones bizantinas en torno a su distinción, lo que para Meza (2003) es producto más del orgullo nacional, que por verdaderos efectos prácticos que los diferencien. En esta línea, es preciso señalar que el acto jurídico data de la escuela de la exégesis francesa (*acte juridique*), toda vez que fueron sus códigos (el de Napoleón y los expedidos bajo su influencia), que dispusieron el contrato como convención y reglamentaron, más no definieron el acto o declaración de voluntad, a diferencia de lo acontecido en la doctrina alemana, que con la teoría del negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*), cuyo origen está dado en la escuela del conceptualismo, la cual consagró en la “parte general” del código alemán de 1896, tres secciones relativas a las “personas”, “las cosas”, y en particular, la de los “negocios jurídicos”, subdividiendo esta última en declaraciones de voluntad y contratos (Vinazco (s.f.)).

Ahora bien, en cuanto al origen y desarrollo de las teorías en mención, es de advertir que si bien con la presente investigación no se busca exponer detalladamente los complejos itinerarios

que la doctrina ha recorrido frente a estos, se considera importante, y de forma general, resaltar algunos aspectos; en particular, frente a la teoría del negocio jurídico, es de anotar que su origen se remonta a la pandectista alemana, en la primera mitad del siglo XIX, elaborada dentro de la teoría del hecho jurídico, según la cual, y a partir de la afirmación de Savigny, es aquella declaración de voluntad que se orienta directamente a la constitución o disolución de una relación jurídica (Ferri, 2002). Definición considerada como el mayor aporte y el más decisivo para consolidar la teoría general del negocio jurídico (De Los Mozos, 1987).

De igual modo, en lo referente al origen de la teoría del acto jurídico, este se puede encontrar en la escuela de la exegesis francesa, reflejado en las diferentes codificaciones civiles del siglo XVIII y XIX, como el de Napoleón y los expedidos bajo su influencia, en los cuales se reglamentó el acto jurídico, más no se definió el mismo, contrario al desarrollo teórico alemán, el cual prestó mayor atención a su aspecto conceptual.

Con todo, es oportuno señalar que tanto franceses, como alemanes, han llamado al mismo fenómeno de distinta forma, justificando cada una de ellas de forma diversa, sin embargo, la doctrina francesa ha hecho evidente su resistencia en recibir el concepto de negocio jurídico, siendo por ende fiel a su tradicional término de “acto jurídico”, lo que para autores como De Castro y Bravo (1995), se convierte en una dificultad léxica que trae como consecuencia la imposibilidad de utilizar la frase “affaire juridique” para traducir la alemana de negocio jurídico.

No obstante, lo anterior, ambos conceptos han sido utilizados como sinónimos, dejando como único margen distintivo la disposición de intereses, el cual se encuentra inmerso en el negocio jurídico, más no siempre se encontrará en el acto jurídico, de ahí que todos los negocios jurídicos

son actos jurídicos, pero no todos los actos jurídicos se pueden clasificar como negocios jurídicos (Bohórquez, 2004).

En este sentido Méndez (2007) señala que, el acto jurídico como genero abarca las distintas ramas del derecho, en contraste con el negocio jurídico como especie de este primero, el cual es propio del derecho privado, en tanto en él se encuentran todos aquellos actos auto-dispositivos de intereses con miras a la producción de efectos jurídicos.

...acto jurídico es el género y el negocio jurídico es la especie. En efecto, el acto es común a distintas ramas del derecho, mientras que el negocio jurídico es propio del derecho privado. Tienen de común que ambos son actos humanos que producen efectos jurídicos, pero se diferencian, en cuanto a que en el primero (acto) no hay, por regla general, disposición de intereses propios; mientras que en el segundo (negocio) siempre lo hay... (P. 39, 40).

En similar línea, autores como el Hinestrosa (2015), Ospina & Ospina (2015) y, Méndez (2007), coinciden en definir el acto o negocio como la manifestación de la voluntad tendiente a producir un efecto jurídico, ya sea de crear, modificar o extinguir un derecho, pese al aspecto diferenciador donde el acto jurídico se toma como un mero supuesto de hecho al que la ley le otorga determinados efectos jurídicos, donde puede o no estar presente la voluntad o querer del individuo en la producción de los mismos, a diferencia del negocio jurídico, en el cual, la disposición de intereses inmersa en este, es tomada por el ordenamiento jurídico y encuadrada cuidadosamente en la categoría que mejor se ajuste al interés buscado por las partes, de forma tal que este pueda brindarle tutela efectiva, lo cual podría llevar a reafirmar lo que anteriormente se ha expresado, en donde es la disposición de intereses el aspecto diferenciador de estas dos instituciones (Hinestrosa, 2015).

Por lo anterior, la concepción del negocio jurídico se acentúa como un acto de autonomía privada que dirige el norte negocial de sus autores; afirmación que es compartida por autores como Betti (2000), quien ha expresado en lo referente a la esencia del negocio que, esta se encuentra inmersa en la autonomía de la voluntad.

Reside en la autonomía, en la autorregulación de intereses en las relaciones privadas; autorregulación que el individuo no debe limitarse a <<querer>>, a desear, sino más bien a disponer, o sea, actuar objetivamente. Con el negocio el individuo no viene a declarar que quiere algo, sino que expresa directamente el objeto de su querer, y éste es una regulación vinculante de sus intereses en las relaciones con otros (p.59).

Por su parte, Picasso y Gullon (1995), guardando similar criterio al respecto, hacen evidente la voluntad como elemento esencial en el negocio jurídico, aclarando que, esta deberá ser siempre la declarada.

La esencia o pilar básico de todo negocio jurídico es la voluntad. Pero no una voluntad encerrada en el interior del sujeto, sino una voluntad que se manifiesta o actúa. En otras palabras, el núcleo central del negocio jurídico está constituido por una declaración de voluntad, o por un comportamiento que es valorado como tal (pp.327-329).

Por último, y en lo concerniente a la diferenciación de estas dos nociones, es claro encontrar posiciones doctrinales mayoritarias donde se deja a la autonomía privada como criterio distintivo entre estas dos instituciones, estando por ende ausente en el acto jurídico y siendo elemento esencial en el negocio jurídico. No obstante, en las legislaciones latinoamericanas, en particular en la codificación colombiana, autores como Betancourt (1996) expresan la no existencia de tal diferenciación, pues estos términos se usan indistintamente. Asimismo, autores como Guillermo y Eduardo Ospina (2015), en su obra hacen referencia, y sin distinción alguna, al acto o negocio

jurídico como manifestaciones de voluntad directa y reflexivamente encaminadas a producir efectos jurídicos.

Contrato

Del análisis antes realizado, es preciso señalar que el principio de la autonomía privada hace referencia a la potestad que tiene el ser humano para autorregularse y ser soberano en sus decisiones en general, definición compartida por Salvatores (1993), cuando expresa que la misma “...implica el poder de gobernarse a uno mismo...”; sin embargo, estos actos de disposición de intereses requieren de reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico, el cual nace posterior a la validación de la eficacia de los actos o manifestaciones de voluntad desplegados por los particulares, los cuales, comúnmente, propenden por la satisfacción de muchas de las necesidades que el Estado no puede abarcar eficazmente, poniendo de presente que el derecho es aquel muro de contención ante arbitrariedades nacidas de la disposición de intereses.

De esta forma, el concepto de “contrato” tiene como fuente indiscutible el principio de la autonomía privada, el cual supone un determinado ordenamiento jurídico, que, en mayor o menor medida, acepte “...la existencia del particular y de lo privado y, por lo mismo, se reconozca el poder de apropiación y de disposición individual de bienes y servicios, en otras palabras, la autonomía negocial, que implica propiedad e iniciativas privadas...” (Hinestrosa, 2015, p.226).

El reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico al querer de los individuos, es decir, a la facultad de autodirigir sus intereses en procura de su subsistencia, ejerce una gran influencia en el nacimiento del contrato, como bien se puede ver reflejado en las diferentes codificaciones, en donde el contrato se sustenta en aquellas voluntades privadas que coinciden, emanadas de valores pertenecientes a la autonomía privada, como el de la libertad; verbigracia, el artículo 864 del código

de comercio colombiano señala que “...El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...”; y en el mismo sentido el código civil colombiano en su artículo 1495 expresa que el “...Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa...”.

Ahora bien, doctrinariamente, a nivel nacional y extranjero, aparentemente se comparte una concepción similar de la idea del contrato, la cual se basa en un concepto voluntarista encaminado a crear, modificar o extinguir una relación jurídica, y se considera como el instrumento por excelencia para atender las necesidades del tráfico jurídico (Gounot, 1912, p.13); concepción que ha sido objeto de innumerables estudios por parte de un sinnúmero de autores, que a lo largo del tiempo han desarrollado tal significación.

Por su parte Pothier (1969), ha expresado sobre la noción de contrato que este es una especie de convenio, en ese sentido, lo ha entendido como “... el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas algún compromiso, o para resolver uno existente, o para modificarlo...” (p. 5), y es a partir de esta definición que la “...especie de convenio que tiene por objeto formar algún compromiso, es lo que se llama contrato...” (Pothier, 1969, p.5), lo cual permite inferir que para él, el convenio es el género en virtud del cual se crean, modifican o extinguen obligaciones y el contrato como especie sólo crea obligaciones.

Al respecto, y sobre el caso colombiano, el artículo 1495 del código civil expresa que “...contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa...”; es de resaltar que la norma citada entiende los términos contrato y convención como sinónimos, empero, autores como Méndez (2007) expresan que, en sentido estricto, no tienen igual significación. La postura antes mencionada ha sido ya ratificada por la

Corte Suprema de Justicia, para la cual el contrato es fuente creadora de obligaciones, en contraste con la convención, la cual y de forma adicional extingue y modifica las ya creadas.

...distinguese el contrato de la convención en que el acuerdo de voluntades que lo forma se encamina exclusivamente a generar obligaciones, en tanto que la convención puede ir en pos no solo de ese objetivo, sino también de modificar o extinguir obligaciones ya creadas. Por eso se dice con propiedad que la convención es género y el contrato especie... (Corte Suprema de Justicia, 1972)

En el mismo sentido, Lasarte (2008), señala que la “...idea del contrato responde al acuerdo o pacto que, mediante la prestación del correspondiente consentimiento, vincula o liga a dos (o, en su caso, más) personas respecto de una determinada conducta de carácter patrimonial...” (p.2), en otras palabras, lo ve como un mecanismo de generación de obligaciones y derechos respecto de las partes que intervienen y comprometen su consentimiento para ello.

Pérez (1953) señala que, de las categorías más importantes de los actos jurídicos como fuente de obligaciones, es la referente a los contratos, entendidos estos a partir de la concepción de acto jurídico, el cual define como aquel que

...proviene esencialmente de una manifestación de voluntad encaminada a producir un efecto de derecho. Ella puede ser recíproca, es decir emanar de las diversas partes que intervienen en la formación del acto jurídico, o ser simplemente unilateral, es decir, que la obligación surge exclusivamente de la declaración de voluntad de una persona que se obliga... (p.21).

Méndez (2007), después de realizar un análisis del concepto de contrato a partir de la doctrina, ley y jurisprudencia (v.gr. Corte Suprema de Justicia, 1972), concluye en que existe paridad conceptual entre contrato y convención, entendiéndolos como sinónimos que se orientan a un mismo fin.

...lo que el legislador ha mencionado es que cuando la conducta humana está encaminada a producir efectos jurídicos – “dar, hacer o no hacer”-, vale decir, crear, modificar, transmitir o extinguir un derecho, se denomina contrato o convención, esto es, son sinónimos y por tanto expresan la misma idea... (p.50).

Por último, Trigo Represas & Stiglitz (1989) en su obra “Contratos”, señalan, respecto del significado del acuerdo contractual, que este proviene de la real voluntad de las partes que coinciden en crear o modificar obligaciones.

...en la tradición del derecho civil romanista, fundado el contrato como se encuentra en la voluntad coincidente de dos o más personas interesadas en crear o modificar obligaciones, el significado del contrato es el significado que le atribuyen las voluntades de las partes contratantes... (p.32).

En resumen, y de acuerdo con las reflexiones de los autores antes citados, es viable inferir que el contrato es entendido a partir de dos presupuestos: el primero, relativo a la coincidencia de voluntades (elemento subjetivo), con una significación unívoca y universal, para todos los individuos, de consistir en un acto dispositivo de intereses personales y; el segundo, encaminado a que dichas voluntades produzcan efectos jurídicos (elemento objetivo) al interior del ordenamiento jurídico, ya sea creando o extinguiendo una o varias obligaciones. Aunado a ello, es menester señalar que la disposición de intereses que se ve inmersa en el contrato es por regla general de carácter patrimonial, sin perjuicio de la existencia de contratos cuyo contenido no sea estrictamente patrimonial, verbigracia, el matrimonio.

Por lo dicho, es claro que el contrato es visto como una fuente de obligaciones, pues es a partir de la coincidencia de voluntades, con las cuales se originan obligaciones de dar, hacer y no

hacer, las mismas cuya génesis se encuentra en la libertad que le pertenece a todo individuo para disponer de sus intereses, convirtiéndose en la expresión del principio de la autonomía privada.

Elementos esenciales, accidentales y naturales

Ahora bien, la noción de contrato y su disciplina corresponde a una categorización de las figuras de actos de autonomía privada, de la que aquel es paradigma (Gardeazabal, 2010). Es así, como en palabras de Hinestrosa (2015), el contrato ha sido considerado y tratado como la especie más relevante del negocio jurídico.

...una especie, la más relevante, de una abstracción mayor: el negocio jurídico, el acto jurídico, convención, contrato, en el derecho francés, con el resultado de una teoría general unitaria, que en el derecho alemán, dada su formación pandectística, se amplió a aquella institución central... (p.277).

Postura compartida por autores como Scognamiglio (1983), para quien la doctrina moderna ha fijado un criterio separador según el cual la figura del negocio jurídico envuelve todos los actos derivados de la autonomía privada y que resultan relevantes para el derecho, y en este contexto, el contrato viene a ser una especie del genero negocio. De igual modo Garcés (2015) define el contrato como “...un negocio jurídico dispositivo de intereses patrimoniales...” (p.59), siendo la disposición de intereses, el elemento esencial en el negocio jurídico.

Por lo dicho, es viable afirmar en lo referente a los atributos del negocio jurídico que, innegablemente, estos le pertenecen al contrato como especie de aquel, de ahí que se pueda evidenciar claramente una duplicidad de tratamiento en numerosas cuestiones del régimen jurídico propio de la institución contractual las cuales han sido consideradas al estudiar el entorno conceptual del negocio jurídico (Lasarte, 2008).

Como resultado de lo anterior, y con el propósito de determinar si la “especie” hace parte o integra el grupo de elementos esenciales del tipo contractual del “arrendamiento”, o si por el contrario, su presencia lo condena a su inexistencia, dejando el negocio jurídico cuya apariencia se asemeja a éste último, produciendo efectos jurídicos que bien podrían adecuarse en alguna de las categorías contractuales típicamente reguladas en el ordenamiento, o sencillamente ser parte de los contratos atípicos; así las cosas, es necesario realizar un análisis estructural de los elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato en general, distintos a las condiciones generales y esenciales requeridas para su eficacia, como lo son: el consentimiento, el objeto y la causa lícitos, además del cumplimiento de las solemnidades o formalidades que la ley exige en algunos casos, derivados de la teoría, según la cual, la ineficacia de los actos jurídicos encuentra en la inexistencia una causal distinta a la nulidad, concibiendo al acto o negocio jurídico como un ser vivo que nace o no nace, o si lo hace, nace sano o enfermo, de ahí que el acto el cual no nace, es inexistente, y el que nace enfermo, es nulo (Neira, 2015).

Por consiguiente, a efectos de analizar los elementos del contrato, resulta oportuno realizar una breve reseña histórica del desarrollo doctrinal que estos han tenido a partir de las diferentes discusiones suscitadas en esta esfera, en particular, lo que concierne a la teoría de la ineficacia de los actos jurídicos, que data de la edad media, y en virtud de la cual se moldearon posturas rígidas, v.gr. aquella que sostiene la nulidad como única causa de la ineficacia de los actos o negocios jurídicos, excluyendo de plano la inexistencia como otra causal de ineficacia del acto jurídico; no obstante ello, se evidencia ya desde el siglo XVI una línea doctrinal con la cual se toma la “inexistencia” del acto jurídico como causal de ineficacia, bajo la premisa de que en todo acto jurídico se deben distinguir claramente los elementos denominados esenciales (*essentialia negotii*),

respecto de los no esenciales, toda vez que ante la ausencia de los primeros, no existe el acto como tal, a diferencia de los no esenciales, cuya ausencia no ataca la existencia del acto, sino la validez o los efectos que pretende producir.

En otras palabras, ante la ausencia de un elemento esencial, no es posible que el acto pretendido se forme, y por tanto es inexistente, diferente a los efectos que se derivan de la ausencia de aquellos elementos no esenciales, los cuales se traducen en defectos del acto que lo condenan a su posterior fenecimiento (Ospina & Ospina, 2015).

Cabe señalar que la línea doctrinal de la inexistencia, como causal de ineficacia, tuvo a lo largo de los últimos siglos grandes contradictores, sin embargo, juristas como Robert Joseph Pothier quien ejerció una influencia directa y considerable en la redacción del Código Civil Francés, se inclinaron en favor de esta teoría, logrando una distinción entre los conceptos de inexistencia y nulidad como causales de ineficacia de los actos jurídicos, recibiendo negativas como la reflejada en la redacción del código francés, cuando se resuelve no tener en cuenta tal inclinación, limitándose a plasmar dentro del texto normativo de tal codificación, un aparte denominado “*de la acción de nulidad o de rescisión de las convenciones*”⁷ (Ospina & Ospina, 2015).

Ahora bien, autores como Ospina & Ospina (2015), advierten de la existencia de algunos tratadistas que sitúan al jurisconsulto alemán Zachariae como precursor de la teoría antes mencionada (Albarrán, (s.f.)), quien figura coincidentemente con la expedición del código civil Francés (1804), al examinar los requisitos del contrato matrimonial, expresó ante la ausencia de elementos esenciales, como la diferencia de sexos entre los intervinientes en el acto jurídico, la

⁷ Al respecto véase el Código Civil Francés, artículos 1304 y s.s.

imposibilidad de que el acto surja a la vida jurídica, por tanto es inexistente, aclarando que ante la ausencia de otros requisitos no esenciales, sólo sujeta al contrato a que sea nulo o anulable. Teoría que en palabras del mismo autor fue rechazada por las legislaciones modernas, como la francesa, sin tener en cuenta que dichos presupuestos no eran al parecer una novedad, puesto que ya Pothier (1969) se había pronunciado al respecto, cuando en su obra “Tratado de las obligaciones” hace mención a tres cosas que deben distinguirse en todo contrato, las que son de la esencia del contrato, de la naturaleza de éste y las puramente accidentales.

...Cujas no distingue en los contratos más que las cosas que son de la esencia del mismo, y las que le son accidentales. La distinción que han hecho varios juristas del siglo XVI es mucho más exacta, pues distinguen tres cosas diferentes en todo contrato, las que son de la esencia del contrato, las que son únicamente de la naturaleza del contrato, y las que son puramente accidentales al contrato... (p.8).

Pese a lo anterior, autores como Santofimio (1998), además de compartir la postura según la cual, el jurista alemán Zachariae fue quien introdujo la teoría de la inexistencia en el derecho civil, expresan que la misma, posteriormente, fue aceptada por las estipulaciones generales del derecho, con el fin de explicar una situación “fáctica del derecho privado, en la que en razón al dogma *pas de nullité sans texte* – no hay nulidad sin norma que la establezca- se imposibilitaba resolver mediante nulidad una situación fáctica” (p.323).

Se debe agregar que, frente a las discusiones doctrinales suscitadas en torno a la teoría según la cual la inexistencia surge como una causal de ineficacia de los actos o negocios jurídicos, distinta a la nulidad, autores como Neira (2015), en lo que se refiere al panorama chileno, hacen alusión a la existencia de partidarios que sostienen que el código concibe la nulidad como sanción a la

omisión de un requisito establecido “para el valor” del acto o negocio jurídico⁸, es decir, para su validez, sin referirse a la existencia del acto, lo cual trae como consecuencia jurídica, ante la falta de un requisito de existencia del acto o negocio jurídico, la inexistencia. La autora complementa lo expresado, sosteniendo que los partidarios de la posición antes aludida, partiendo de la premisa en donde el acto inexistente al no producir efecto alguno, justifica el hecho de que el código ni siquiera haya previsto la inexistencia como modo de extinguir las obligaciones, a diferencia de la nulidad, en otras palabras, sus partidarios sostienen que el código no reguló la inexistencia por lo que no existe, así las cosas mal podría ser regulada normativamente, lo que a modo de ejemplo se ve reflejado en el artículo 1683 del Código Civil Chileno cuando se habla del plazo de saneamiento, el cual no aplica en la institución de la inexistencia, pues la nada no puede sanearse.

Asimismo, Neira (2015) hace referencia a los partidarios que niegan la inexistencia por no estar regulada en el Código Civil Chileno, para los cuales solo existe la nulidad por estar allí regulada, dejando frente a la discusión de fondo, entre otros aspectos, el referente a la declaración *ipso iure* de la inexistencia, la cual para ellos resulta poco práctica, toda vez que, en caso de duda consideran siempre necesaria la declaración judicial. Igualmente, para Neira (2015), las discusiones doctrinales en torno a tal distinción se han visto reflejadas en la jurisprudencia, la cual no guarda un criterio unificado al respecto, y hace referencia a fallos donde se evidencian pronunciamientos donde se admite la inexistencia o la ve como sinónimo de nulidad y otros fallos donde se ha descartado tajantemente la inexistencia, en la legislación chilena.

Por otra parte, frente a la legislación Ecuatoriana autores como Coronel (2010) y Del Bruto (2011) han expresado que los actos jurídicos inexistentes brillan por su ausencia regulatoria tanto

⁸ Artículo 1681.

en el Código Civil de Ecuador, como también en las normas de derecho privado ecuatoriano, lo cual, según los autores, ha generado criterios divididos en la doctrina respecto del reconocimiento de la inexistencia jurídica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. No obstante, ellos hacen alusión a dos posturas doctrinales, por una parte, la que se orienta a reconocer la institución de la inexistencia, y sostienen que aunque no exista una regulación sistematizada en el código civil de los actos inexistentes, son varias las disposiciones del mismo código que permiten concluir en su reconocimiento, para lo cual y a título de ejemplo, hacen alusión al texto normativo del artículo 1476 del Código Civil Ecuatoriano, el cual establece que el contrato es “solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil”, haciendo énfasis en la expresión “no surte ningún efecto civil”, esencia de la institución de la inexistencia, según la cual, de no concurrir alguno de los elementos esenciales del acto o negocio jurídico, éste se torna como inexistente.

Aunado a lo anterior, en lo referente a las normas que bien reconocen, aunque no de manera expresa, a la institución de la inexistencia, se encuentra el artículo 1740, el cual expresa en relación a la falta de escritura pública en la venta de bienes raíces que las compraventas “no se reputaran perfectas ante la ley”; de igual manera, el artículo 1748, señala que ante la ausencia de precio “no habrá venta”, normas que, en criterio de los autores antes citados, reconocen la institución de la inexistencia.

Por otro lado, Coronel (2010) y Del Bruto (2011), en lo referente a la segunda posición, en la cual no se reconoce la inexistencia, expresan que el Código Civil Ecuatoriano en ningún lugar reconoce, o hace alusión, a que un acto pueda ser tenido por inexistente, por tal razón, según esta

postura, los actos que no cumplen con sus elementos esenciales se encuadran en el régimen de la nulidad absoluta (Besa, 2011).

Es de resaltar que los autores César Coronel (2010) y Oscar del Brutto (2011) expresan que, jurisprudencialmente, en Ecuador, al igual que en el caso de Chile, no existe una posición uniforme al respecto, puesto que en algunos fallos⁹, la Corte Nacional de Justicia ha declarado absolutamente nulos a los actos por falta de alguno de los requisitos esenciales, en contraste con fallos en donde la misma Corporación ha señalado que los actos los cuales carecen de los requisitos esenciales deben ser tenidos como inexistentes y por tanto no es necesaria la declaratoria de ineficacia. Empero, consideran que, si el acto es inexistente, es natural que no tenga una regulación legal, ya que, en su criterio, no sería sensato regular lo que no existe¹⁰.

⁹ En relación con aquellos fallos que expresan que, la inexistencia **no tiene cabida en la legislación ecuatoriana**, resulta menester y a título ilustrativo citar la Resolución N° 509-99 -R.O. 334 de 8 de diciembre 1999-, Ordinario No. 38-98 por nulidad de contrato propuesto por Mentor Chico Villacres e Hilda Lascano contra Alba Chamba, en virtud del cual, la Corte Suprema de Justicia – Primera Sala de lo Civil y Mercantil de Ecuador se pronuncia en los siguientes términos:

“...**QUINTO:** (...) *Sobre la falta de las condiciones esenciales de todo acto jurídico (entre las cuales se hallan precisamente las formalidades o solemnidades prescritas por la ley para la validez del acto en atención a su naturaleza y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan), hay autores que estiman inclusive que ello produce la inexistencia del acto jurídico; así, los tratadistas colombianos G. Ospina Fernández y E. Ospina Acosta, al respecto dicen: “si por definición dicha clase de actos consiste en la manifestación de voluntad de una o más personas encaminadas directa y reflexivamente a la creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas, resulta obvio que, faltando aquella voluntad o el objeto jurídico a que apunta, podrá existir cualquier cosa o hecho, pero no un acto jurídico. Y la propia conclusión se impone de modo evidente cuando el acto es solemne y se pretermite la forma prescrita por la ley ad substantiam actus, porque, sin esta, la voluntad se tiene por no manifestada, o sea, que se reputa que falta este elemento esencial para que un acto o hecho pueda ingresar en la categoría de acto jurídico” (Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios Jurídicos, cuarta edición actualizada, editorial Temis S.A., Bogotá, 1994), sin embargo la mayoría considera que la tesis de la inexistencia “es hasta cierto punto aceptable en doctrina, en nuestro Código Civil la inexistencia no tiene cabida” (Arturo Alessandri Besa, La Nulidad y la Rescisión en el derecho civil, Imprenta Universidad, Santiago, 1990, p. 7), y más bien, la omisión del requisito o formalidad prescrito por la ley para el valor del acto o contrato en consideración a su naturaleza produce efecto de nulidad absoluta al tenor de lo que dispone el inciso primero del artículo 1725. Ciertamente que si el efecto sería la inexistencia, de admitirse esta tesis, en caso de falta de solemnidad sustancial, el juez aplicando el artículo 1745 del Código Civil ni siquiera habría debido tomar en cuenta la promesa que no consta por escritura pública sino que en su resolución habría debido prescindir por completo de ella ya que se debía tenerla por no ejecutada o celebrada, y que no surtía efecto alguno lo que previene la primera parte del artículo 1597 ibidem y por lo tanto, tampoco habría debido admitir la reconvencción que se funda en esa promesa inexistente, lo cual habría implicado una situación aún más gravosa para el recurrente; pero el juez a quo y el tribunal ad quem que ratificaron, en todas sus partes el fallo de primer nivel, admitieron la tesis de que en nuestro derecho la omisión de la solemnidad de escritura pública en la promesa de venta de inmuebles produce nulidad absoluta y en concordancia con ello aplicaron correctamente el artículo 1725 y 1726 del Código Civil y resulta a todas luces infundada la alegación de que debió aplicarse en la especie la norma del artículo 1727 sobre la nulidad relativa...” (Negrilla fuera de texto). Fallo tomado de: (Consejo Nacional De La Judicatura - Jurisprudencia De La Corte Suprema De Justicia Del Ecuador - (Fallos De Triple Reiteracion) - TOMO III - Agosto de 2005, la presente obra se elaboró en la Imprenta de la Función Judicial en agosto de 2005, en un tiraje de 2.500 ejemplares y bajo la dirección del Dr. Santiago Aráuz Ríos, Director E. de la Gaceta Judicial)*

¹⁰ Ahora, respecto de aquellos pronunciamientos, en virtud de los cuales, la Corte Nacional de Justicia – Sala de lo Civil, Mercantil y Familia - Quito, 1 de junio de 2009-, considera que, **ante la inexistencia de un contrato, no existe razón alguna para declarar la nulidad**, resulta más que necesario y a título ilustrativo citar la Resolución No. 236-2009 –Juicio No. 145-07 ex 1era sala mas- Actor: Ricardo Cabrera – Demandado: Bella Solorzano – Juez Nacional Ponente: Dr. Manu Sánchez Zucaraty – en virtud de la cual, la corte se pronuncia en los siguientes términos:

“**CUARTO:** (...) Del análisis del proceso y de la sentencia impugnada, en relación a lo expresado por el recurrente, la Sala estima que el Art. 280 del Código de Procedimiento Civil confiere al Juez la posibilidad de suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho.- En el caso, la parte actora ha planteado una demanda con la pretensión de que se declare la nulidad de un contrato verbal de compraventa de inmueble, esta aspiración contraria el ordenamiento jurídico de la República, en efecto, el Art. 1718 del Código Civil ordena que “la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contrato en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto”.- El citado artículo 1718 del Código Civil establece la presunción “iuris et de iure” de pleno y absoluto derecho, de que “la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contrato en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados”.- Es necesario insistir que, en razón de que esta presunción no admite prueba en contrario no puede ser objeto de litis, solamente las presunciones iuris tantum, pueden ser objeto de litis porque admiten prueba en contrario.- El derecho a la seguridad jurídica reconocido en el Art. 82 de la Constitución de la República se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, de tal manera que, pese a que la parte actora demande una pretensión, es obligación del

Más aún, autores como Hinestrosa (1999), frente a la institución de la inexistencia en el caso Colombiano, ha expresado que la misma comenzó a ser aceptada por la doctrina, luego jurisprudencialmente¹¹, y por último, obtuvo reconocimiento legislativo.

Negada por mucho tiempo como figura iuris autónoma y asimilada en su tratamiento y efectos a la nulidad (nulidad absoluta), comenzó a ser aceptada por la doctrina –más en términos teóricos que prácticos- y luego fue admitida jurisprudencialmente, para, por último, obtener su acogimiento legislativo en el artículo 898 2 del código de comercio (1971): “será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”.

En ese sentido, en el caso de Colombia, jurisprudencialmente, la Corte Suprema de Justicia, ha reconocido la inexistencia como causal de ineficacia diferente a la nulidad.

6. Con relación al tema de la pretensión principal, esto es, el de la “inexistencia de la venta” ahí reseñada, se precisa que tal fenómeno jurídico se estructura, de conformidad con el inciso 2º del artículo 898 del Código de Comercio, “(...) cuando se haya celebrado [el negocio jurídico] sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte algunos de sus elementos esenciales”.

(...)

También cabe señalar, que los motivos de la “inexistencia jurídica del acto o contrato comercial”, son disímiles de los concernientes a la “nulidad de las escrituras públicas” consagrados en el precepto 99 del Decreto 960 de 1970,

(...)

Sirve lo anterior para precisar adicionalmente, como lo ha elucidado la jurisprudencia de esta Corporación, “(...), que cuando se trata de atacar el negocio jurídico en una escritura

juzgador percatarse que tal aspiración no se contraría a la Constitución y Leyes de la República; y, el principio de tutela judicial efectiva de los derechos, reconocida en el Art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, dispone que la Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva en base a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso.- Por lo expuesto, no es posible aceptar que se inobserve la presunción establecida en el Art. 1718 del Código Civil, porque las partes reconocen la existencia del contrato verbal de compraventa de inmueble, porque esta presunción no admite prueba en contrario. De ahí que la afirmación del Tribunal ad quem de que “... en autos no existe el mencionado contrato de compraventa en escritura pública; por lo tanto, no existiendo el contrato, tampoco existe ninguna nulidad que declarar”, es correcta.- (...)”.

¹¹ En casación de 21 de mayo de 1968 dijo la Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial, T. CXXIV, p.168: <<la propia negativa del ser o inexistencia, [es un] fenómeno que no cuenta en nuestra legislación con una caracterización normativa, pero que es de indispensable contemplación desde un punto de vista lógico y pragmático, frente a reales ocurrencias vitales que se desenvuelven con entera individualidad>>.

pública, ello puede encontrar causa en el propio acuerdo de voluntades o, lo que es distinto, en la forma como las declaraciones de los contratantes quedaron consignadas en el instrumento notarial, respondiendo en consecuencia, los primeros defectos a aspectos esencialmente sustanciales y los segundos a cuestiones meramente formales” (sentencia de 17 de julio de 2000, exp.5506) y, que para el caso, es claro que el sustento de la impugnación del convenio por la actora, como quedó evidenciado, está fundada en un aspecto sustancial. (Corte Suprema de Justicia en sentencia, 2013).

De lo anterior, se resalta que, al momento de poner en cuestión al negocio jurídico, dispuesto en una escritura pública, ello puede encontrar causa en defectos a aspectos esencialmente sustanciales y a cuestiones meramente formales, continúa la Corporación anotando que un “contrato”, jurídicamente era “inexistente”, al faltar el “consentimiento”, puesto que la ausencia de tal elemento, esto es, el “consentimiento”, al menos en el área mercantil.

11. La comentada situación, o sea, la “falsedad de la firma del representante legal de la sociedad demandante en la escritura pública donde se había hecho constar la compraventa impugnada”, ubica la problemática en el ámbito de la falta de uno de los “elementos esenciales” que comprometía su “existencia jurídica”, esto es, el “consentimiento”, consagrado en el canon 1502 del Código Civil, según el cual “[p]ara que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1º) que sea legalmente capaz; 2º) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º) que recaiga sobre un objeto lícito; 4º) que tenga una causa lícita” (se subraya), es por ello que para el nacimiento de las obligaciones el precepto 1494 ibídem, reclama el “concurso real de las voluntades de dos o más personas”, en tanto que el 864 del estatuto Mercantil, señala que “[e]l contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”; de donde se infiere que constituye requisito sine qua non, la voluntad declarada o expresada por las partes, a fin de que la “convención” alcance “existencia jurídica”.

(...)

En consecuencia, el “contrato”, jurídicamente era “inexistente”, al faltar el “consentimiento”, puesto que la ausencia de tal elemento, esto es, el “consentimiento”, en

el área mercantil, al tenor del inciso final del artículo 898 del Código de Comercio, como anteriormente se examinara, configura una de las causales constitutivas del mencionado fenómeno jurídico y, por lo tanto, la pretensión principal invocada para el reconocimiento de tal modalidad de “ineficacia del negocio jurídico”, estaba llamada a prosperar. (Corte Suprema de Justicia en sentencia, 2013).

Asimismo, en la sentencia antes citada, se hace referencia al fallo del 6 de agosto de 2010¹², en el cual la Corte Suprema de Justicia se ocupó de la “inexistencia del negocio jurídico”, se resaltaron sus características y cómo puede llegar a operar en la práctica, en los siguientes términos:

(...)

En ese orden de ideas, dentro de tal escenario suelen distinguirse, de manera general, tres categorías de acuerdos ineficaces en términos genéricos: los inexistentes, los inválidos y los inoponibles; así, puede decirse que el negocio jurídico es ineficaz cuando se opone a una norma imperativa, lo cual significa que la ley puede contemplar, y en efecto prevé, frente a los casos de violación de normas imperativas, consecuencias distintas; son éstas, precisamente, las que propician la necesidad de distinguir entre condiciones para la existencia, la validez y la eficacia.

Puestas de esa manera las cosas, ocurre entonces que el pacto, aparte de inválido, puede ser inexistente, esto es, aquél que no puede catalogarse como tal por carecer del mínimo esencial –in radice– que, en un cierto caso, permitiese hablar de contrato o de acto unilateral, el que no alcanza a nacer a la vida jurídica por faltarle una condición esencial, y, por ende, no produce efecto jurídico alguno o, como lo describió la Corporación, en términos generales ‘la ineficacia comprende todo desconocimiento o alteración de dichos resultados, partiendo de la propia negativa del ser o inexistencia, fenómeno (...) que es de indispensable contemplación desde un punto de vista lógico y pragmático, frente a reales ocurrencias vitales, que se desenvuelven con entera individualidad (G. J., t. VII, 261; XVII, 128; L, 802/803; LVI, 125; LXVI, 351).

Así, si el negocio jurídico por definición consiste en la expresión de la voluntad dirigida a la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, resulta obvio colegir que, al

¹² Expediente 2002-2010.

faltar aquella intención o el objeto al que apunta, podrá existir cualquier cosa o hecho, mas no un acto de esa índole, conclusión que asimismo se impone no sólo cuando el pacto es solemne y se pretermite la forma ad substantiam actus prescrita por la ley, porque, sin ésta, la voluntad se tiene por no manifestada, sino también en los casos en que se omiten los requisitos esenciales previstos por el ordenamiento para la especie de la que se llegara a tratar, ya que de ellos depende su formación específica, y sin los cuales el acuerdo tampoco existe o degenera en otro distinto; es que, cual lo expresara Pothier, en todo convenio se ‘distinguen tres cosas diferentes (...): las cosas que son de la esencia del contrato; las que son únicamente de la naturaleza del contrato, y las que son puramente accidentales al contrato’, siendo que las primeras ‘(...) son aquellas sin las cuales el contrato no puede subsistir (existir substancialmente). En faltando una de ellas, ya no hay contrato, o bien es otra especie de contrato (...) La falta de una de las cosas que son de la esencia del contrato impide el que exista clase alguna de contrato; algunas veces esa falta cambia la naturaleza del contrato (Tratado de las Obligaciones, Casa Editorial Araluze Cortés, 392, Barcelona, Tomo I, págs. 8 y 9). (Corte Suprema de Justicia, 2010).

Ahora bien, la Corporación continúa exponiendo respecto de la existencia que, ésta ópera de pleno derecho, se produce automáticamente, ipso iure, sin necesidad de fallo judicial que la declare, de modo que, una vez comprobada por el juez, ello impedirá que este pueda acceder a pretensiones fundadas en un pacto con una anomalía tal, porque para ello tendría que admitir que el mismo sí satisface a plenitud las mencionadas condiciones esenciales generales al igual que las similares atinentes al específico asunto del que se tratare.

Por tanto, conforme a la teoría que se viene desarrollando, la falta de los requisitos esenciales previstos para todos los contratos produce, inexorablemente, la inexistencia de ellos, al paso que la ausencia de los también esenciales pero referidos de modo específico a cada acto en particular, si bien impide la existencia de este, puede en últimas no aniquilar totalmente su eficacia, si desde una perspectiva jurídica distinta es viable su conversión en otro diferente.

(...)

Ahora bien, la citada forma de ineficacia –la inexistencia– opera, por regla general, de pleno derecho, en el sentido de que cuando uno de los motivos a través de los cuales se la

concibe brota en forma diamantina u ostensible, se produce automáticamente, ipso iure, sin necesidad de un fallo judicial que la declare; de este modo, una vez comprobada por el juez, ello impedirá que este pueda acceder a pretensiones fundadas en un pacto con una anomalía tal, porque para ello tendría que admitir que el mismo sí satisface a plenitud las mencionadas condiciones esenciales generales al igual que las similares atinentes al específico asunto del que se tratare; en caso de que no, reitérase, en la hipótesis de que no reúna los unos y los otros, el convenio no producirá efecto alguno, sin que sea menester de un pronunciamiento que así lo reconozca, pues basta que el juez constate la deficiencia que de manera palmaria la tipifique para que descalifique las súplicas que se pudieran fundar en el pacto que la ley tiene por inexistente; contrariamente, en las hipótesis en que la mentada anomalía no se evidencie en forma manifiesta, sino que exija la decisión respectiva de la jurisdicción, cual sucede si el acto existe de manera aparente, le tocará entonces al interesado destruir, ya a través de la acción ora de la excepción, esa apariencia (acto putativo)”. (Corte Suprema de Justicia, 2010).

Aunado a lo anterior, frente al reconocimiento legislativo para el caso colombiano, nuestro código civil ha acogido expresamente la línea doctrinal desarrollada por Pothier y Zachariae, clasificando los elementos esenciales de los no esenciales en los actos jurídicos (teoría de la ineficacia de los actos jurídicos), llevando a que, a falta de los primeros, se predique la total ineficacia del acto jurídico, a menos que sea a partir de ese elemento faltante que se permita la conversión en un acto diferente que no requiera el mismo. Lo anterior, tiene sustento en el artículo 1501 del Código Civil Colombiano.

Artículo 1501... Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las 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...

Igualmente, se encuentran inmersas disposiciones que hacen aplicación directa a la necesidad de contar con los elementos esenciales, verbigracia, el artículo 1500 C. C., según el cual, el contrato real, no se forma cuando falte la tradición como esencial para ese contrato, el contrato solemne, cuando no se hayan cumplido con las solemnidades que la ley ha previsto para ello, y a falta de consentimiento, no se forma el contrato consensual, que en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1501, su ausencia lleva a la ineficacia del acto, es decir, no surge a la vida jurídica, o en otras palabras, del mismo código, se entienden como no ejecutados o celebrados según el artículo 1760.

A título ilustrativo, se contemplan como elementos esenciales específicos del contrato de compraventa, la cosa que se vende (artículo 1849 código civil) y el precio (artículo 1864 código civil), que ante su ausencia se predica su inexistencia, como bien es preceptuado por el artículo 1870 del código civil, que trae como consecuencia la ineficacia cuando al momento de celebrarse la compraventa la cosa no exista.

Por último, adicional a las disposiciones antes referenciadas, se puede hacer visible la aplicación del código civil colombiano, de un trato diferencial entre inexistencia de la nulidad, pues se sanciona la ausencia de los elementos esenciales con la ineficacia total del acto, es decir, que no nace a la vida jurídica y no produce efectos jurídicos, adicionalmente, ante la ausencia de esos elementos no esenciales, o requisitos que otorgan valor al acto jurídico, la sanción es la nulidad, pues el acto existe pero se encuentra viciado, y por tanto su eficacia persiste hasta tanto se profiera sentencia judicial en firme que declare el fenecimiento del acto, preceptuado al parecer así en los artículos 1740, 1741, 1742 y 1743 del código civil, estos dos últimos referidos a la declaratoria de la nulidad por parte del juez y 1501 en lo referente a la inexistencia.

Ahora bien, revisadas algunas de las posturas doctrinales (nacionales y extranjeras) más relevantes en relación con los elementos del contrato y los presupuestos de la teoría de la ineficacia de los actos o negocios jurídicos¹³, en lo que concierne a la esencia de la presente investigación, resulta de vital importancia mencionar fragmentos de estas, dando inicio por la del tratadista Carbonnier (1971), para quien el contrato surge en tanto concurran los elementos esenciales derivados de su naturaleza o función socio-económica a que está llamado a cumplir.

Surge tan pronto como concurran dichos elementos, en cuyo defecto es nulo. [la ausencia de un requisito esencial del contrato provoca la inexistencia del negocio (arg. Art. 1.261 C. c. “in initio” [“...no hay contrato...”]).] La Constitución y la ineficacia del contrato son los dos aspectos a cuyo a través cabe contemplar los elementos de aquél, en sí mismos y en su sanción respectivamente... (p.153)

En este mismo sentido, Pothier (1969), amplía el espectro conceptual de cada uno de los tres elementos que cita en su obra, señalando que, a falta de los elementos esenciales el contrato pretendido le es imposible subsistir o existir o bien degenera en otra especie diferente.

...las cosas que son de la esencia del contrato son aquellas sin las cuales el contrato no puede subsistir. En faltando una de ellas, ya no hay contrato, ó bien es otra especie de contrato. Por ejemplo, es esencial en el contrato de venta que exista una cosa que sea vendida, y que haya un precio por el cual haya sido vendida, es por esto, que si yo os he vendido una cosa que ignorásemos que ya no existía, no hay contrato (...) la falta de una de las cosas que son esencia del contrato impide el que exista clase alguna de contrato; algunas veces esa falta cambia la naturaleza del contrato... (pp.8-10)

Como ejemplo de lo anterior, en la venta de un caballo a cambio de un libro, se hace evidente que no se encuentra un elemento esencial del contrato de compraventa como lo es el precio

¹³ Los cuales, como bien se ha expresado a lo largo de la presente disertación, giran en torno a reconocer a la “inexistencia” como causal de ineficacia de los actos o negocios jurídicos, distinta de la nulidad.

en dinero, descartando la existencia del contrato de venta y en cambio dando lugar a un contrato denominado “de cambio” o permuta (Pothier, 1960).

Respecto de los elementos que son de la naturaleza, Pothier (1969) considera que son aquellos que aunque no esenciales, se entienden contenidos por mandato legal aun cuando haya silencio de las partes.

... que sin ser de la esencia del contrato, forman parte el mismo, bien que las partes contratantes no se hayan convenido sobre dichas cosas, esto es, sobre sí quedan comprendidas en el contrato o sobre entendidas, teniendo en cuenta que son de la naturaleza del contrato... (p.10).

Sin embargo, aclara que estos, a diferencia de los esenciales, el contrato puede subsistir ante su ausencia, verbigracia, en nuestro derecho, en el caso del saneamiento por evicción, el cual es un elemento de la naturaleza del contrato de compraventa, que sin estar expresamente incluido en el texto contractual no significa que no se haga efectivo, pues se presume incluido.

Por último, según Pothier (1969), los elementos accidentales del contrato son “...aquellas que, no siendo de la naturaleza del contrato, solo mediante una cláusula especial vienen contenidas en el mismo...” (p.12). En otras palabras, estos no son esenciales, pues a falta de estos, no incide en la formación del contrato y tampoco son de la naturaleza, pues estos no se infieren, o más bien no se entienden incluidos en el contrato de acuerdo a su naturaleza, por el contrario, estos encuentran su génesis en la libertad de las partes para incluirlos.

Por su parte, Cifuentes (1994) al referirse respecto de los elementos esenciales del contrato, expresa la existencia de “...cuatro de tales elementos: sujeto, el objeto, la forma y la causa. Los anticausalistas solamente admiten tres, suprimiendo la causa...” (p.136). Concepción semejante a

la expresada por Colin & Capitant (1943) según la cual “...prefieren hablar de tres condiciones necesarias para la existencia y formación del contrato y una cuarta, la capacidad, necesaria para su validez...” (p.609); a lo cual autores como Passarelli (1964), señalan que el sujeto y el objeto no son técnicamente elementos ni requisitos del negocio, sino sus presupuestos, por considerarlos como términos sobre los cuales se forma. Asimismo, hace referencia a los elementos constitutivos denominados como “el material de construcción del negocio”, entre los cuales estarían la voluntad como contenido, el acto en sentido formal como la exteriorización de la voluntad del sujeto y la causa.

En esta misma línea, y continuando con el análisis doctrinal, el tratadista Cifuentes (1994), aparte de los elementos generales de todo acto o negocio jurídico, resalta la existencia de elementos particulares exigidos para cada clase de negocio jurídico, así pues, los elementos esenciales, naturales y accidentales componen dicha clasificación.

...aparte de dichos elementos generales (requisitos o presupuestos, según la orientación teórica que se adopte), en cuanto necesarios componentes de todo acto o negocio jurídico, existen elementos esenciales particulares, exigidos para cada clase de negocio que se trate. Son pues, elementos esenciales especiales de los respectivos negocios (como el precio en dinero para el contrato de compraventa; la diferencia de sexos en el matrimonio; (...)) etcétera. (...) elementos naturales (*naturalia negotii*), que vendrían a ser los que normalmente acompañan al negocio por corresponder a su naturaleza, se les sobreentiende aunque en el acto no se expresen (...) tales como la obligación de saneamiento y evicción en la compraventa (...) finalmente, se habla de los elementos accidentales (*accidentalia negotii*) los cuales no serían necesarios para la existencia del negocio ni naturales o que normalmente se consideran comprendidos en él, pero que se los puede añadir por voluntad de las partes... (pp.137-138).

En similar línea, Manasevich (1993), respecto de los elementos que constituyen requisitos del contrato señala, en su obra, que:

...los elementos que constituyen requisitos del contrato son los esenciales, pues sin ellos el contrato no produce efecto alguno o degenera en otro diferente. (...) las cosas de la naturaleza y accidentales, o sea que no son esenciales en el contrato, pueden faltar en él sin que ello se vea afectado éste en su validez y eficacia. Las cosas de la naturaleza, según disposición, son las que no siendo esenciales en el contrato se entienden pertenecerle sin necesidad de clausula especial (...) son elementos accidentales en un contrato lo que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se agregan por medio de cláusulas especiales... (p.54).

Por su parte, Mosset Iturraspe (1988), comenta que en la doctrina clásica se comparte la clasificación anteriormente tratada, relativa a la existencia de los elementos esenciales, naturales y accidentales en todo acto o negocio jurídico.

Elementos esenciales o essentialia communia, porque sin su presencia cualquier contrato – típico o atípico- carece de validez. Sobre ellos no puede actuar la autonomía de la voluntad. (...) elementos naturales aquellas consecuencias que se siguen de la naturaleza misma del negocio, aun en silencio de las partes (...) elementos accidentales aquellas consecuencias nacidas de la voluntad de las partes; no previstas por el legislador, que tienden a modificar, al injertarse en un negocio típico... (pp.44-46)

A su vez, Cariota (1956), al igual que los autores antes citados, comparte la misma línea clasificatoria tripartita de los elementos que deben de acompañar todo acto o negocio jurídico.

...se entienden los elementos que constituyen la esencia del negocio, en el sentido de que el negocio no puede, por disposición de la ley, formarse válidamente sin los mismos. (...) son aquellos que la ley exige para todo negocio, o bien para esta o para aquella clase de negocio (p. ej., negocios onerosos, negocios de garantía, etc.), o bien, incluso, para un negocio singular (compraventa, testamento, etc.) (...) como elementos naturales aquellas consecuencias que se derivan de la propia naturaleza jurídica de un determinado negocio, de modo que las partes no tienen necesidad de hacerlos objeto especial de declaración de voluntad, ya que es la ley propia que dispone respecto de los mismos, la voluntad de las partes es necesaria solo para excluirlas (...) se llaman accidentales aquellos elementos que

no son parte del tipo abstracto de negocio, sino que, en concreto, se añaden por la voluntad del declarante o los declarantes... (p.90).

Para el tratadista Canosa (1992) "...son de su esencia aquellas cosas sin las cuales el acuerdo, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato distinto..." (p.6), en otras palabras, de carecer de este elemento esencial o órgano vital, el acto no "responde ni siquiera a la definición genérica que se ha dado de él por la ley" (Josserand, 1983). Por su parte, son elementos de la naturaleza "aquellas que sin ser esenciales, se entienden implícitamente estipuladas o sobreentendidas en el contrato sin necesidad de cláusulas especiales" (p.7), es decir, estos elementos corresponden a todas las normas contempladas en el ordenamiento jurídico que se entienden contenidas en el contrato con o sin la aquiescencia de las partes, solo con la simple celebración del respectivo tipo contractual se entienden inmersas; por último, son accidentales "las que sin ser esenciales ni naturalmente corresponden al negocio jurídico, y solo mediante la inclusión de una cláusula especial puede pertenecerle al contrato" (p.7), esto es, que no siendo ni esenciales, ni naturales, propenden y coadyuvan a la causa del contrato, además su inclusión emana de la voluntad de las partes.

Por último, López (1997), aunque se aparta de la clasificación de los elementos en la teoría clásica hasta ahora analizada, por motivos no terminológicos sino conceptuales, los desarrolla partiendo de su enunciación como elementos esenciales, naturales y accidentales; los primeros, "esenciales", los subdivide en dos subclases; por una parte, los denominados "generales", dentro de los cuales se encuentra: la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa; y por otra parte, los denominados "específicos", necesarios para darse la configuración de un determinado tipo de contrato, ejemplo de ello, la cosa y el precio en el contrato de compraventa. Asimismo, desarrolla los elementos naturales como todo "...aquello que la ley pone en el contrato, salvo que las partes

se manifiesten en contrario...” (López, 1997, p.71), y en cuanto a los elementos accidentales, como aquellos que “...normalmente no está en el contrato, pero que las partes pueden incluir...” (López, 1997, p.71).

En vista de lo anterior, se puede constatar que, con la teoría de la ineficacia, emerge un espacio de discusión conceptual novedoso en el derecho civil, derivado de la distinción entre inexistencia y nulidad, esta última, que durante la edad media se perfilaba como única causal de ineficacia en los contratos. Así pues, con el desarrollo doctrinal que dio inicio en el siglo XVI, se incluye la inexistencia como causal de ineficacia de los actos jurídicos, distinta a la de nulidad. Autores como Pothier y Zachariae se les ha señalado como los precursores de esta variante doctrinaria según la cual distingue los elementos esenciales de los no esenciales de los actos jurídicos, y propendiendo igualmente por la distinción entre inexistencia y nulidad como causantes de ineficacia de los mismos (Ospina & Ospina, 2015).

De ahí que, la falta de los elementos esenciales específicos concluye en que el acto pretendido sea inexistente, en otras palabras, este se entiende como el “acto no nacido, no venido a la vida jurídica, por faltarle un elemento esencial para ello” (Oviedo & Useros, 1968, p.119). Lo anterior, partiendo de la premisa de que todo acto jurídico, además de los elementos generales (manifestación de voluntad, objeto jurídico, formalidad), debe de reunir unos elementos esenciales específicos a cada tipo contractual, de los cuales depende su formación específica y sin los cuales no existe o se entendería como un acto diferente.

Contrato de Arrendamiento

Corolario de lo anterior, y llegado a este punto, después de haber realizado de forma general el análisis doctrinal y legal más relevante de la noción de autonomía privada como potestad de los

particulares de autorregularse y proporcionándose por sí mismos los medios más adecuados para su existencia, acto o negocio jurídico; el contrato, visto como especie de estos últimos y como el instrumento más claro de esa libertad del individuo para auto dirigir sus propios intereses, con la única limitante encontrada en el orden público y los demás individuos que lo acompañan en el respectivo grupo social; y en particular, de los elementos específicos (esenciales, naturales y accidentales) del contrato, derivado de posturas doctrinales que luego fueron codificadas como la de la ineficacia de los actos jurídicos, el desarrollo investigativo que sigue a continuación, abordará, en particular, la tipología contractual del arrendamiento, de tal forma que fehacientemente se determinen los elementos específicos que le son propios y sin los cuales no pueda surgir a la vida jurídica o se confunda su naturaleza con una tipología contractual diferente.

Lo anterior, con el propósito de determinar si la “especie” hace parte o integra el grupo de elementos esenciales en el tipo contractual del “arrendamiento”, o si por el contrario, su presencia lo condena a su inexistencia, dejando el negocio jurídico, cuya apariencia se asemeja a éste último, a la deriva, ya sea en adecuarse en otro tipo contractual donde la “especie”, como contraprestación, tenga cabida dentro de sus elementos esenciales o simplemente termine en el universo de lo atípico.

Antecedentes

Previo a realizar un análisis conceptual general del contrato de arrendamiento, resulta conveniente revisar algunos de los aspectos más relevantes en torno a sus antecedentes, los cuales se remontan al derecho romano, donde el “arrendamiento” surge no como una figura autónoma e independiente, sino por el contrario como una especie de compraventa en la que se entregaba la cosa por un período determinado. Tal concepción se erigía bajo un contexto en el cual la

compraventa se fundaba como cimiento de los contratos en general y de los que giraban en torno suyo.

La concepción del arrendamiento, en palabras de Sáenz, Cabrera y Leal (2015), como una especie de compraventa, fue con el tiempo adquiriendo su autonomía respecto de las demás tipologías contractuales, en especial, esta variación conceptual se dio por dos circunstancias específicas en especial.

...de un lado, el desarrollo comercial y las conquistas, factores que propician otro pensamiento, otras experiencias; y de otra parte, la necesidad de albergue, de vivienda, especialmente en aquellos sectores de bajos recursos... (Sáenz et al. 2015, p. 9).

De acuerdo con lo anterior, el desarrollo conceptual y social antes aludido, permite a la figura del arrendamiento situarse como tipología contractual independiente y autónoma de las demás normativamente contempladas, en particular, cabe recordar que en el derecho romano la misma fue conocida como la figura de la “*locatio*”, la cual no se restringía a la entrega del goce de una o varias cosas, sino también en el suministro de servicios, transporte y, en la ejecución de una obra. Así pues, la “*locatio*” es entendida en su sentido más amplio como el alquiler, arriendo y locación.

...locación, arriendo, alquiler; asociada luego a la *locatio conductio*, para significar arrendamiento pero considerado tan solo desde el punto de vista del inquilino o arrendatario. En este orden surgieron varios términos: *locatio conductio operarum* (arrendamiento de servicios), *locatio operis* (arrendamiento de obra), *locatio rei* (arrendamiento de cosas), *locatio conductio piscatus* (arrendamiento de pesca en una determinada región, cuya renta percibía el estado), y el *locatio conductio agri vectigalis* (arrendamiento del *ager vectigalis*, es decir, del que recae sobre bienes de corporaciones públicas, comunidades religiosas y, en ocasiones, sobre tierras del Estado)... (Sáenz et al. 2015, pp. 9-10).

Clasificación compartida por Restrepo (1998), aunque distinguiendo solo tres de las anteriormente aludidas, así: la locatio-conductio rei, la locatio-conductio operarum y la locatio-conductio operis.

...[la locatio-conductio rei, en la cual] el arrendador (locator) se obliga a proporcionar al arrendatario (conductor) el goce temporal de una cosa no consumible, a cambio de un determinado precio periódico en dinero (...) [la locatio-conductio operarum, en la que] una persona (locator) se obliga a proporcionar a un patrón (conductor) su actividad laboral durante algún tiempo, a cambio de una remuneración periódica en dinero. (...) [y, finalmente, la locatio-conductio operis, en la cual] una persona (conductor) se obliga a realizar cierta obra para otra (locator), a cambio de un precio determinado... (p.509).

Cabe destacar en lo referente a la autonomía del contrato de arrendamiento como tipología contractual que, esta se ve reflejada en las codificaciones de los siglos XVIII y XIX, las cuales se fundan a partir de la influencia del derecho romano, verbigracia, el código francés adopta dentro de su contenido normativo la figura de la “locatio” o arrendamiento, que, para el estatuto napoleónico de 1804, podía ser de cosas y de obra como bien se refleja en el contenido de los artículos 1708 a 1799.

Asimismo, resulta oportuno recordar en el ámbito codificador, y a título de ejemplo, que la figura del contrato de arrendamiento, como tipología contractual autónoma, es apreciada en el código civil chileno redactado por Andrés Bello, que, a diferencia del francés, acoge tres clasificaciones (arrendamiento de cosas, servicios y obra). Por su parte, el código civil de la República Argentina alude al “contrato de locación”, definiéndolo en su artículo 1493.

Artículo 1493. Habrá locación, cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio un precio determinado en dinero.

Por último, y sobre el particular, el código civil colombiano refleja dicha adaptación de forma idéntica a la clasificación chilena, como bien se puede apreciar en el artículo 1973, cuando al definir el contrato de arrendamiento hace referencia a las cosas, obras y servicios, lo que igual sucede en sus artículos siguientes.

Noción

El desarrollo contextual sobre el cual la concepción del “arrendamiento” se ha cimentado, ha sido acompañado por la dificultad histórica de los individuos de acceder a la figura de la compraventa, toda vez que sus altos costos lograban alejarla de quienes no contaran con la suficiente solvencia económica, logrando así crear un escenario favorable para que la locatio o arrendamiento se abriera camino como una alternativa más accesible en la satisfacción de las necesidades de vivienda, sin tener que adquirirla, incluso permitió que esta figura adquiriera plena autonomía respecto de las demás figuras contractuales, lo anterior es sostenido por Bonivento (2002).

...no se puede desconocer que la necesidad de las viviendas es uno de los factores que más incide en la estabilidad social de los países de bajos ingresos per cápita. La imposibilidad de adquirir vivienda determinada, frecuentemente, que se tenga que procurar el goce de un bien temporalmente para atender, así, esa manifestación primaria de las personas... (p.380).

Es así que, el arrendamiento, ha sido integrado en el artículo 1973 del código civil colombiano, como aquel contrato en virtud del cual, las partes “...se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado...”, definición que para Gómez (2008),

debería orientarse restrictivamente al arrendamiento de cosas, pues en su criterio la definición abarca modalidades que hoy no le corresponden.

...abarca modalidades que hoy no le corresponden, se extrae fácilmente la noción del contrato específico de arrendamiento de cosas: es aquel en virtud del cual una de las partes se obliga a proporcionar a la otra el goce de una cosa durante cierto tiempo, y está a pagar por dicho goce un precio determinado... (p.195)

Como bien se puede evidenciar, para el código civil colombiano, el arrendamiento, como género, agrupa diversas especies, verbigracia, de cosas, de obra, de servicios, etc. Pese a ello, el derecho moderno ha prescindido de esta noción múltiple, delimitando conceptualmente sus alcances como aquel contrato por el cual una persona se obliga a conceder el uso de un bien a otra y esta a su vez a pagar un precio determinado por ese uso (Ochoa, 1998).

Por su parte, Valencia (1988), define el arrendamiento como aquel contrato en el que las partes "...se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, y la otra a pagar por este goce un precio determinado. Esto equivale a decir que por arrendamiento solo entenderemos el servicio que se presta a otro por intermedio de las cosas..." (p.210). Al mismo tiempo, y en lo referente al goce del bien entregado a título de arrendamiento, Castañeda (2000), agrega que este podrá concederse de forma parcial o total, aclarando que "...los calificativos de "total o parcial" se refieren exclusivamente al área, a los servicios, los usos, bien sean conexos o adicionales de un bien inmueble destinado a vivienda..." (p.1).

Sumado a las exposiciones relativas a la definición del arrendamiento, por parte de los autores colombianos antes citados, resulta importante realizar el paralelo con autores extranjeros en torno a esta figura, de manera que pueda hacerse más que evidente la esencia universal del mismo; en tal virtud, Fortunato & Zago (1993), quienes utilizan la denominación "locación de

cosas”, en cambio de arrendamiento, expresan que esta es un contrato de uso, en virtud del cual se busca el uso de una cosa o de un servicio.

...contrato de uso; así como en la compraventa se persigue la enajenación del dominio de la cosa que se vende, en la locación lo que se busca es el uso, ya sea de la cosa, del trabajo o del servicio. Tal lo que surge de la definición de nuestro derecho art. 1493: “Habrá locación cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce o servicio un precio determinado en dinero... (p.208)

En el mismo sentido, Bonnecase (1997), señala que el arrendamiento de cosas obedece a un contrato en virtud del cual una persona “...se obliga a proporcionar a otra, el goce de una cosa mueble o inmueble, durante un tiempo determinado y mediante un precio cierto. Quien se obliga a procurar el goce se llama arrendador, y arrendatario o locatario la otra persona...” (p.971).

En este orden de ideas, resulta viable afirmar que son características del contrato de arrendamiento: su bilateralidad, toda vez que el mismo es celebrado por dos sujetos de derecho, quienes se obligan recíprocamente; el arrendador, de entregar el uso y goce de la cosa, por su parte, el arrendatario, debe conservar la cosa en el estado en que la recibió y pagar el precio; su onerosidad, toda vez que su precio es uno de sus elementos esenciales, pues de estar ausente este, el contrato se tornaría en comodato; igualmente, es conmutativo, ya que las prestaciones a cargo de cada una de las partes en la relación negocial, se toma como equivalente de las asumidas por la otra, y por último, el arrendamiento es de tracto sucesivo, pues las obligaciones son se causan de inmediato sino que se prolongan en el tiempo.

Elementos del contrato de arrendamiento. Precio y uso o goce del bien entregado.

De lo expuesto anteriormente, y en concordancia con el objeto a tratar en el presente trabajo de investigación, resulta sustancial realizar un análisis de los elementos específicos esenciales del contrato de arrendamiento, de que trata el artículo 1501 del código civil (esenciales, accidentales, naturales), a partir de la normatividad vigente, la doctrina nacional y extranjera más relevante y la jurisprudencia, de forma tal que se tenga la claridad respecto de cuales son aquellos elementos esenciales que le dan vida a dicha tipología contractual.

En vista de lo dicho, es de resaltar que, de la lectura gramatical¹⁴ del texto del artículo 1973 del código civil colombiano, el arrendamiento contempla dentro de su definición dos elementos esenciales; por una parte, la concesión o la entrega del goce de una cosa; y por otra parte, el precio que se paga por este goce; los cuales son igualmente contemplados en el código de comercio en el artículo 1678, cuando bajo el título de “arrendamiento de las naves” se expresa que se entiende que existe el arrendamiento de estas cuando una parte se obliga a “entregar a la otra a cambio de un precio, el uso y goce de una nave, por tiempo determinado”.

En el mismo sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 18 de marzo de 2010, se pronunció frente a los elementos esenciales del contrato de arrendamiento, previo análisis de su regulación legal, concluyendo que estos corresponden al otorgamiento del goce o uso de un bien y al precio que se paga por ese uso.

El análisis de su regulación legal, como lo ha sostenido esta Sala, permite inferir que son elementos esenciales de esta modalidad contractual, los siguientes: (i) el otorgamiento del

¹⁴ El Código Civil dispone en el artículo 27 “INTERPRETACION GRAMATICAL” que, cuando “el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.”.

goce o uso de un bien; (ii) el precio que se paga por el uso o goce del bien y (iii) el consentimiento de las partes. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2010).

Nótese bien que tanto las normas civiles y comerciales, como la jurisprudencia, han coincidido en contemplar dos elementos esenciales del contrato de arrendamiento, respecto de los cuales se predica la naturaleza jurídica o función económica-social que está llamado a cumplir, como lo son: el otorgamiento del goce o uso de un bien y el precio (Corte Suprema de Justicia, 1970) que se paga por este, los cuales constituyen para Alessandri Rodríguez (1994) “lo mínimo que las partes deben declarar para precisar el interés que pretenden desarrollar jurídicamente y en el sentido en que quieren hacerlo” (pp.8-10), toda vez que ante la ausencia de los mismos, el negocio pretendido “arrendamiento” no será generador de los efectos queridos por las partes y por el contrario devendrá en una relación negocial diferente.

Ahora bien, y en lo que respecta a la doctrina, Arroyo (1974), al estudiar los elementos del contrato de arrendamiento, consideró necesario distinguir los elementos que en su obra denomina como “propios o especiales” respecto de los denominados “generales o comunes”, en particular, son los “propios o especiales” los que interesan en la presente disertación, pues en dicha clasificación, en su sentido más amplio, se encuentra el goce de un bien y el pago de un precio cierto por ese uso.

283. REQUISITOS PROPIOS O ESPECIALES. Son: a) el goce de un bien ajeno por parte del arrendatario; b) que no haya traspaso del dominio a este; c) su carácter temporal; ch) la obligación que tiene el arrendatario de restituir en identidad la cosa arrendada al final del arrendo, y, d) el pago por éste de un precio cierto.

284. REQUISITOS GENERALES O COMUNES. Procederemos a estudiar el consentimiento, el objeto, la causa y la capacidad. (p.502).

Con la misma orientación Cardona (1995), ha señalado que el contrato de arrendamiento, como todo acto jurídico, debe de reunir, además de los elementos previstos en el artículo 1502 del código civil, considera necesario, dada su naturaleza, “hacer alusión a dos que son fundamentales: a) la cosa arrendada y, b) precio o renta” (p.110). Respecto de este último elemento “precio”, deja claro que de encontrarse ausente, no podría hablarse de arrendamiento, toda vez que se trataría de un comodato.

Por su parte, Lorenzetti (2004), al definir el contrato de locación, concuerda con los autores anteriormente citados, en el sentido de señalar como elementos esenciales de dicha tipología contractual, los referentes al “uso y goce de una cosa sometida a un plazo resolutorio determinado y el precio en dinero que se paga por ello” (p.498). Asimismo, Lasarte (2008), se suma, señalando que a partir de la definición contenida en el artículo 1543 del código civil, son elementos del contrato de locación -arrendamiento-, “la cesión del uso o goce de una cosa, el precio cierto y su duración temporal” (p.212).

Por consiguiente, es viable afirmar a partir de las citas doctrinales antes referenciadas que, existe una posición unificada en virtud de la cual, son dos los elementos esenciales presentes en el contrato de arrendamiento, sin los cuales es imposible que este subsista o bien degenere o derive en otra especie de contrato típico o atípico, razón por la cual, tanto la entrega del goce o uso de un bien, como el precio que se paga por el uso o goce del mismo, deben estar presentes dentro del contenido negocial, pues frente a la ausencia de alguno de ellos, condenaría al tipo “arrendamiento” a no subsistir o existir.

En este orden de ideas, y a efectos de continuar con el propósito de esta investigación, resulta necesario concentrar toda la atención en el “precio” como elemento esencial del contrato de

arrendamiento, toda vez que a partir de su análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal, se podrá determinar claramente si la “especie” hace parte o no de éste, pues de la conclusión a que se llegare y en atención a los presupuestos de la teoría de la ineficacia de los actos o negocios jurídicos, se podrá determinar si el tipo contractual del arrendamiento surgió a la vida jurídica, o si por el contrario, el acto que aparenta ser éste último, podría adecuarse en algún otro tipo contractual normativamente regulado donde se admita a la “especie” como elemento esencial, o simplemente, hace parte de los contratos atípicos.

Aspectos normativos del precio

Por lo anterior, es imperante recordar las disposiciones normativas que regulan el contrato de arrendamiento, y en particular las referidas al “precio¹⁵” como elemento esencial del mismo.

Para comenzar, el artículo 1973 del código civil colombiano es claro en señalar el “precio” como uno de sus elementos esenciales, el cual puede consistir, al tenor del texto del artículo 1975 del mismo código, en dinero o en frutos naturales de la cosa arrendada, en este último caso se podrá fijar una cantidad determinada, o una cuota de fruto de cada cosecha.

De acuerdo con lo anterior, y previo a continuar con el aspecto normativo, resulta más que necesario realizar un análisis conceptual general de los términos “precio” y “dinero”. En lo que atañe al primero, autores como Stiglitz (1994), se han referido a este como el valor que se da a cambio de un bien o servicio, de ahí que se instituya como el medio a través del cual se comunican los elementos que participan en la economía (Stiglitz, 1994, pp.105–106), en otras palabras, y como

¹⁵ “...En Economía el precio se conoce como la cantidad de dinero que la sociedad debe dar a cambio de un bien o servicio. Es también el monto de dinero asignado a un producto o servicio, o la suma de los valores que los compradores intercambian por los beneficios de tener o usar o disfrutar un bien o un servicio.

El precio corresponde al valor monetario (en Moneda) asignado a un bien o servicio que representa elementos como trabajo, Materia prima, esfuerzo, atención, tiempo, utilidad, etc...” tomado del siguiente link: <http://www.gerencie.com/precio.html>

así lo comparten varios autores, el precio es la cantidad de dinero que es ofrecida a cambio de una mercancía o servicio (Brand, 1984) (Chandler, 1969). Ahora bien, en materia contractual pública, el precio comporta un derecho fundamental que le asiste al contratista, el cual se orienta a recibir la remuneración contractualmente convenida, como retribución a las obligaciones que adquirió en la respectiva relación negocial (Bustelo, 2002).

Nótese bien que el precio, en su sentido más amplio, es tomado como el coeficiente¹⁶ de cambio de una cosa por otra encontrando en el dinero una de sus expresiones más relevantes; en materia contractual pública, es visto como la retribución estipulada a favor del particular, a la cual se encuentra obligada la administración a reconocer en los términos convenidos.

El término “precio”, o su concepción, se encuentra inmersa en algunos apartes del estatuto de contratación pública, verbigracia, el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, cuando dispone como derecho de todo contratista de “...recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato...”.

De modo similar, Dromi (1995), hace referencia al precio como aquella contraprestación solicitada por el oferente al licitante por la obra, servicio o suministro al cual se encuentra obligado a realizar, de acuerdo con las particularidades previstas en las normas de contratación pública, y excepcionalmente, a las contempladas en el derecho privado.

Así las cosas, y después de elucidar de forma general el concepto de precio, es importante fijar minuciosa atención al interrogante sobre ¿qué es dinero?, pues de la respuesta que de ella se

¹⁶ Revisado el concepto de “coeficiente” dentro del buscador de google, este arroja como definición del mismo el siguiente: “Número que expresa el valor de un cambio en relación con las condiciones en que se produce.”

derive, podrá desligarse o no a la “especie” del concepto de éste, y en consecuencia, el precio, como elemento esencial del contrato de arrendamiento.

Por lo anterior, sea lo primero señalar que existe una posición unificada, según la cual, el dinero es todo elemento aceptado por la comunidad como medio de pago (Villegas, 1986), en otras palabras, el dinero es entendido como un medio de pago (Ball, 1965) universalmente aceptado, convirtiéndose así en el instrumento por excelencia de cambio, tanto en el pago por servicios, como en la transmisión de los diferentes bienes en todas las etapas de producción y distribución, permitiendo el funcionamiento eficaz de todo el sistema de producción de las cosas de que vivimos (Burns & Cassel, 1946).

En este orden de ideas, es claro que el “dinero”, para los diferentes autores, es entendido como cualquier cosa que funja como medio de cambio o de pago (Newlyn, 1974), es decir, es un artículo de aceptación general para los pagos (Lester, 1969), que sirve de unidad de cuenta y representa un depósito de valor que permite demorar el gasto (Gaviria, 1977) aclarando en todo caso que para ejercer dicha cualidad, este debe ostentar un reconocimiento generalizado en cuanto a esa función, el cual se da a partir de las diferentes manifestaciones sociales que conducen a que los miembros de una comunidad otorguen la calidad de dinero a sólo aquello que ellos así realmente lo consideren así. En este sentido, una, y la más importante, de las manifestaciones de aceptabilidad es la referida a la sanción legal, la cual otorga al dinero, a partir de su concepción cuantitativa, una medida de cálculo en que se puede expresar.

Al respecto Figueroa (2003) señala que, independiente de las diferentes significaciones que existen al respecto, es claro que el dinero además de ser un fenómeno económico, representa una institución jurídica, de ahí que este sea entendido desde la órbita legal como todo aquello que la

ley, los jueces y la jurisprudencia dicen que es y le otorgan esa calidad (Figuerola, 2003, p.29). Lo anterior implica que la concepción del dinero se derive del ordenamiento jurídico, razón por la cual autores como Gray (1931), en su obra, expresen que el dinero es una criatura de la ley “that money is a creature of the law” (p.27).

Así pues, de lo anterior, es viable afirmar que dentro de la concepción del “dinero”, se encuentran presentes dos elementos esenciales, por una parte, y desde su más amplio entender, este corresponde a cualquier medio de intercambio, y por otra parte, en lo referente a su aceptación social, es la ley quien determina lo que es y sus calidades, de ahí que, lo que se aleje de tal significación no es dinero.

Gaviria (1977), concluye que el dinero es aquello que cumple las funciones de dinero, es decir, el instrumento socialmente aceptado como medio de pago, colocando como ejemplo el caso colombiano, en donde los instrumentos que cumplen esas funciones específicas son: **a)** La moneda fraccionaria también llamada moneda de la tesorería; **b)** los billetes del Banco de la República y; **c)** los cheques, los cuales, como bien se puede apreciar, son producto de la soberanía y monopolio estatal.

Por otra parte, Mann (1986), sostiene que sólo son dinero los bienes a los que la ley haya atribuido tal carácter, es decir, por la autoridad del Estado; afirmación que se deriva de la teoría estática o constitucionalista del dinero¹⁷, ligada al economista alemán Georg Friedrich Knapp, cuya obra principal lleva ese título, y según la cual sólo es dinero o se reconoce como tal, lo que se derive del poder soberano o el monopolio estatal.

¹⁷ Son dos las teorías sobre la moneda, por una parte, la estática o constitucionalista y por otra parte la societaria o social.

...es la consecuencia necesaria del poder soberano o el monopolio del circulante que el Estado ha logrado asumir durante un largo periodo de la historia, y que casi invariablemente establece el derecho constitucional moderno. Permitir la circulación de dinero no creado o por lo menos autorizado por el Estado equivaldría a una negación de la prerrogativa monetaria del Estado... (Mann, 1986, p.39).

De manera semejante, la Corte Constitucional de Colombia en sentencia del 28 de enero de 1993, al referirse a la soberanía monetaria en la Constitución de 1886, expresa que, desde que se concibió la moneda como medida universal de cambio, se considera que su “ley, tipo, medida y denominación, así como el poder de acuñarla, debe estar concentrado en el soberano”, de ahí que, desde la construcción del “Estado-nación y posteriormente de la Republica, el poder monetario se adscribió al Estado”.

A causa de lo dicho, es oportuno señalar que la teoría de la estática del dinero, adoptada en la presente investigación, la componen dos elementos: por una parte, esta se orienta a señalar que los medios de cambio circulantes dentro de todo grupo social, solo son dinero, si han sido producto del poder soberano del Estado. Por otra parte, y derivado de lo anterior, es claro que el dinero solo puede perder su naturaleza o su esencia en virtud a una desmonetización formal (Mann, 1986).

A título de ejemplo, la teoría antes mencionada ha sido aplicada en el código comercial uniforme de 1958, que en la sección 1-201, define el dinero como un medio de cambio autorizado o adoptado por el gobierno como parte de su circulante, asimismo, en Inglaterra durante siglos se ha reconocido el derecho de acuñación como parte de las prerrogativas de la corona, situación que ha llevado a algunos autores a afirmar que la acuñación de dinero es en todos los Estados una expresión clara de su poder soberano (Mann, 1986, p.40).

Sobre el caso en particular, la Constitución Política de Colombia es lo suficientemente clara en determinar y regular el monopolio estatal frente al dinero, verbigracia, el numeral 13 del artículo 150 ha dispuesto que corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de estas determinar la moneda legal. Asimismo, en el artículo 371 hace referencia a las funciones de la máxima autoridad monetaria (Banco de la Republica), la cual ejerce las funciones de banca central, y como consecuencia de ello, tiene la potestad de regular la moneda, y emitir la misma.

Por consiguiente, a partir de los elementos de la teoría estática o constitucionalista del dinero, y las nociones de los autores antes citados, es viable afirmar que, el “dinero” es concebido como el instrumento de cambio o de pago, sólo cuando la ley o el Estado, a partir del poder soberano que lo acompaña, así se lo ha reconocido como tal. Al mismo tiempo, Mann (1986) refiere que sólo es dinero, los bienes emitidos por el Estado o en su nombre si están denominados con referencia a una clara unidad de cuenta¹⁸, en otras palabras, y desde la perspectiva de la unidad de cuenta, el dinero representa a todas aquellas cosas que, en el comercio, se dan y se reciben, no como lo que físicamente son, sino por lo que imaginariamente significan, en determinado número de una misma unidad individualizada, ya sea como euro, dólar, peso, etc. (Nussbaum, 1929).

Por último, resulta importante destacar algunas de las características del dinero, a partir del desarrollo conceptual antes realizado, de forma tal que, sea aquí donde se represente el verdadero concepto y entender del término “dinero”; en este sentido, LEROY MILLER, Roger y PULSINELLI, Robert W. (1992) hacen alusión a seis elementos.

¹⁸ “Unidad de cuenta es una unidad estándar que ofrece una forma sistemática de expresar los precios de los bienes y servicios que se intercambian en la economía. Desde este punto de vista, cualquier activo para poder ser considerado dinero (y por tanto moneda), debe cumplir esta función, permitiendo expresar el valor de los bienes y servicios en sus propios términos. De esta forma el dinero, al cumplir la función de unidad de cuenta, simplifica y favorece las transacciones comerciales.”

a) Portabilidad, ya que se puede mover o transportar con facilidad de un lado a otro, permitiendo su transferencia en las diferentes transacciones y con los diferentes agentes del mercado. Si no ostenta dicha calidad, mal podría hablarse de su uso universal.

b) Durabilidad, pues el dinero que no cuente con la cualidad de durar físicamente pedirá su valor como moneda.

c) Divisibilidad, que permita facilitar su división en partes iguales para la compra de unidades más pequeñas.

d) Uniformidad, pues debe estar estandarizado, es decir, que sus unidades deben ser homogéneas sin que existan diferencias físicas entre sí, de forma tal que las personas que las reciban tengan absoluta claridad de lo que reciben en sus transacciones.

e) Reconocimiento, el cual facilita a las personas determinar lo que reciben como dinero y no otra cosa.

f) Liquidez, pues debe ser de fácil intercambio por bienes y servicios sin altos costos de transacción y con la seguridad en cuanto a su valor nominal.

Asimismo, no hay que dejar de lado una de sus características más importantes, como lo es la relativa al control estatal, puesto que para que el dinero tenga valor, este debe emanar del Estado a través de la autoridad respectiva, como manifestación clara del poder soberano que lo asiste.

Por otra parte, el artículo 1975 del código civil es claro en señalar que el “precio”, además de “dinero”, puede consistir igualmente en frutos naturales de la cosa arrendada, que al tenor del texto del artículo 714 del código civil colombiano, son aquellos que da “la naturaleza, ayudada o

no de la industria humana”, clasificándolos en el artículo 715 en pendientes, mientras que se “adhieran a la cosa que los produce, como las plantas que están arraigadas al suelo, o los productos de las plantas mientras no han sido separados de ellas”; percibidos, como aquellos que han sido “separados de la cosa productiva, como las maderas cortadas, las frutas y granos cosechados”; y los consumidos, cuando se han “consumido verdaderamente, o se han enajenado” (Vélez, 1982).

De acuerdo con lo anterior, los frutos naturales son todos aquellos que produce el bien en razón de su naturaleza, con intervención o no de la actividad del hombre (Peña, 1995). Es de anotar que los frutos genéricamente corresponden a cosas nuevas que produce una determinada entidad ya existente, con cierta periodicidad y sin detrimento de la cosa principal (Ochoa, 2006). Verbigracia, las naranjas, manzanas se originan de los árboles. Estos frutos son los que no requieren de la intervención del hombre, sin embargo, existen algunos en los cuales la mano del hombre hace presencia, como lo son los industriales, que son creados específicamente por el hombre, verbigracia, las flores que se dan en un vivero.

Aspectos doctrinales

Después de referenciadas las disposiciones normativas relativas al “precio” como elemento esencial en el arrendamiento, sus elementos constitutivos (dinero y frutos naturales de la cosa arrendada) y su conceptualización general, resulta importante citar algunas posturas conceptuales doctrinales respecto al “precio” como elemento esencial del contrato de arrendamiento, de tal forma que, junto con la normativa antes analizada, se estructure un marco conceptual que permita determinar si la “especie” tiene o no cabida.

Así pues, autores como Peirano (1963), al realizar un análisis del consentimiento como elemento común del contrato de arrendamiento, han dejado claro que: “el consentimiento, por

supuesto, debe recaer sobre los elementos esenciales del contrato: sobre el objeto, es decir, la cosa que se va a arrendar y el precio” (p.167); en particular, expresa en lo referente al “precio” que, este puede ser en dinero o en frutos de la cosa arrendada, aclarando frente al segundo, que no podría ser una cosa distinta de los frutos que emanen de la misma.

Debe señalarse que el precio, como dice el artículo 1778, puede consistir en dinero o en los frutos propios de la cosa arrendada, y en este último caso, dice el Código que “... pueden fijarse una cantidad determinada o una cuota de los frutos de cada cosecha”. De manera, pues, que no hay una latitud total en cuanto el precio en la cosa arrendada: el precio en este contrato puede ser, o dinero o los frutos de la cosa arrendada, pero no podría ser una (sic) cosa distinta de los frutos de la cosa arrendada. En el arrendamiento de un monto frutal, yo podría establecer que el precio será en tantos quiles de manzanas, pero no podría establecer que el pago el precio con equis cantidad de quiles de lino. (Peirano, 1963, p.170).

El autor antes citado, ha señalado que el hecho de que el precio pueda consistir en frutos de la cosa arrendada, no es un elemento constante en todas las legislaciones, expresando, a título de ejemplo, el caso argentino, en el cual el precio tiene que ser necesariamente en dinero.

Por su parte, tratadistas como Lorenzetti (2004), al analizar el carácter dinerario del precio en el arrendamiento, han sido enfáticos en expresar que el precio en esta clase de tipologías contractuales debe ser en dinero, pese a las discusiones que se han suscitado en torno a la interpretación de la norma frente a una realidad donde no siempre las contraprestaciones son dinerarias, lo anterior se ve reflejado en su obra cuando señala que, a hoy predomina la idea de que el precio debe ser en dinero (pactado en moneda nacional o en dólares), entendido este como el instrumento de cambio o de pago, legalmente aceptado por el Estado a partir del poder soberano que lo acompaña.

De modo similar, Borda (1983), al referirse al precio como elemento esencial en el contrato de arrendamiento, han citado posiciones doctrinales como la del tratadista Vélez, quien expresa que si en lugar del precio, en esta tipología contractual, se entregara una cantidad de frutos, el contrato derivaría en un contrato de sociedad; asimismo, expresa que si en lugar de ese uso y goce, se transfiere el uso y goce de otra cosa, o el dominio de otra, o si el que recibiere la cosa se comprometiere a prestar un servicio, habría un contrato nominado o innominado diferente, pero no locación.

No obstante, lo anterior, el mismo autor considera razonable, en su criterio, dada la concepción moderna de la “locación”, que en los arrendamientos rurales puedan pagarse en especie sin que el contrato de locación deje de serlo.

Ahora, existen posiciones menos restrictivas en virtud de las cuales se admite, además del “dinero” como elemento constitutivo del “precio”, consienten a los frutos naturales de la cosa arrendada como otro elemento de este, sin que se desnaturalice la tipología contractual del arrendamiento, tal es el caso de Gómez (1987), quien en su obra expresa, en lo referente a los frutos de la cosa arrendada, que estos pueden determinarse de dos maneras; por una parte, en una cantidad cierta y jifa de los frutos, o como una cuota proporcional de los frutos que efectivamente produzca la cosa arrendada, lo cual permite inferir que, para este autor, los “frutos naturales” como modalidad diferente del “dinero”, como elemento constitutivo del “precio”, deben emanar exclusivamente de la cosa arrendada, de lo contrario, mal podría entenderse que estas hagan parte de esta modalidad.

Por su parte, Bonivento (1991), frente al precio, ha expresado que éste puede consistir en dinero, entendido como la moneda circulante en el país¹⁹, o en frutos naturales de la cosa arrendada, frente a los cuales no ve en su juicio inconveniente en pactar elementos distintos a los que emanan de la cosa arrendada.

a) Que consista en dinero o en frutos naturales de la cosa arrendada. Así lo expresa el artículo 1975 del Código Civil cuando establece: “El precio puede consistir ya en dinero; ya en frutos naturales de la cosa arrendada; y en este segundo caso puede fijarse una cantidad determinada o una cuota de los frutos de cada cosecha”. El dinero representa, en común, con moneda circulante en el país. Pero consideramos que pueda pactarse como renta el pago de productos o especies que tengan una fácil valoración dineraria. Así, por ejemplo, el pago del precio en vestidos de determinada calidad y cantidad. B) que el precio sea determinable o determinable. (...) (p.336).

En la misma línea, en la doctrina mexicana, autores como Sánchez (1993), consideran, en su criterio, en lo referente al precio en esta tipología contractual que, no debe consistir por fuerza en dinero. Lo anterior, abriendo el campo conceptual donde cualquier cosa tenida como equivalente a la prestación que se da, pudiese recibirse a título de remuneración.

Así pues, es posible evidenciar una clara línea conceptual en la doctrina, según la cual, y por regla general, el precio debe ser en dinero, con la única excepción encontrada tanto normativa como doctrinalmente, en los frutos naturales de la cosa arrendada, aclarando en todo caso que sean o no con ayuda o intervención del hombre, estos deben de emanar exclusivamente de esta, empero, resulta importante señalar que en el juicio personal de algunos autores, ven posible en que el precio en esta tipología contractual pueda pactarse en cosas diferentes al dinero y a las que se puedan

¹⁹ Afirmación que guardaría estricta consonancia con los postulados de la teoría estática o constitucionalista del dinero, la cual expresa que, sólo es dinero lo que se derive del poder soberano o el monopolio estatal.

derivar de la cosa arrendada, pero que en últimas resulten como equivalentes, verbigracia, cierta cantidad de elementos de papelería, resmas de papel, bultos de café, etc.

Conclusiones

Como se ha visto a lo largo del presente capítulo, existe una evidente realidad de suma importancia en el universo normativo y social en todo colectivo humano, la cual se circunscribe a un Estado encargado de procurar por la subsistencia de los individuos a partir de la coincidencia de sus designios, orientados estos a partir de la libertad que los acompaña, a crearse restricciones que aseguren su conservación frente a las condiciones implacables del universo que los rodea (Hobbes, 1984). Es así que el Estado, como administrador de dichos designios, efectúa un sinnúmero de tareas de alta complejidad encaminadas a satisfacer los requerimientos que el día a día origina en los individuos en su lucha por su subsistencia; actitud que entraña la esencia de sus fines, que al fin de cuentas son la concreción de los fines humanos. Empero, muchas veces se ve imposibilitado en la consecución de sus fines, puesto que las necesidades o requerimientos, las cuales está en la obligación de atender, sufren una constante transformación en proporciones inconcebibles que logran rezagar considerablemente su actuar frente a estos, afectando y colocando en peligro la pacífica convivencia del grupo social.

Es por lo anterior, que el Estado, ante su debilidad en la consecución de sus fines, recurre, por una parte, a reconocer al individuo ese autogobierno y posibilidad de dirigir sus propios intereses según su propio juicio y voluntad, como potestad creadora o extintora de relaciones jurídicas (Monroy, 1983).

Por otra parte, recurre directamente a la ayuda de los particulares para que estos le colaboren en sus cometidos, en particular, le asistan en una de sus actividades esenciales para realización de

sus fines, como lo es la función administrativa, la cual corresponde a la actividad permanente, practica y concreta que lleva a cabo en procura de la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran (Marienhoff, 1982).

En todo caso, los dos escenarios antes mencionados encuentran en el “contrato” el instrumento por excelencia para satisfacer sus necesidades, el cual desde una esfera general es visto como la categoría o especie más relevante de los actos o comportamientos del hombre auto regulatorios de intereses encaminados a producir efectos jurídicos, y desde una esfera más específica, como aquel acuerdo de voluntades tendientes a producir efectos jurídicos²⁰.

Sobre el particular, y objeto de la presente investigación, es viable afirmar que el Estado propendiendo por la consecución efectiva de sus fines, hace uso de uno de los instrumentos con mayor relevancia dentro del universo jurídico como lo es el “contrato”, el cual tiene su génesis en el derecho privado como fuente principal de las obligaciones, las cuales surgen de la coincidencia de voluntades derivadas del ejercicio de la autonomía de la voluntad, es decir, de la disposición de intereses con miras a satisfacer necesidades particulares, aclarando en todo caso que, estos serán denominados como “estatales” a partir del criterio orgánico escogido para su definición, según el cual para determinar su naturaleza, basta que una de las partes sea un ente estatal de los expresamente enunciados en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993.

Lo anterior, a partir del reconocimiento que para autores como Dávila (2016), hace el estatuto de contratación a la autonomía de la voluntad como aplicable a la contratación estatal, entendida esta, de la forma más amplia, como el poder de disponer de los intereses propios o de

²⁰ Autores como Hinestroza, en su obra “Tratado de las Obligaciones II – De las obligaciones: el negocio jurídico – vol. II” expresan que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 1495 del Código Civil, en la doctrina civilista el concepto de contrato no es un sinónimo de convenio.

dirigir la conducta hacia determinados objetivos, que para el caso de la contratación estatal, esta facultad encuentra en el interés público²¹ y el cumplimiento de los fines estatales su única limitante, como bien ocurre en el derecho privado, en donde esa autodeterminación debe ajustarse al orden público (Solarte, 2014).

En este orden de ideas, el reconocimiento que hace el estatuto de contratación a la autonomía de la voluntad, se concreta al tenor de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en una libertad que tiene la entidad de escoger, e incluso crear, contratos y dentro de los mismos consagrar las estipulaciones que mejor crea convenientes para el cumplimiento de los fines estatales²². Asimismo, esta libertad conlleva la facultad de negociar con el particular, todo lo que haga parte de los elementos naturales y accidentales del contrato respectivo, con excepción respecto de los aspectos esenciales, y de aquellos que puedan afectar las reglas de selección (Dávila, 2016).

Así las cosas, el Estatuto de Contratación, remite en los aspectos no regulados, particularmente en él mismo, a las normas civiles y comerciales, toda vez que aquel tan sólo consagra algunos tipos contractuales que de forma enunciativa se contemplan en su artículo 32, lo cual permite al Estado en el cumplimiento de sus fines, valerse de las diferentes categorías contractuales a las cuales la sociedad y el ordenamiento jurídico les ha brindado su reconocimiento y su reglamentación; hecho que, para autores como Vidal & Molina (2016) hacen evidente un proceso de adaptación de los modelos privados a las necesidades de la contratación pública.

²¹ La autonomía privada en la contratación estatal no procede o actúa en igual proporción que en el derecho privado, toda vez que en la primera encuentra su límite en el interés público, de ahí que el alto tribunal haya expresado que, la intención del legislador de 1993 fue la de reconocer la autonomía de la voluntad como rectora en la celebración de los contratos estatales, recogiendo así los postulados previstos en el derecho privado, pero sin que de ninguna manera ello signifique que, la entidad estatal sea ajena a la finalidad que caracteriza tal contratación, es decir, al logro de los cometidos del estado. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2001).

²² Para Dávila (2016) encuentra sus límites también en las normas imperativas que, para el caso de la contratación estatal, nacen de la prevalencia del interés público.

De manera que, el Estado se encuentra facultado para celebrar todos los contratos que bien se deriven de la autonomía de la voluntad, con estricta sujeción en las disposiciones previstas en las leyes civiles y comerciales, salvo las particularmente reguladas en el estatuto de contratación.

Es por todo esto que el contrato, además de ser la fuente principal de las obligaciones en el derecho privado, constituye la especie más relevante del negocio jurídico, de ahí que los elementos de este último le pertenezcan, verbigracia, su esencia típica, es decir, que la conducta tanto del particular como del Estado deben de encaminarse por los carriles o directrices que la misma sociedad a trazado, de acuerdo con los moldes preestablecidos por la misma a esa disposición de intereses, los cuales, han sido fruto del reconocimiento social y normativo, que con el pasar del tiempo, su uso y previa valoración, fueron recogidos en categorías plenamente definidas por la ley, junto con sus características y elementos constitutivos, por encontrarse ajustados a los diferentes valores tutelados por un grupo social determinado como lo son, el de libertad, orden público, igualdad, legalidad, entre otros, necesarios para la convivencia pacífica y la obtención del bien común.

Dicho lo anterior, los elementos específicos del negocio jurídico, o del contrato como especie de este, ya sea Estatal o no, corresponden a los esenciales, naturales y accidentales, como bien fueron anteriormente analizados, sin embargo, son los esenciales del contrato de arrendamiento los que interesan en la presente investigación, puesto que son estos los que además de pertenecer a la estructura lógica del tipo contractual, es decir, lo que lo caracteriza define y sin los cuales el acto pretendido no le es posible formarse y por tanto es inexistente, son los que permiten desvincular a la “especie” como elemento esencial del tipo arrendamiento.

Hechas las salvedades antes expresadas, es menester hacer evidente, a partir de la investigación realizada, una posición unificada tanto por la doctrina como por la normativa privatista nacional y extranjera, según la cual son dos los elementos esenciales presentes en el contrato de arrendamiento, sin los cuales, es imposible que este subsista o bien degenera o derive en otra especie de contrato típico o atípico, razón por la cual, tanto la entrega del goce o uso de un bien, como el precio que se paga por el uso o goce del mismo, deben estar presentes dentro del contenido negocial, pues frente a la ausencia de alguno de ellos, condenaría al tipo “arrendamiento” a no subsistir o existir.

Así pues, y con el fin de estructurar la posición según la cual, la “especie”, no hace parte de los elementos esenciales del contrato de arrendamiento y que de incluirse lo condenaría a su inexistencia, se consideró sustancial analizar de forma general el concepto de “precio” como elemento esencial del arrendamiento y de sus elementos constitutivos (dinero y frutos naturales de la cosa arrendada), de forma tal que se desvinculara de una vez por todas a la “especie” de este tipo contractual.

Como resultado de lo anterior, es viable afirmar, en lo que respecta a la concepción del “precio”, que este es entendido, en general, como el valor o cantidad de dinero que es ofrecida o entregada a cambio de una cosa, bien o servicio, y en particular, en materia de contratación pública, este corresponde al derecho fundamental del contratista de percibir la remuneración contractualmente convenida.

Se debe agregar que, normativamente y de manera expresa, el artículo 1975 del Código Civil Colombiano, ha indicado al “dinero” y los “frutos naturales de la cosa arrendada”, como elementos constitutivos del “precio”, lo cual exigió en primera instancia, a partir de la doctrina

extranjera y nacional (ante la ausencia normativa), abordar la pregunta de ¿qué es dinero?, encontrando una posición unificada según la cual, este es visto como todo aquello que sirva como instrumento de intercambio o medio de pago, sin embargo, para ostentar tal condición se debe de contar con el reconocimiento generalizado en lo referente a lo que es y para qué sirve, en particular, es de resaltar que la manifestación más relevante de dicho reconocimiento se encuentra en la órbita legal, a partir de la cual, el dinero es todo aquello que la ley, los jueces y la jurisprudencia dicen que es y le otorgan esa calidad. La anterior posición guarda estricta relación con la teoría de la estática o constitucionalista del dinero, según la cual todos los elementos, instrumentos o medios de intercambio o de pago dentro de un grupo social, solo son dinero, si han sido producto del poder soberano del Estado.

Por lo dicho a lo largo de la presente disertación, es claro que el dinero solo ostenta tal calidad sólo cuando la ley, o el Estado, a partir del poder soberano que lo acompaña, así se lo ha reconocido como tal, descartando de plano cualquier otra cosa que pretenda ostentar tal calidad en ausencia del asentimiento estatal.

Ahora, y en lo que respecta a los “frutos naturales de la cosa arrendada”, como elemento esencial del “precio”, es de anotar que, normativamente, el legislador es lo suficientemente preciso y claro cuando en primera instancia señala que los “frutos naturales” son todos aquellos que da la “naturaleza, ayudada o no de la industria humana”²³.

Hecha esta salvedad, resulta viable afirmar que el concepto, o lo que se entiende, por “frutos naturales”, de que trata el artículo 714 Código Civil, guarda estricta relación con el contenido normativo del artículo 1975, en el sentido de que estos frutos naturales deben de emanar

²³ Artículo 714 del código civil.

directamente “de la cosa arrendada”, por tanto, y en atención a lo dispuesto en el artículo 27²⁴, resulta más que oportuno señalar que los frutos naturales son todos aquellos que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana, que para el caso del arrendamiento deben de tener como origen en la cosa arrendada y no otra diferente, so pena de desatender el contenido normativo regulatorio de esta tipología contractual.

En el mismo sentido, es de anotar que en la doctrina no existe, contrario a los aspectos normativos antes citados, una posición unificada en admitir a título de frutos naturales en el arrendamiento una cosa distinta de los que se puedan derivar de la cosa arrendada, verbigracia, autores como Peirano (1963) y Gómez (1987) señalan que los frutos naturales deben de emanar de la cosa arrendada y no otra distinta, en contraste con autores como Bonivento (1991), para quien, en su criterio, no ve inconveniente en que pueda ser una cosa distinta a los que se puedan derivar de la cosa arrendada.

Como resultado de todo lo expresado y a partir de los postulados de la teoría de la “ineficacia de los actos jurídicos”, la inexistencia como causal de ineficacia, distinta a la nulidad, contempla la necesidad de diferenciar los elementos esenciales de los no esenciales de todo acto o negocio jurídico, toda vez que ante la ausencia de los primeros, el acto pretendido es inexistente o no surge a la vida jurídica, en contraste con la ausencia de los no esenciales, los cuales afectan la validez de los efectos que pretende producir.

Es así que, el contrato como la especie más relevante del negocio jurídico contiene una serie de elementos esenciales y otros no esenciales, en particular, fueron los esenciales del tipo arrendamiento los que interesaron en el análisis del presente capítulo, el cual permitió desligar o

²⁴ Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

desvincular la “especie” de esta categoría contractual, además de dejar claro en lo que se refiere al “precio”, como elemento esencial del arrendamiento, que este solo puede estar representado o constituido por el “dinero”, entendido como todo medio de intercambio o de pago reconocido como tal por la ley o el Estado a partir de su poder soberano y los “frutos naturales de la cosa arrendada”, los cuales normativamente deben de emanar directamente de la cosa arrendada, evocando que ante la ausencia de alguno de ellos, el tipo arrendamiento es inexistente, y como consecuencia de ello, el negocio jurídico que pueda mantenerse derivará en un tipo contractual diferente ya sea típico o atípico, en este último caso, por no encontrarse disciplinado por la legislación vigente, aunque pueda tener un nombre dado por el uso (Narváez, 1990).

Como resultado de lo expuesto anteriormente, resulta oportuno señalar que los actos o negocios jurídicos derivados de la autonomía de la voluntad aludida a lo largo del presente capítulo, cuando se encuentran subordinados a las previsiones del ordenamiento jurídico²⁵, concluyen con la producción de los efectos jurídicos queridos por las partes y la tutela necesaria para hacerlos prevalecer en el tiempo, sin embargo, cuando esta disposición de intereses se conduce por caminos contrarios a los previstos por el legislador, se condena a su inexistencia (artículo 1501), o se afecta la validez de los efectos que se pretendían obtener. En particular, la actividad contractual del Estado debe de observar y garantizar que en todo acto o negocio jurídico que de ella dimane, se encuentren inmersos los elementos esenciales, naturales y accidentales; los cuales pertenecen a la división tripartita de los elementos componentes del contrato, cuya génesis encuentra acogida en el derecho privado, pero que resulta de obligatoria aplicación en la contratación pública, a partir de la incorporación de las normas civiles y comerciales contenida en los artículos 13, 32 y 40 del Estatuto

²⁵ Puesto que al tenor del texto normativo del artículo 1602 del código civil colombiano, todo “...Contrato legalmente celebrado es ley para las partes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales...” (Negrilla fuera de texto)

de Contratación Pública, salvo las previsiones especiales en él contenidas, en ambos casos, procurando por la satisfacción efectiva del interés general, instituyéndose en pilares fundamentales del principio de legalidad.

Dicho lo anterior, todo contrato estatal debe incorporar un contenido mínimo (esenciales, accidentales y naturales) que le permita hacerse acreedor a los efectos que para ello el legislador ha previsto en los diferentes tipos contractuales, el cual, es producto de la identificación clara de la naturaleza del tipo contractual pretendido, de manera que, esta guarde relación con la función económica y social que el acto o negocio jurídico está llamado a cumplir.

Ahora bien, esa función económica-social²⁶ que el específico acto o negocio jurídico está llamado a producir, además de encontrarse inmersa dentro de los elementos esenciales de las diferentes manifestaciones de auto disposición de intereses reconocidas, reguladas y adecuadas por el legislador en determinadas categorías jurídicas, también es posible encontrarla en la esfera social, cuya aceptación se deriva de los usos y practicas repetitivas que con el pasar del tiempo concluyen como reconocidas y tuteladas por el grupo social, siendo preciso señalar que, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, en el primer supuesto se hablara de contratos típicos y en el segundo de contratos atípicos (Messineo, 1955)²⁷.

²⁶ Frente a la función económica-social que, el acto o negocio jurídico y el contrato está llamado a cumplir, es de anotar que, esta tiene sustento en la interpretación finalista o teleológica del contrato, que a diferencia de la interpretación lógica y literal de su contenido contractual, procura que, para conocer el sentido de un contrato, es imperioso averiguar antes el sustrato económico sobre el cual se funda, el juego de intereses que subyace en él y el intento práctico de la regulación que las partes mediante un contrato tratan de dar a la disposición de intereses, comportando ello en su última razón de ser (Picazo, 1996).

En otras palabras, la función económica-social del contrato hace referencia en un sentido más amplio, a esa disposición de intereses en procura de una función práctica, económica o social que, en atención a los efectos que se pretenden desplegar, el ordenamiento jurídico los ordena en categorías contractuales que claramente contienen de forma expresa y clara sus elementos más intrínsecos, concluyendo en la estructuración de esquemas facticos concretos, definitorios de su naturaleza, clase o especie, que bien pueden ser producto del legislador o bien pueden emanar del reconocimiento social –que surge de las prácticas sociales repetitivas–, como también del mismo tráfico jurídico. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2010)

²⁷ Frente a la tipicidad y atipicidad de los contratos, Francesco Messineo ha sostenido que “[E]n el derecho moderno, los contratos usuales previstos por el ordenamiento jurídico y sujetos a normas generales y particulares, se llaman nominados, porque son conocidos de la ley y regulados por ella. Junto a éstos, sin embargo, la práctica va creando incesantemente otros, que se llaman innominados, no tanto porque no tengan denominación en la ley, cuanto porque carecen de una disciplina legislativa especial...”.

Las reflexiones antes desarrolladas, obedecen a la necesidad de desligar o desvincular a la “especie” como elemento esencial del tipo “arrendamiento”, el cual, como bien se dejó resuelto, pertenece a aquellos contratos denominados como típicos, por tener en la ley una estructura que lo precisa y le otorga una disciplina a partir de sus elementos más intrínsecos, sus efectos o función socio-económica a que están llamados a cumplir, e incluso en cuanto a sus requisitos formales.

En relación con la naturaleza típica del “arrendamiento”, los elementos esenciales que lo estructuran derivados de la estructura tripartita (esenciales, naturales y accidentales) contenida en la teoría de la ineficacia de los actos o negocios jurídicos desarrollada en el derecho privado, y que resulta de obligatoria obediencia en la actividad contractual del Estado a partir del reconocimiento inmerso en las disposiciones normativas contenidas en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, corresponden al otorgamiento del goce o uso de un bien y el precio que se paga por el uso o goce del bien, el cual está constituido a su vez por el “dinero” y “los frutos naturales de la cosa arrendada”, de ahí que ante la ausencia de alguno de ellos, el “arrendamiento”, se torna como inexistente, verbigracia, sí existe concesión del uso o goce de una cosa, pero no el precio, el contrato ya no sería arrendamiento sino un comodato o préstamo de uso, lo cual, inevitablemente, entorpecería los fines Estatales en él inmersos.

Por consiguiente, del examen de los elementos esenciales del contrato típico denominado “arrendamiento” analizado hasta el momento, es viable concluir que estos difieren considerablemente de los elementos esenciales del negocio jurídico denominado “arrendamiento con pago en especie”, toda vez que la “especie” no hace parte de los elementos esenciales del “arrendamiento” y que de incluirse, este último no podría subsistir o existir, por lo tanto, el respaldo y justificación normativa que el legislador ha previsto para el “arrendamiento”, mal podría

aplicársele al negocio jurídico denominado como “arrendamiento con pago en especie”, el cual, si bien contiene elementos semejantes al tipo “arrendamiento”, como lo es la concesión del uso o goce de una cosa con cargo a restituirla, también, este podría encontrar su semejante en los elementos esenciales de otros tipos contractuales, verbigracia, el denominado “comodato o préstamo de uso”, el cual al tenor del texto normativo contenido en el artículo 2200 del código civil, contiene un elemento similar como lo es la entrega por una parte a otra, de una especie mueble o raíz, aunque de forma gratuita, para que se haga uso del mismo con cargo a restituirla.

De igual manera, el “arrendamiento con pago en especie” encontraría su semejante en el tipo denominado “permuta”, previsto en el artículo 1955 del Código Civil, toda vez que, en esencia, en los dos lo que se intercambia es una especie o un cuerpo cierto por otro, aclarando que en el primero la cuestión es temporal y como tal no existe tradición, en todo caso, sin que ello implique que el respaldo y contenido normativo de los tipos contractuales antes mencionados le resulten aplicables al “arrendamiento con pago en especie”.

En consecuencia, el negocio jurídico denominado “arrendamiento con pago en especie”, no estando respaldado normativamente por las disposiciones del tipo contractual del “arrendamiento”, debido a la ausencia del “precio”, como elemento esencial de este último, como tampoco de los diferentes tipos contractuales previstos por el legislador en nuestro ordenamiento jurídico, nos llevaría a concluir, por una parte:

A) Más allá de la denominación que bien las partes pueden brindarle al negocio jurídico que propende por determinados efectos jurídicos, lo que verdaderamente interesa para identificar el tipo contractual celebrado, su naturaleza o función socio-económica al cual está llamado a cumplir y con ello el régimen jurídico aplicable a esta disposición de intereses, es la presencia de los

elementos esenciales, que en los términos previstos en el artículo 1501 del código civil, ante la ausencia de alguno de ellos, el negocio jurídico no produce efecto alguno o degenera en otro diferente;

B) El negocio jurídico “arrendamiento con pago en especie”, celebrado por algunas entidades estatales, hace parte del universo atípico de los contratos, por cuanto su estructura, molde o elementos esenciales no están previstos y menos regulados en ninguna de las categorías previstas por el legislador; pero cuya génesis se encuentra en las exigencias impuestas por las renovadas realidades sociales y el desarrollo económico que crea nuevas situaciones en el tráfico negocial, y que no pueden ser objeto de indiferencia por el ordenamiento jurídico, el cual faculta a las entidades estatales para celebrar negocios jurídicos de naturaleza atípica a partir de la autonomía de la voluntad reconocida expresamente por el estatuto de contratación.

C) La celebración del negocio jurídico “arrendamiento con pago en especie”, por parte de las entidades estatales, justificada y respaldada erróneamente con las disposiciones normativas que el legislador ha previsto para el tipo “arrendamiento” -por cuanto la celebración del primero, no corresponde a la descripción y estructura típica de este último-, de forma evidente desconoce las formas de escogencia del contratista previstas en el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, puesto que, el literal j) del numeral 4° del artículo 2° de la Ley en mención, como el artículo 2.2.1.2.1.4.11 del Decreto 1082 de 2015, prevén como modalidad para seleccionar el contratista, en los casos que se pretenda celebrar un contrato de “arrendamiento”, la referente a la “contratación directa”, de ahí que, el negocio jurídico denominado “arrendamiento con pago en especie”, no perteneciendo a tipo de arrendamiento, y contrario a ello, perteneciendo a aquellos denominados como atípicos derivados de la autonomía de la voluntad reconocida por la Ley 80 de 1993, como bien se ha dejado

expreso en la presente disertación, mal podría hacer uso de la modalidad de contratación directa, cuando sus particularidades obligarían a adelantar el procedimiento de licitación pública, como modalidad de escogencia de contratista, que de forma obligatoria y general se debe de aplicar, salvo las excepciones contenidas en los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2207, lo cual, claramente evidenciaría un contrato celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal; comportamiento previsto como causal de nulidad absoluta en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Lo anterior, sin perjuicio de que tal comportamiento se adecue en la presunta consumación del hecho delictivo denominado como “contrato sin cumplimiento de requisitos legales” contenido en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000²⁸, como consecuencia de la omisión del procedimiento administrativo de licitación pública.

Segunda parte

Contrato Atípico de Arrendamiento con pago en especie celebrado por las entidades estatales

Del análisis realizado en la primera parte de esta investigación, resulta conveniente y de forma general recordar que, el individuo a partir de esa libertad autorregulatoria emanada del postulado de la autonomía privada, dispone de sus intereses con el fin de satisfacer sus necesidades, recibiendo el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico, reflejado este en la adecuación de los elementos esenciales de su comportamiento en una determinada categoría jurídica.

En otras palabras, el individuo dispone de sus propios intereses a través de los tipos contractuales previstos, estructurados y regulados por el legislador, verbigracia, el arrendamiento,

²⁸ Por el cual se expide el Código Penal.

la compraventa, comodato, etc., los cuales han sido fruto de actuaciones sociales repetitivas que han sido socialmente aceptadas y ordenadas por el legislador en los diferentes tipos contractuales pertenecientes al universo normativo. En el mismo sentido, y respecto de estos -tipos contractuales, Arrubla (2012), ha expresado que son todas aquellas “conductas que la ley eleva a la categoría de jurídicas, ofreciéndoles una regulación concreta y especial” (p.4).

En esta línea, es preciso resaltar en lo referente a cada tipo contractual, que este es el resultado del fenómeno de la tipicidad²⁹, el cual conlleva a que la conducta humana sea individualizada y observada en sus elementos más íntimos, reafirmandose en una determinada regulación que guarde armonía con los mismos elementos y caracteres (Arrubla, 2012).

Dicho brevemente, de la constante transformación social, y con ello las diferentes manifestaciones de auto disposición de intereses por parte de los individuos, el ordenamiento ha acogido determinados actos sociales, brindándoles un respaldo e inclusión normativa; por lo tanto, aquellas conductas sociales en cuyo análisis contengan elementos que se alejan o no le pertenezcan a alguna de esas categorías jurídicas reguladas por el legislador, a partir de la teoría de la ineficacia, son inexistentes o son denominadas como atípicas.

En lo referente a la ineficacia, resulta oportuno recordar lo expresado por Albaladejo (1962), quien expresa que el negocio jurídico está diseñado para que, con el apoyo del ordenamiento jurídico, produzca determinados efectos, empero no siempre se llega a cumplir dichos cometidos, y es allí donde se les califica como ineficaces, aunque den lugar a efectos distintos a los queridos por las partes.

²⁹ Entendida por el autor como “un especial modo de organizar la regulación de los actos jurídicos; ordenación que se efectúa a través y por medio de la noción de tipo”

La figura del negocio jurídico se acoge por el ordenamiento para que produzca sus efectos peculiares, y con ese fin realizan los sujetos los negocios concretos. Sin embargo, estos no siempre producen los efectos que le son propios, entonces se les califica de ineficaces, aunque den lugar, como a veces ocurre, a otros efectos distintos de los típicos negociales (p.229).

Por su parte Jiménez (2015), expresa en lo referente a la ineficacia o lo que es igual los defectos en la confección de un contrato o negocio jurídico que justifican su no ejecución, que:

El contrato o negocio jurídico es ineficaz cuando adolece de algún defecto, bien sea en su creación o posteriormente sobrevenido, que justifica su no ejecución, esto es la no realización de las prestaciones pactadas por las partes. Ya desde antiguo, en derecho romano, se planteaban las consecuencias jurídicas que se producían por un contrato con defectos en su constitución (p.106).

En este orden de ideas, y para el caso en concreto, es pertinente señalar que a partir de la teoría de la ineficacia, la inexistencia surge como causal de ineficacia de los actos y negocios jurídicos, diferente a la nulidad, sustentada en la premisa según la cual, la ausencia o falta de condiciones esenciales de todo acto o negocio jurídico afecta directamente su formación, impidiendo que surja a la vida jurídica y produzca los efectos que los intervinientes pretendían, verbigracia, el contrato de arrendamiento, el cual no admite a la “especie” dentro del “precio” como uno de sus elementos esenciales, como tampoco de sus elementos constitutivos, como lo son el “dinero” y los “frutos naturales de la cosa arrendada”, y que al ser sustituido trae como consecuencia su inexistencia, dejando el negocio jurídico denominado “arrendamiento con pago en especie”, objeto de la presente investigación en el universo atípico, dado que su estructura o molde no está prevista ni regulado por el legislador.

Atipicidad

Lo anterior no implica que aquellos actos de libertad y disposición de intereses no regulados sean tomados por el ordenamiento jurídico de forma indiferente, puesto que tal conducta atentaría la esencia del postulado de la autonomía privada; por el contrario, le corresponde a éste, ante la constante transformación de las necesidades sociales, analizar cada una de las relaciones negócias que proliferan en la incesante búsqueda por satisfacerlas y que no se encuentran expresamente reguladas y mucho menos previstas en los diferentes textos legales, de forma tal que sea reconocida esa libertad contractual que permite al individuo celebrar contratos sin necesidad de ajustarse a los tipos preestablecidos por la ley, con el único fin de satisfacer los diferentes intereses por medio de una determinada relación contractual creada por las partes (Farina, 2005).

La posibilidad de crear relaciones negócias no contempladas en los textos legales obedece al rezago normativo que se ha evidenciado frente a la continua transformación de las necesidades sociales, de ahí que a partir de los postulados del principio de la autonomía de la voluntad, el individuo cuente con la facultad de construir relaciones negociales atípicas, como una modalidad de negocio jurídico, es decir, como acto autorregulatorio de intereses jurídicamente relevante, pero concebidos como aquellos cuyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación (Arce, 1980).

Es así que el contrato, atípico se deriva negativamente del concepto de contrato típico, el cual, y en palabras de Díez Picazo (1983), es aquel “para el cual existe en la ley una disciplina normativa”. Sin embargo, y ante la realidad cambiante que vive el universo normativo, los que en algún momento fueron denominados atípicos pueden hoy estar incluidos como típicos, debido a la tendencia legislativa mundial que procura por incluir todas aquellas relaciones negócias que

tienen su génesis en el tráfico negocial y que sirven para satisfacer las diferentes necesidades sociales.

En palabras de Chulia & Alandente (1999), son contratos atípicos “los no regulados legalmente aunque ésta los menciona reconociendo simplemente su existencia en la realidad social”, definición semejante a la expresada por el tratadista Farina (2005), para quien, los contratos atípicos son aquellos no regulados por la ley “surgidos de la vida jurídica en razón de la libertad de contratación, inherente – junto con la libertad para contratar – a la autonomía de la voluntad” (p.370).

Conviene subrayar que frente a las definiciones de atipicidad y tipicidad, algunos autores no hacen mención al contrato atípico o típico sino a contrato innominado o nominado, verbigracia, el tratadista Messineo (1952) cuando expresa que, el “contrato innominado es aquel que, aunque mencionado por la ley carece de una disciplina particular”, empero, se hizo evidente que, para algunos autores como Castro (2006)³⁰, se reconoce un criterio diferenciador entre el término “típico” y “nominado”, “atípico” e “innominado”, como también para autores como Messineo (1952) y Bercaitz (1980)³¹ estos términos se utilizan como sinónimo: sin embargo, es de anotar que la doctrina ha dicho que “nominado” e “innominado” viene del Derecho Romano, refiriéndose respecto de esta como aquella mención que la ley hace de un contrato, sin que ello signifique su desarrollo por la ley³², de ahí que, típico necesariamente implique la regulación y disciplina del

³⁰ Para Castro “hoy en día los nominados o innominados se clasifican según si la ley les asigna o no un nombre específico a una relación jurídica contractual; los típicos o atípicos se refieren a si el contrato tiene una regulación legal o se carece de ella (...) En ese orden de ideas, los contratos legalmente típicos son necesariamente nominados pero no todos los contratos atípicos con innominados, ya que pueden existir y de hecho existen figuras socialmente identificadas, reconocidas y frecuentemente utilizada por la comunidad negocial”

³¹ Bercaitz, en su obra “Teoría General de los Contratos Administrativos” al aceptar los contratos administrativos atípicos los definió como “los innominados son aquellos que presentan caracteres atípicos resultantes de la reunión de diversos elementos constitutivos de los contratos típicos”, lo cual denota la utilización de estos dos términos como sinónimos.

³² La autora Gete-Alonso, Maria del Carmen y Calera en su obra “Estructura y Función del tipo contractual” frente al origen de tal clasificación expresa que “se encuentra en el sistema contractual presentado en el Cuerpo Justineano, para hacer referencia, con ella, al fundamento de la eficacia obligatoria de –valga la repetición– la obligación contractual, pero no necesariamente ligada a la idea de regulación, es decir, tipificada, o falta de ésta”

contrato, en lo referente a su contenido, requisitos, elementos, etc., en contraste con nominado que tan solo se refiere al nombre dado por la ley a un contrato en particular.

Como ya se dijo, el termino de “innominado” se remonta al Derecho Romano³³, en medio de una realidad donde se reconocían a los contratos típicos como únicos generadores de una obligación civil, empero, éste se configura previo al siglo III y obtiene aceptación a partir de las elaboraciones de Justiniano (Farina, 2005). En esta línea, resulta importante recordar que en Roma existía una dificultad frente a aquellas prestaciones que no encuadraban en ninguna de las categorías típicamente reguladas, es decir, en algún contrato nominado, la cual, giraba en torno a la ausencia de acciones legales que las tutelaran, toda vez que no había causa fuente de la obligación, de ahí que los contratos innominados surgen con el propósito de dar solución a esta situación, de manera tal que de existir una prestación que no correspondía al universo nominado, en casos determinados se le concedía una acción que propendiera por obtener la contraprestación convenida (Masnatta, 1961). No obstante, con el tiempo, en el derecho moderno, los contratos innominados fueron entendidos con el término de “atípicos”, dejando claro que lo importante no es que tenga una denominación, sino por el contrario, si gozan de regulación y disciplina por la ley.

En este contexto y frente a la conclusión desarrollada en la primera parte de la presente investigación, según la cual el negocio jurídico denominado “arrendamiento con pago en especie” pertenece al universo atípico de los contratos, por contener elementos como la “especie” que considerablemente difieren de los elementos esenciales del tipo “arrendamiento”, y que de incluirse concluyen, a partir de los postulados de la teoría de la “ineficacia de los actos o negocios jurídicos”,

³³ Esta figura aparece “En el derecho romano (donde ya se planteaba la existencia de los contratos innominados), gran parte de las instituciones jurídicas, se producen por deformación o adaptación de algunas figuras jurídicas a las soluciones prácticas que reclamaban las necesidades socio económicas...” ARCE, Javier pág. 48.

en la inexistencia de este último, lo anterior, sin desconocer que el contrato atípico antes mencionado contiene elementos semejantes -concesión del uso o goce de una cosa con cargo a restituirla- con el tipo “arrendamiento”, sin que ello signifique que el régimen y previsiones normativas de este último le pertenezcan, puesto que dicho elemento, de forma similar, guarda semejanza con tipos contractuales como el “comodato o préstamo de uso”, el cual, al tenor del texto normativo contenido en el artículo 2200 del código civil, implica de forma similar la entrega por una parte a otra, de una especie mueble o raíz para que se haga uso del mismo con cargo a restituirla, diferenciándose en que este último es gratuito; asimismo, el tipo denominado “permuta” previsto en el artículo 1955 del código civil, el cual en su esencia se asemeja en que se intercambia una especie o un cuerpo cierto por otro, aclarando que en el “arrendamiento con pago en especie”, la temporalidad, es requisito, en contraste con la permuta donde existe tradición.

En este orden de ideas, y respecto a la naturaleza atípica del negocio jurídico “arrendamiento con pago en especie”, resulta oportuno recordar que para la Corte Suprema de Justicia (2001), estos son aquellos que no se encuentran descritos en un tipo legal y, subsecuentemente, no están especialmente regulados por el ordenamiento; lo cual nos permite recordar que, en materia contractual pública, las entidades estatales se encuentran facultadas para celebrar esta clase de contratos, a partir del reconocimiento por parte del Estatuto de Contratación (Ley 80 de 1993) del ejercicio de la autonomía privada (artículo 40 de la Ley 80 de 1993), el cual conlleva la libertad no sólo para escoger, e incluso crear, contratos y dentro de los mismos consagrar las estipulaciones que mejor crea convenientes para el cumplimiento de los fines estatales, sino también, para negociar con el particular el contenido o la inclusión respecto de los elementos naturales y accidentales de la tipología contractual respectiva, con excepción de los aspectos esenciales del contrato, y aquellos que puedan afectar las reglas de selección.

Por lo anterior, ha de considerarse necesario el analizar *grosso modo* el concepto de la autonomía de la voluntad en el derecho público, de tal forma que no exista duda en la facultad legal para celebrar por parte de las entidades estatales, no sólo los contratos típicamente regulados, sino también aquellos que no cuentan con dicha regulación y por ende pertenecen al universo de los contratos atípicos, los cuales tienen su génesis en las exigencias impuestas por las renovadas realidades sociales, además del desarrollo económico que crea nuevas situaciones en el tráfico comercial y que no pueden ser objeto de indiferencia por el ordenamiento jurídico.

Autonomía privada de la voluntad en las entidades estatales

Para comenzar, resulta oportuno recordar la existencia de un sector de la doctrina³⁴ (aunque no mayoritario), que considera la autonomía de la voluntad como una institución exclusiva del derecho privado (a pesar de que en Colombia, los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, así lo han dispuesto), con fundamento en la premisa según la cual, la administración no tiene libre determinación en la decisión de contratar, escoger al contratista y el contrato a celebrar, pues estos comportamientos se encuentran debidamente reglamentados en la ley, verbigracia, la libertad para escoger al contratista, la cual, en realidad, se encuentra determinada expresamente en el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, eliminando cualquier iniciativa diferente a la contemplada por el legislador (Ibagón, 2014).

³⁴ Respecto al sector de la doctrina que sostiene la negativa en la aplicación de la autonomía de la voluntad en el Derecho Público, en el desarrollo investigativo se encontró que, autores como Mónica Liliana Ibagón Ibagón en su obra “El principio de Estado de derecho y los contratos estatales” (2014) expresa que “la administración no tiene libre determinación en la decisión de si se contrata o no, en la escogencia del co-contratante y del contrato a celebrar” (p. 33); asimismo, el autor Pedro A. Lamprea Rodríguez en su obra “Contratos Estatales” de forma tajante expresa que “el servidor público no tiene voluntad. Su voluntad es la ley, lo que el orden jurídico quiere. Insinuada para los órganos del Estado, la noción no solo es falsa, sino sobre todo inútil. Nada se predica del poder del Estado de atribuirles a sus agentes alguna medida, siquiera mínima, de autonomía de la voluntad propia”.

En contraste con lo anterior, existe otro sector de la doctrina y jurisprudencia (postura mayoritaria), según el cual, el postulado de la autonomía privada es de aplicación especial en materia de contratación pública (Portocarrero, 1975), inclusive, se ha llegado a afirmar que esta corresponde a una condición de validez del contrato de la administración, toda vez que las declaraciones de voluntad se producen de manera independiente y autónomamente, pero con efectos recíprocos entre las mismas, de ahí que sea el contrato de la administración o estatal el resultado de la aplicación y combinación del principio de legalidad, con la regla de que es ley para las partes por razones de interés público (Lamprea, 1979).

Asimismo, Escobar (2003) expresa frente a la autonomía de la voluntad en el derecho público que, resultaría exagerado negar su aplicación en el derecho administrativo, pues lo que ocurre es que ésta contiene un tratamiento especial en este campo del derecho.

Consideramos exagerado negar la aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad en el Derecho Administrativo, lo que realmente ocurre es que esta institución tiene un contenido propio y especial en esta campo del Derecho, como sucede con las demás categorías jurídicas, que sufren una transformación para adaptarse a las exigencias específicas de la Administración Pública y a sus fines institucionales, que se concretan en el servicio a los intereses comunitarios.

En todo caso, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública es claro en disponer que el contrato estatal comprende no sólo los diferentes tipos contractuales previstos en las leyes civiles y comerciales, sino también, aquellos negocios jurídicos derivados de la autonomía de la voluntad (artículo 32 de la Ley 80 de 1993). Asimismo, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 reconoce la libertad de las entidades estatales contempladas en el artículo 2° de la misma, para celebrar, e incluso crear, los contratos que permita la autonomía de la voluntad, siempre y cuando propendan por el cumplimiento efectivo de los fines estatales, lo cual, y sin lugar a dudas, implica

la existencia de un régimen mixto aplicable al contrato estatal, el cual se nutre de disposiciones del derecho civil y comercial en lo no regulado expresamente en el estatuto de contratación (Rodríguez, 2013).

Habría que decir también que la antes aludida libertad negocial del Estado, y de los particulares que lo integran, como fundamento de la filosofía del Estado social de derecho, pareciere encontrarse inmersa, entre otros, en los artículos 1º, 2º, 28, 83 y 333 de la Constitución Política de Colombia, en virtud de los cuales se tutela el derecho a intervenir por parte de los individuos que pertenecen a un grupo social determinado, en la vida económica del Estado, de forma tal que se propenda por el bien común general.

Al mismo tiempo, el texto constitucional hace beneficiario al Estado de los alcances del principio de la libre competencia, en el sentido de permitirle actuar en igualdad de condiciones que el particular en el tráfico jurídico ordinario, razón por la cual, el estatuto de contratación de la Ley 80 de 1993, como respuesta a la concepción constitucional de éste en su relación con los particulares, introdujo el concepto de la autonomía de la voluntad, de tal forma que se establecieran criterios de igualdad en las relaciones económicas del Estado y el particular, donde el primero es el garante de la satisfacción de las necesidades sociales y el segundo es el colaborador propietario o facilitador de bienes y servicios que permiten al primero cumplir con sus cometidos (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2005).

Lo anterior se puede ver reflejado en el trabajo parlamentario que precedió al estatuto de contratación, donde se hizo evidente el reconocimiento que se hacía desde el proyecto de ley a la autonomía de la voluntad, entendida como delegación que la ley confiere a las partes de regular las relaciones contractuales, encontrando como único limitante, el respeto de los imperativos de orden

público (Gaceta del Congreso, 1992); asimismo, el mismo texto lleva impreso en animo de reconocerle al administrador público una mayor autonomía –semejante a la del particular- de tal forma que los fines en el encomendados, se cumplan de forma eficiente, célere y eficaz.

Por lo tanto, es posible evidenciar que a partir de la inclusión del postulado de la autonomía de la voluntad en el estatuto contractual, se rompe con el régimen desigual implantado en el Decreto 222 de 1983, donde el Estado ostenta una superioridad de alcances inimaginables en materia contractual frente al particular, afectando la economía, eficacia y eficiencia de la actividad contractual y de los fines Estatales al cual está llamada a cumplir. Es así que, para el Consejo de Estado (1997, 1998) la autonomía de la voluntad se constituye como un “principio rector” de los contratos estatales, de ahí que, las entidades estatales puedan contar con la libertad para escoger el tipo contractual y sus estipulaciones, siempre dentro de un marco de cargas y responsabilidades emanadas de la misma naturaleza y fines inmersos (Benavides, 2002).

En este orden de ideas, en materia contractual, a la administración pública se le tutela el ejercicio de la libertad contractual en sus relaciones negócias con los particulares, y en especial, el desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, el cual, como bien ya anteriormente se ha expresado, le permite celebrar todos los contratos que bien puedan encontrarse reglamentados en las leyes civiles o comerciales o crear contratos que no lo estén pero que se orienten al cumplimiento y satisfacción de los fines estatales.

Debido a lo anterior, y para el Consejo de Estado (2005), el Estatuto de Contratación constituye un conjunto de disposiciones que se encaminan a seleccionar objetivamente el contratista, aclarando que la regulación se hace frente al contrato es meramente excepcional, toda vez que al tenor de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, estos contratos denominados

como “estatales”, se regirán por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, salvo en las particularmente reguladas en la misma. Hay que mencionar además que se reconoce la autonomía de la voluntad para las entidades estatales, permitiéndoles celebrar todos los contratos y acuerdos que requieran en el cumplimiento de los fines en ellos encomendados.

Ahora bien, ante el indiscutible reconocimiento que el estatuto de contratación hace a la autonomía de la voluntad, es importante resaltar que esta no sólo se encuentra presente en la celebración del contrato, y como consecuencia, la estructuración de sus estipulaciones, pues esta también tiene su génesis desde el momento en que la entidad decide iniciar el proceso selectivo de contratista, y con ello decide cuáles serán los términos, requisitos y condiciones que los particulares interesados deberán de tener en cuenta al momento de pretender participar y con ello colaborar con la consecución de los fines estatales, lo cual permite a este rechazar o por el contrario aceptar las mismas y con ello a futuro suscribir el acuerdo respectivo; por tanto, es viable afirmar que, la autonomía de la voluntad como principio reviste toda la actividad contractual desplegada por las entidades públicas.

En esta misma línea, habría que mencionar también que, de manera semejante nuestra jurisprudencia al reconocer la autonomía de la voluntad en la actividad contractual de la administración pública, hizo evidente que la misma hace presencia en todas sus etapas, así:

La intención que inspiró al legislador de 1993 al expedir el estatuto contractual fue la de reconocer la autonomía de la voluntad como rectora en la celebración de los contratos estatales, recogiendo los postulados previstos en el Derecho Privado, pero sin que ello signifique que la entidad estatal sea ajena a la finalidad que caracteriza tal contratación, esto es, el logro de los cometidos del Estado” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2001)

Asimismo, se expresa que una de las finalidades en la expedición del Estatuto Contractual fue la de reconocer la autonomía de la voluntad como rectora en la celebración de los contratos estatales, recogiendo los postulados previstos en el Derecho Privado.

La celebración de un contrato estatal está precedida, de una parte, de la expresión de voluntad de la Administración, que se empieza a manifestar desde el mismo momento en que ésta decide iniciar un proceso contractual, y, de otra, de la manifestación de voluntad del particular interesado, que podría concretarse, en principio, con la presentación de su oferta. En otras palabras, la autonomía de la voluntad no es un principio de la contratación estatal que haga presencia únicamente en el instante de la suscripción misma del contrato, es decir sólo al momento del pacto de las cláusulas; tal cosa ocurre desde antes, como quiera que la decisión de celebrar o no un negocio, y poner o no determinadas condiciones básicas -todo esto usualmente contenido en el denominado pliego de condiciones o términos de referencia, entre otros documentos elaborados unilateralmente por la entidad-, expresa el principio de la autonomía de la voluntad en la fase de preparación del negocio jurídico, pese a que, hasta ese momento, no se han empezado a cruzar las voluntades del oferente y del aceptante, sino que todo reside en la intención de las partes.

En este orden de ideas en el proceso de contratación pueden distinguirse dos etapas diferentes:

la primera relativa al orden interno de la Administración Pública, es la que se refiere a la formación de la voluntad administrativa, a la decisión de contratar en sí misma y a la forma y condiciones de esa contratación; la segunda.... atañe al conjunto de las relaciones de la Administración con los particulares, y se vincula con la formación del contrato como tal y a las formas y modalidades de selección del cocontratante particular, que llevarán, finalmente, a la declaración de voluntad que constituirá el contrato” . Este proceso esta permeado en buena medida por el principio de autonomía de la voluntad.

Al respecto esta Sala ha precisado el contenido de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal de la siguiente manera:

La intención que inspiró al legislador de 1993 al expedir el estatuto contractual fue la de reconocer la autonomía de la voluntad como rectora en la celebración de los contratos estatales, recogiendo los postulados previstos en el Derecho Privado, pero sin que ello signifique que la entidad estatal sea ajena a la finalidad que caracteriza tal contratación, esto es, el logro de los cometidos del Estado (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2001, 2005).

Por lo tanto, es dable afirmar, en lo referente a la formación de la voluntad de la administración que; por una parte, esta tiene su origen en la decisión y exteriorización de la intención o voluntad de dar inicio al respectivo proceso selectivo, junto con las condiciones del mismo y; por otra parte, el perfeccionamiento del mismo, elementos que deberán estar presentes en la formación de la voluntad de todo contrato estatal, al igual que en cualquier otro contrato, para ser considerado como una realidad en el universo jurídico (Marienhoff, 1983).

Por consiguiente, la autonomía de la voluntad es vista como principio rector del contrato estatal, con el cual, las entidades estatales, cuentan con un margen de libertad para escoger el tipo contractual típico que más se adecue a su necesidad y con ello las estipulaciones que mejor resulten convenientes de acuerdo con sus elementos esenciales, naturales y accidentales, aclarando en todo caso que, esta libertad conlleva una serie de obligaciones y cargas en torno a la tutela del orden público y fines estatales. De igual manera, y al tenor del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se reconoce igualmente a las entidades estatales la facultad de celebrar contratos atípicos con o sin reconocimiento social y de diseñar otros mixtos, de acuerdo con la conveniencia que se requiera (Suescún, 1995).

Es de decir también que, la autonomía de la voluntad antes aludida, en materia de contratación estatal, tiene precisos límites, cargas rigurosas y rígidas que deben de atenderse tanto para que exista el contrato pretendido o para que este no adolezca de vicio alguno que afecte su

validez y con ello los efectos buscados, de ahí que todo contrato estatal, como ya en repetidas ocasiones se ha expresado, debe de incluir un contenido mínimo, verbigracia, los elementos esenciales derivados de la clasificación tripartita cuya génesis se encuentra en el derecho privado (esenciales, naturales y accidentales) y que resulta de obligatoria obediencia a partir del reconocimiento previsto en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, los cuales, de estar ausentes, el contrato no subsiste o no existe, de conformidad con el artículo 1501 del código civil y el 998 del código de comercio (Gil, 2015).

Asimismo, es de anotar que frente a las cargas y responsabilidades que conlleva el ejercicio de la autonomía de la voluntad, y que propenden por impedir que la libertad reconocida por el estatuto de contratación acabe como absoluta, el principio de legalidad corresponde a una de las más relevantes, el cual se orienta al respeto y acatamiento de la ley en sentido estricto, además de la totalidad del sistema normativo a cuya cabeza, según nuestra costumbre institucional, se encuentra la constitución política, de ahí que no resulte extraño hablar del principio de sometimiento al bloque de la legalidad (Santofimio, 1998). En el mismo sentido, Sierra (1998) considera que el principio de legalidad debe de entenderse desde dos órbitas; por un lado, y de forma genérica, como “principio de juridicidad, esto es, sometimiento de los poderes públicos, y principalmente la Administración, al derecho, a las normas jurídicas” y; de otra parte, y en sentido estricto, como el “sometimiento de los poderes públicos a la ley del Congreso, a la ley en sentido formal.”.

Por lo anterior, y con el ánimo de ejemplificar la carga de legalidad antes aludida, resulta importante resaltar que, en materia de Contratación Estatal, a diferencia del Derecho Privado, se requiere del cumplimiento de una serie de requisitos adicionales, verbigracia, el deber de toda entidad

estatal, en atención a los postulados del principio de planeación, el cual “es otro axioma que contribuye a que el objetivo contractual se alcance con calidad y sin dilapidar los recursos” (Yong, 2013, p.51), de contar, previo a adelantar cualquier proceso de selección de contratista y a contratar con éste, con los estudios previos³⁵ necesarios que viabilicen técnica y económicamente el objeto a contratar y su impacto en la satisfacción de los fines del Estado, los cuales contendrán como mínimo:

I. La descripción de la necesidad que la entidad pretende satisfacer con la pretendida contratación; **II.** el objeto a contratar, con sus especificaciones, autorizaciones, permisos y licencias necesarias para su ejecución, de forma tal que, se tenga clara la manera de satisfacer la necesidad, identificando en ella fácilmente sus características y condiciones mínimas que permitirán ejecutar el objeto pretendido; **III.** La modalidad de selección de contratista y su justificación jurídica; **IV.** El valor estimado del contrato y la justificación del mismo; **V.** los criterios para seleccionar la oferta más favorable (requisitos habilitantes como los factores de selección propiamente dichos) y; **VI.** El análisis del riesgo, estimando, tipificando y asignando los riesgos derivados del mismo (artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 y CONPES 3107 y 3133); asimismo, se hace necesario contar con el respectivo análisis del sector económico y de los oferentes (artículo 2.2.1.1.1.6.1 Decreto 1082 de 2015) y demás documentos necesarios en la fase preparatoria.

Más aún, es deber de toda entidad estatal contar con el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal de que habla el artículo 71 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, previo al inicio de todo proceso selectivo de contratista (numeral 6°, artículo 25 Ley 80 de 1993), de manera tal que se dé fe acerca de la existencia de recursos dentro de su presupuesto para

³⁵ Al respecto, su obligatoriedad se encuentra inmersa normativamente en el numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011; artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015.

financiar el contrato, no existiendo ninguna excepción para el cumplimiento de esta obligación, aun cuando se trate de apropiaciones que parecieren no requerir del mismo, esto es, cuando la obligación nace de un mandato constitucional como es el de la transferencia de la participación de las entidades territoriales de los recursos ordinarios o el servicio de empréstitos públicos, pues allí también, es obligatoria la obtención del certificado de disponibilidad respectivo (Restrepo, 2014).

Por su parte, atendiendo lo preceptuado en el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007, las garantías resultan obligatorias independiente de su naturaleza atípica, salvo cuando se trate de un contrato inter-administrativo y en aquellos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía. Cabe aclarar que de conformidad con el texto normativo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el cual, frente a los requisitos de ejecución de los contratos estatales, entre otros, hace referencia al deber de aprobar las garantías.

Sumado a lo anterior, y en lo referente al mecanismo de selección anteriormente aludido, resulta importante señalar que, para escoger al contratista de un contrato atípico, debe de seguirse la regla general de la licitación pública (numeral 1° del Artículo 2° de la Ley 1150 de 2007), salvo que se encuentre dentro de las causales de la selección abreviada (numeral 2° del Artículo 2 de la Ley 1150 de 2007); de la mínima cuantía, cuando la contratación no exceda el 10% de la menor cuantía de la entidad independiente de su objeto (Artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 y artículo 2.2.1.2.1.5.1 y siguientes del Decreto 1082 de 2015); o contratación directa (numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 y artículo 2.2.1.2.1.4.1 y siguientes del Decreto 1082 de 2015).

Por otra parte, y frente a las cláusulas excepcionales previstas en los artículos 14 al 18 de la Ley 80 de 1993, es de anotar que, estas se encuentran prohibidas en los contratos atípicos, lo anterior, de acuerdo con la posición jurisprudencial actual, puesto que el artículo 14 de la ley antes

citada sólo permite que se incluyan de manera obligatoria o potestativa en algunos contratos enumerados taxativamente y dentro de los cuales no están los contratos atípicos (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2006).

Ahora bien, esta posición es susceptible de cambiar si se tienen en cuenta las teorías sobre la integración del contrato atípico, en el sentido de que, si se acude por ejemplo a:

La teoría de la absorción³⁶ (Lotmar), según la cual, en los contratos atípicos debe determinarse cuál es la prestación o elemento preponderante, de manera que le sean aplicables las disposiciones normativas del contrato típico al cual pertenezca tal prestación o elemento preponderante, el contrato atípico es absorbido por el típico, lo cual lleva a concluir que, según esta teoría, no existen contratos atípicos (Arce, 1989).

La teoría de la combinación³⁷ (Díez), según la cual, cuando el contrato atípico se encuentra conformado por elementos de varios contratos típicos, las normas aplicables serán las que resulten de la mezcla o combinación de las mismas (Arce, 1989).

La teoría de la analogía³⁸, con la cual se expresa que, las reglas a aplicarle a un contrato atípico son las del contrato típico con el que tenga mayor analogía (Arce, 1989).

³⁶ Para la doctrina, ésta teoría presenta serias dificultades, pues no siempre resulta fácil determinar el elemento preponderante, encontrando muchas veces que, ese elemento está presente en más de un contrato típico, lo cual dificulta su aplicación.

³⁷ Como crítica de esta teoría, se encuentra la que se orienta a señalar que, el contrato es único, y no una combinación de diversos elementos, pues en el mismo se encuentra la esencia de una nueva creación no regulada, por tanto mal podría pensarse que es la combinación de varios típicos desconociendo así esa libertad de configuración contractual ante realidades cambiantes.

³⁸ Frente a esta se ha expresado que, se estaría limitando la autonomía de la voluntad, toda vez que, es en virtud de esta que las partes se alejan de toda figura típica con el ánimo de autorregular sus intereses, de ahí que aplicarle las normas de un contrato típico, sería desconocer los postulados de esa libertad de configuración.

La teoría del interés o fin dominante³⁹ (Enneccerus), según la cual no debe insistirse con la aplicación de las normas de contratos típicos, puesto que, precisamente este último no colmaba las expectativas perseguidas por las partes en su convención, por tanto, resulta necesario acudir a las normas de la teoría general del contrato y de las obligaciones para regular la convención atípica; por medio de las cuales se podría llegar a poder incluir este tipo de cláusulas en el contrato atípico (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2006).

Por último, en el contrato atípico existen cláusulas de obligatoria inclusión, verbigracia, la referente a la declaratoria de ocurrencia del siniestro de acuerdo con las garantías pactadas en el contrato (artículo 7º de la Ley 1150 de 2007); la referente a la liquidación unilateral obligatoria de los contratos de tracto sucesivo de que trata el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, cuando se hace imposible la liquidación bilateral; la terminación unilateral por la ocurrencia de causales de nulidad absoluta (artículo 44 y siguientes de la Ley 80 de 1993) y; la referente a la declaratoria unilateral de incumplimiento contractual que ermita hacer efectiva la cláusula penal pactada contractualmente (artículo 17 de la Ley 1150 de 2007), la cual, al igual que los contratos atípicos, tienen su génesis en la autonomía de la voluntad de las partes, empero, su efectividad unilateral se deriva de la competencia que el ordenamiento jurídico le otorga a las entidades públicas contratantes (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2008).

Características

Utilizando las clasificaciones legales y elaboradas por la doctrina, es viable afirmar que, el contrato estatal atípico tiene, entre otras, las siguientes características (Dávila, 2016):

³⁹ Frente a esta teoría, en la obra “Contratos Mercantiles – Contratos Atípicos” del autor Jaime Alberto Arrubla Paucar, se expresa como crítica la impotencia para encontrar un criterio general.

I. Bilateral. En tanto las partes del contrato adquieren obligaciones que se miran como recíprocas. El sentido antes expresado permite que se pueda aplicar la excepción de contrato no cumplido de que trata el artículo 1609 del Código Civil, institución que, si bien fue negada durante mucho tiempo como aplicable al Estado, después de innumerables incumplimientos contractuales impunes, se hizo necesario revisar la aplicación de la misma en materia pública, permitiendo aplicar la mismas con algunas excepciones derivadas de la naturaleza del contrato estatal.

II. Oneroso. Los contratos estatales sean o no atípicos son generalmente onerosos en cuanto reportan utilidad y beneficio para ambas partes, gravándose uno a favor del otro (artículo 1497 del Código Civil).

III. Conmutativo. Expresamente el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 indica que el contrato estatal es conmutativo, debido a lo expresado en el artículo 1498 del Código Civil⁴⁰, esencia que permite dar origen a la aplicación al principio de la ecuación contractual.

IV. Solemne. Es solemne en cuanto que, la manifestación de la voluntad es ineficaz mientras no se exprese bajo la forma *ad solemnitaten* o *ad substantian actus* (artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y artículo 1500 del Código Civil).

V. De ejecución Instantánea o sucesiva. Los estatales pertenecen a ambas categorías, entendiendo por los primeros aquellos que son susceptibles de cumplirse en un instante, contrario a los segundos que, los cuales se prolongan en el tiempo.

En general, y conforme así ha afirmado el Consejo de Estado (2005) frente a la carga de legalidad, la aplicación de este en la contratación estatal implica acercarse tanto a las disposiciones y principios propios del derecho administrativo y privado, dentro de una realidad donde el Estado

⁴⁰ ARTICULO 1498. CONTRATO CONMUTATIVO Y ALEATORIO. El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.

es un sujeto igual a los demás partícipes del mercado, y que despliega su actuar en condiciones de igualdad sin primacía alguna, aclarando en todo caso, sin perder de vista en ningún momento el interés general.

Por último, y de acuerdo con lo expresado por Dávila (2016), también aparecen como cargas o límites a la autonomía de la voluntad, la claridad, sagacidad y la diligencia; las mismas que en su esencia, bien podrían encontrarse inmersas en los principios que gobiernan en general la función administrativa, verbigracia, los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (artículo 209 C.P.), y que de observarse desde su inicio por las partes, concluyen en mayores beneficios en la actividad contractual del Estado.

Problemática

Si bien es cierto, la administración pública procura cumplir con sus fines constitucionales⁴¹, salvaguardando el interés general y el bien común, para lo cual, le resulta más que indispensable utilizar diferentes formas de negocio jurídico, aunque no se encuentren reconocidos normativamente, puesto que, ante la gran responsabilidad que le compete, mal podría su margen de acción quedar reducido a los patrones de ley, cuando a la actividad social relativa a la circulación de bienes se trata (Hinestrosa, 1963).

Lo anterior, hace evidente la bondad del contrato atípico, el cual viene a convertirse en un instrumento de gran utilidad para las entidades estatales, empero, como bien se analizó y justificó a lo largo de la presente disertación, el negocio jurídico denominado como “arrendamiento con

⁴¹ Artículo 2º de la Constitución Política Colombiana.

pago en especie” celebrado por parte de las entidades estatales, hace parte del universo atípico de los contratos, por cuanto su estructura, molde o elementos esenciales no están previstos y menos regulados en ninguna de las categorías previstas por el legislador, en particular, frente al tipo contractual del “arrendamiento”, el cual se torna como inexistente cuando se incluye a la “especie” como elemento esencial.

Por lo anterior, resulta totalmente contrario al ordenamiento jurídico, justificar y respaldar el contrato estatal atípico del “arrendamiento con pago en especie”, con las disposiciones normativas que el legislador previó para el tipo contractual del “arrendamiento”, puesto que de esta manera, las entidades públicas, erróneamente utilizan la modalidad de contratación directa para la escogencia de contratista, amparados en el literal i) del numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007⁴², transgrediendo de forma evidente las disposiciones especiales en materia de contratación pública, en particular, las referidas a la escogencia del contratista, las cuales, como bien anteriormente se expresó, obligan a las entidades estatales en la escogencia del contratista de un contrato atípico, a acudir al procedimiento de la licitación pública como regla general⁴³, salvo que se justifique la ocurrencia de alguna de las causales⁴⁴ de la selección abreviada⁴⁵, o por cuantía se acuda al procedimiento de la mínima cuantía, cuando la contratación no exceda el 10% de la menor cuantía de la entidad independiente de su objeto⁴⁶. Lo anterior, evidenciaría un contrato celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal; comportamiento previsto como causal de nulidad absoluta en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

⁴² Artículo 2º. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

(...)

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

(...)

i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.”

⁴³ Numeral 1º del Artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

⁴⁴ Verbigracia, por cuantía (literal b), o cuando el proceso de licitación pública haya sido declarado desierto (literal d).

⁴⁵ Numeral 2º del Artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

⁴⁶ Artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 y artículo 2.2.1.2.1.5.1 y siguientes del Decreto 1082 de 2015.

Lo anterior, sin perjuicio de que tal comportamiento se adecue en la presunta consumación del hecho delictivo denominado como “contrato sin cumplimiento de requisitos legales” contenido en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000 “Por el cual se expide el Código Penal”, como consecuencia de la omisión del procedimiento administrativo de licitación pública.

Habría que decir también que, frente a la obligatoriedad de las garantías (artículo 7º de la Ley 1150 de 2007), es claro que al justificar, y respaldar, erróneamente el contrato atípico del “arrendamiento con pago en especie” con las previsiones normativas del tipo contractual del “arrendamiento”, como consecuencia de ello, utilizar la modalidad de contratación directa para seleccionar el contratista, se transgreden las disposiciones normativas en materia de contratación pública, puesto que el carácter obligatorio de las garantías en los procesos de selección por licitación pública, obligatorio para la celebración de los contratos atípicos, se transformaría en potestativo, lo anterior conforme el texto normativo del artículo 2.2.1.2.1.4.5 del Decreto No. 1082 de 2015⁴⁷, según el cual, en la contratación directa, la exigencia de garantías no es obligatoria.

De esta manera, se observa claramente como el contrato atípico antes mencionado, transgrede las disposiciones normativas que rigen la actividad contractual de la administración pública, afectando no sólo la satisfacción de las necesidades a las cuales se dirigía el objeto del contrato, sino también, tornando aún más dificultosa la consecución efectiva de los fines estatales, debido a las consecuencias de orden disciplinario, fiscal y penal que conlleva la celebración inadecuada de los contratos estatales.

Conclusiones

⁴⁷ No obligatoriedad de garantías.

Como bien se ha expresado a lo largo de la segunda parte, resulta de sinigual importancia el hecho de que el legislador haya reconocido expresamente el principio de la autonomía de la voluntad en las normas que regulan la actividad contractual del Estado, y que bien podría afirmarse, encuentra su génesis más cercana en la Constitución Política, cuando en su artículo 150 se faculta al Congreso para expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional (Pachón, 2014).

El reconocimiento antes aludido, contenido en el Estatuto de Contratación Pública, faculta a la administración pública para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas que bien se puedan derivar del tráfico negocial con los particulares, en especial, y alejándonos de la facultad ordinaria para celebrar contratos típicos en aras de cumplir con los cometidos estatales, esta cuenta con la facultad de celebrar aquellos contratos denominados como atípicos, vistos estos como aquellas relaciones negócias auto regulatorias de intereses (negocio jurídico) que aún no cuentan con un reconocimiento expreso por el ordenamiento jurídico, pero que han sido objeto de una práctica reiterada y aceptada por la sociedad y el Estado, verbigracia, los negocios jurídicos denominados “arrendamiento con pago en especie”, los cuales, como bien qued^ó claro a lo largo de la presente investigación, hacen parte del universo atípico de los contratos, puesto que la “especie” como contraprestación, no hace parte o integra el grupo de elementos esenciales del tipo contractual del “arrendamiento”, como lo son el “precio” y con ello en el “dinero” y los “frutos naturales de la cosa arrendada” como elementos constitutivos de este.

Lo anterior, obedece a una realidad innegable que sufre la actividad contractual del Estado, según la cual, la realidad social y con ello los diferentes actos autoreguladores de intereses con miras a la producción de efectos jurídicos originados en todo grupo social, han desbordado el

universo normativo que ya ha reconocido un sinnúmero de estos, pero que, en todo caso ha quedado rezagado con respecto a la constante transformación que sufren realidades sociales.

Dicho lo anterior, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad contenido clara y precisamente en los artículos 13, 32, 40 y 41 del Estatuto de Contratación Pública de la Ley 80 de 1993, resulta de vital importancia ante la necesidad de regular las diferentes y constantes expresiones derivadas del tráfico jurídico del Estado con los particulares, que precisamente no encuadran en las figuras contractuales tradicionales previstas en las leyes civiles, comerciales y especiales del estatuto de contratación, pero que resultan indispensables en el cumplimiento de los fines estatales.

A título de ejemplo, resulta oportuno recordar que en Colombia, y en particular en el Estatuto de Contratación Pública, el reconocimiento a fenómenos atípicos se encuentra representado en el artículo 6° de la Ley 80 de 1993, el cual reconoce la capacidad jurídica a agrupaciones de sujetos (consorcio o unión temporal) para participar en los diferentes procesos selectivos de contratista adelantados por las entidades estatales y con ello celebren contratos estatales sin ostentar la calidad de persona jurídica, en otras palabras, es viable afirmar que el estatuto de contratación reconoce abiertamente los contratos de colaboración empresarial, en su modalidad atípica de Joint Venture, entendido como aquella coincidencia de voluntades de un número plural de personas naturales o jurídicas, sin el propósito de formar una sociedad, pero que se orientan a poner en un proyecto particular y concreto, su dinero, propiedades, tiempo, experiencia, riesgos, ganancias o pérdidas, de manera proporcional al esfuerzo aportado y con una responsabilidad solidaria frente a terceros (Cuberos, 1992), en otras palabras, autores como Giraldo (2006), frente a esta figura atípica, han expresado que es una forma de contratar, en donde dos o

más personas unen esfuerzos en un proyecto específico, asumiendo los riesgos inherentes del mismo y compartiendo los beneficios obtenidos.

La definición antes mencionada de Joint Venture, en virtud de la cual se pueden desprender algunos de sus elementos esenciales, encuentra similitudes conceptuales con las figuras desarrolladas en el artículo 7º de la Ley 80 de 1993, en el sentido de entender al consorcio y la unión temporal como modalidades de contratos de colaboración empresarial, con el objeto de unir capacidades técnicas, económicas y de organización, que les permita competir con mayor amplitud en una actividad particular que para el caso de la contratación pública, se expresa con la presentación de las propuestas en procesos de contratación adelantados por las entidades estatales y con ello la celebración y ejecución de contratos (García & Chávez, 1993).

En este orden de ideas, es posible afirmar que los consorcios y las uniones temporales en atención a sus elementos esenciales corresponden a modalidades del Joint Venture, y como antecedentes de ello, podemos encontrar que los Decretos 150 de 1976, 106 de 1977 y 222 de 1983 (consorcio de derecho privado) son el ejemplo del reconocimiento de estos contratos de colaboración empresarial (M. Causland & Ávila, 1998).

En resumen, a partir del reconocimiento de la autonomía de la voluntad a las entidades estatales contenido en el Estatuto de Contratación, es clara la facultad de estas para celebrar contratos típicos e incluso crear contratos atípicos y en estos pactar las condiciones que mejor crea convenientes para la consecución efectiva de los fines estatales, verbigracia, los contratos de colaboración empresarial antes analizados, los cuales corresponden a uno de los ejemplos más claros de dicha facultad. Lo anterior en un contexto, donde el ordenamiento jurídico se ha quedado corto ante la innumerable proliferación de actos autorregulatorios de intereses derivados de las

nuevas realidades sociales, situación que obliga al Estado no solo a reconocer las diferentes manifestaciones atípicas, sino a utilizarlas al momento de relacionarse con el particular en las diferentes relaciones negócias derivadas del trafico económico.

No cabe duda, por tanto, que no existe impedimento legal alguno, a partir del principio de la autonomía de la voluntad reconocida por el estatuto de contratación, para que las entidades públicas celebren los negocios jurídicos atípicos denominados como “arrendamiento con pago en especie”, y en general, crear figuras que atiendan las nuevas realidades de la sociedad y del comercio en el que compite, aclarando en todo caso que la libertad para contratar, de escoger al contratista, seleccionar el tipo contractual y con ellos las cláusulas que considere pertinentes, se encuentra sometida a los procedimientos fijados por el legislador, controles establecidos, sin que ello signifique de ninguna manera afectación alguna a esa libertad negocial inicial, en cambio, propende por salvaguardar la consecución efectiva de los fines estatales, impidiendo que se cometan yerros como los evidenciados a lo largo del escrito con la celebración de los contratos atípicos ya mencionados, los cuales, al desatender su naturaleza, y hacerles aplicables normas, procedimientos y demás que se alejan de sus esencia, concluyen con la transgresión del ordenamiento jurídico, en especial, en la afectación del interés general que se encuentra inmerso en la contratación

Finalmente, resulta preciso subrayar que, el anteproyecto de ley presentado por la Directora de Colombia Compra Eficiente que propende por reformar el sistema de compras públicas, y como consecuencia, concluiría en la derogatoria de la Ley 80 de 1993, recoge claramente el reconocimiento a la autonomía de la voluntad aludido a lo largo de la presente investigación (en particular en la segunda parte), verbigracia, cuando en el artículo 9º, se dispone que:

Las reglas aplicables a la selección del contratista y a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos celebrados por las Entidades Estatales, y las obligaciones post-consumo y postcontractuales, son las normas comerciales, civiles y demás normas aplicables del derecho privado salvo lo previsto expresamente en esta ley y en los Acuerdos Comerciales.

Asimismo, expresamente dispone la facultad de las entidades estatales de celebrar los “contratos que requieran para cumplir su misión en ejercicio de la libre autonomía de la voluntad, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a la ley”. Lo anterior, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 33 del documento antes referenciado, el cual dispone la facultad de las entidades de definir el “alcance y contenido de los contratos”, para lo cual podrán incluir en estos las estipulaciones “que consideren necesarias y convenientes, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución, la ley, y los principios establecidos en el artículo 7”.

Habría que decir también que, el proyecto de reforma antes aludido a diferencia de la Ley 80 de 1993, al parecer restringe el ejercicio de la autonomía de la voluntad al verbo rector del “Abastecimiento” -el cual se encuentra incluido a lo largo del clausulado del texto de reforma-, lo cual implicaría, en criterio personal, que las entidades estatales deberán procurar, en desarrollo de su actividad contractual, que los contratos –típicos o atípicos-, los cuales se deriven de la misma, propendan por el abastecimiento o adquisición de bienes y servicios necesarios para la consecución de los fines estatales en ellas encomendadas, excluyendo todo alcance contrario a ello, es decir, aquellos contratos en virtud de los cuales, son las entidades estatales las proveedoras de bienes y servicios a un tercero, verbigracia, el negocio jurídico denominado “arrendamiento con pago en especie”, analizado en la presente investigación, en cuyo objeto se contempla la entrega de un espacio ubicado dentro de un bien de titularidad de una entidad estatal a un tercero particular.

Lo anterior, en contraste con el cuerpo normativo previsto en la Ley 80 de 1993, el cual, de manera alguna se restringe el papel de la administración pública ya sea como receptora de bienes y servicios, o bien como proveedora de los mismos, verbigracia, a diferencia del proyecto de reforma antes aludido, no existen verbos rectores que impliquen limitación a la autonomía de la voluntad reconocida a las entidades públicas, es la caso del texto normativo del artículo 2.2.1.2.1.4.11., del Decreto 1082 de 2015, el cual, permite a las entidades estatales alquilar (entendido este como dar o tomar alguna cosa para hacer uso de ella por un tiempo y precio determinados⁴⁸) o arrendar inmuebles por medio de la modalidad de contratación directa, tan solo y de forma general se disponen reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, sean atípicos o atípicos e incluso conlleven el proveer o abastecerse.

⁴⁸ A efectos de hacer evidente que, el estatuto de contratación de la ley 80 de 1993 no contiene verbos rectores que restringen la autonomía de la voluntad que se le reconoce, se hizo necesario consultar en la página web www.wordreference.com el significado de alquilar, arrojando como un dar o tomar, concluyendo con ello que, la administración bien podría ostentar la calidad de proveedor como la parte que se abastece.

**CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ENTIDADES ESTATALES CON RENTA EN ESPECIE:
INEXISTENCIA – ATIPICIDAD**

JORGE ANDRÉS TORRES CALDERÓN

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS / FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

ANEXO No. 1

Nivel Central

BOGOTÁ	
Contrato.	Destinación
2007-01Jur174	Entrega de un área de 68 M2 del piso 3 de la Torre D del Edificio de los Tribunales de Bogotá – Cundinamarca, ubicado en la Diagonal 22 B N° 53-02 de Bogotá D.C., para el funcionamiento de una cafetería, bajo la modalidad de CAFÉ DE PASO.
2009-01Jur03	Entrega de un espacio en las Sedes Judiciales de los Tribunales de Bogotá-Cundinamarca y el Edificio Hernando Morales Molina, para instalar máquinas dispensadoras que garanticen el suministro permanente por parte del contratista de productos de snacks y bebidas frías dentro de los estándares de calidad de productos y servicios, con dos máquinas dispensadoras de snacks (Marca Vendor) y dos máquinas dispensadoras de bebidas frías de producto coca cola
2011-04	Instalar en el módulo N° 07 a COLFONDOS S.A en la Zona de Bienestar ubicada en la Carrera 10 N° 14-33, primer piso, salida principal, al lado del centro médico. (Seccional Bogotá)
2011-25	Cajero BBVA Colombia.
2011-02	Fondo de Pensiones y Cesantías Protección - Edificio Hernando Morales Molina Módulo No 3
2014-001	FINANCIERA JURISCOOP - multibanco ubicado en la sede judicial de paloguemap .

Nivel Seccional

MEDELLÍN		
Contrato.	Destinación	Pago en Especie
2013-340	Cafetín	Elementos de ferretería, gastos de viaje, productos de aseo y cafetería y servicios de cafetería.
2013-346	Funcionamiento de la sede de la Sociedad jurídica ASEDE LTDA. ASESORES EN SEGUROS.	Muebles u enseres, embalaje, acarreo (traslado de Salas de Audiencia pueblos) Emergencia Mtto Inmuebles, Mtto Navegación y transporte (garantías).
2013-348	Funcionamiento de un cajero automático.	Equipos de oficina
2014-064	Ubicación de un cajero de Davivienda	El pago en especie se realizará con Equipos de Oficina
2014-065	Ubicación SENAL COPIAS LTDA.	El pago en especie se realizará con Bienestar Social y estímulos, eventos, suscripciones, impresos y publicaciones
CALI – VALLE DEL CAUCA		
2014-005	Zona de fotocopiado - Piso 13 del Palacio de Justicia "Pedro Elías Serrano Abadía" de Cali."	Pago en Especie.
2014-004	Zona de fotocopiado en el Piso 10 del Palacio de Justicia "Pedro Elías Serrano Abadía" de Cali."	Pago en Especie.
BUCARAMANGA		
2012-077	Funcionamiento Caja Santandereana de Subsidio Familiar. Compensación	Pago en Especie
VILLAVICENCIO		
2016-001	Oficina Colegio de Jueces y Fiscales del Distrito Judicial de Villavicencio	Pago en Especie

Referencias bibliográficas

Doctrina

1. GUSTAVO, Penagos (2000). *Derecho Administrativo*, Parte General. Segunda Ed., Ediciones Librería el Profesional.
2. ESCOBAR, Cristina; SANCHEZ Gaspar (2000). *El Trabajo Social en la Era de la incertidumbre*, 1º Ed. Junio. Ediciones Universidad de Salamanca. Pág. 57.
3. BENDA, Ernesto, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde (2001). *Manual de Derecho constitucional*, Segunda Ed. 2001. Madrid – España. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
4. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1944). *De los Contratos*. Temis-Jurídica de Chile, Bogotá-Santiago.
5. RAMOS ACEVEDO, Jairo (2003). *Catedra de Derecho Administrativo General y Colombiano*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda.
6. AYALA CALDAS, Jorge Enrique (1999). *Elementos de Derecho Administrativo General*. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
7. YONG Serrano, S. (2013). *El Contrato Estatal en el contexto de la nueva legislación*. Bogotá D.C. Editorial Grupo Editorial Ibañez. Tercera Edición.
8. BENAVIDES, José Luis (2002). *El Contrato Estatal, entre el derecho público y el derecho privado*. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia.
9. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos (2003). *La configuración del contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español, Análisis de la selección de contratistas*. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia, pp.178, 304 y ss.
10. MEZA MAURICIO, Gonzalo (2003). *El Negocio Jurídico, Manual Teórico – Práctico*. Primera Edición. Editorial Alegre E.I.R.L., Pág. 84.
11. BETANCUR JARAMILLO, Carlos (1994). *Derecho Procesal Administrativo*. Cuarta Edición. Editorial Señal Editora, Medellín. Pág. 522 y 523.
12. PALACIO INCAPIE, Juan Ángel (2003). *La Contratación de las Entidades Estatales*, Cuarta Edición, Librería Jurídica Sánchez R. LTDA.

13. OSPINA FERNANDEZ Guillermo; OSPINA ACOSTA, Eduardo (2015). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Séptima edición (2015). Editorial Temis Obras Jurídicas, Pág. 17.
14. GARCÍA OVIEDO, Carlos; MARTÍNEZ USEROS, Enrique (1968). *Derecho Administrativo*. T. II. Madrid. EISA. Pág. 119.
15. SCOGNAMIGLIO Renato (1983). *Teoría General del Contrato*. Primera Edición, Traducción: Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, p. 7, 15, 16.
16. GARCÉS VÁSQUEZ, Pablo Andrés (2015), *Teoría del Negocio Jurídico, un instrumento de disposición de intereses personales, familiares y patrimoniales*, Primera Edición, Biblioteca Jurídica DIKE.
17. PICASSO, Díez y GULLON BALLESTEROS, Antonio (1995). *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, Editorial Tecnos, Volumen I.
18. BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio (2004), *De los Negocios Jurídicos en el derecho privado colombiano*, Volumen I, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Tercera Edición, Bogotá. P.11.
19. HINESTROSA Fernando (2015), *Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico*. Volumen I, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia. Pp. 108-109.
20. FIERRO MÉNDEZ Rafael Enrique (2007), *Teoría General del Contrato, contratos civiles y comerciales*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
21. VELEZ Fernando (1982). *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, Actualizado y complementado con comentarios y jurisprudencia, por: Jairo López Morales, Tomo III, Ediciones LEX Ltda., Bogotá D.C.
22. DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1985). Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Madrid. *El Negocio Jurídico, introducción de Juan Vallet de Goytisolo*. Editorial Civitas S.A., Madrid. p.20.
23. BAMBACH SALVATORE, María Victoria (1993). *III Cláusulas Abusivas*. P.49, Contratos, Jornadas de Derecho Privado, Universidad de Chile.
24. GOUNOT, Emmanuel (1912). *Le principe de l'autonomie de la volonté*. Editeur A. Rousseau Editeur. Cit, P.13, nota 34.

25. ROBERT JOSEPH POTHIER (s.f.). *Tratado de las Obligaciones*, Traducido por S. M. S., Tercera Edición, tomo I, Barcelona Biblioteca Científica y Literaria, Santa Mónica 2, 1|.
26. LASARTE, Carlos (2008). *Contratos Principios de Derecho Civil*. Tomo Tercero, 11ª Edición. Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, pág. 14.
27. PÉREZ VIVES, Álvaro (1953). *Teoría General de las Obligaciones*. Segunda Edición, Volumen I, Parte Primera, Editorial Temis Bogotá.
28. TRIGO REPRESAS Feliz A. y STIGLITZ Rubén S. (1989). *Contratos*. Primera Edición, Ediciones La Rocca, Buenos Aires – Argentina.
29. RENGIFO GARDEAZABAL Mauricio (2010). *Teoría General del Contrato, introducción a las teorías clásicas, en derecho de las obligaciones*. T. I, coord. M. Castro de Cifuentes, Universidad de los Andes, Editorial Temis. Bogotá, P.279 y ss.
30. CARBONNIER Jean (1971). *Derecho Civil estudio introductorio, Traducido de la 1º Edición Francesa con adiciones de conversión al derecho español por Manuel M. Zorrilla Ruiz*. Tomo II, Volumen II, El Derecho de las obligaciones y la situación contractual, Editorial BOSCH Casa Editorial – Barcelona – Título Original “DROIT CIVIL”.
31. CIFUENTES Santos (1994), *Negocio Jurídico, Estructura. Vicios. Nulidades, con la colaboración de Manuel O. Cobas y Jorge A. Zago*. 1ª impresión, Editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo Depalma – Buenos Aires.
32. PASSARELLI Francesco Santoro; LUNA SERRANO Agustín (1964). *Doctrinas Generales del derecho civil*. Editorial Revista de derecho Privado.
33. MANASEVICH René Abeliuk (1993). *Las Obligaciones*, Tomo I, Editorial Temis S.A., Editorial Jurídica de Chile.
34. MOSSET ITURRASPE José (1988). *CONTRATOS*. Editorial EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Argentina.
35. COLIN Y CAPITANT (1943). *Curso elemental de derecho civil*, Tomo II, P.609, Madrid.
36. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto (2012). *Contratos Mercantiles, Teoría General del Negocio Mercantil*. 13º edición, Editorial LEGIS, Bogotá D.C.
37. BETTI, Emilio (2000), *Teoría General del Negocio Jurídico, Traducción y concordancias con el Derecho Español, por A. Martín Pérez, Doctor en Derecho y Estudio Preliminar sobre el*

Negocio Jurídico como categoría problemática, a cargo de José Luis Monereo Pérez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada, Editorial Comares, S.L.

38. DE LOS MOZOS, José Luis (1987). *El Negocio Jurídico (Estudios de Derecho Civil)*. Editorial Montecorvo, S.A., Doctor Esquerdo, 47 – Madrid, P.24.
39. BATTISTA FERRI, Giovanni (2002). *El Negocio Jurídico, Traducción y notas de Leysser L. León*. Profesor de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Perú, Editorial ARA Editores, 1ª Edición. P.60.
40. CARIOTA FERRERA Luigi (1956). *El Negocio Jurídico, traducción del italiano, prólogo y notas de Manuel Albaladejo*. Editorial Aguilar – Madrid.
41. LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J. (1997). *Teoría de los Contratos*, Tomo I, Parte General, Editorial Víctor P. Zavalía S.A. Argentina. Pp.70-72.
42. SÁENZ FONSECA Luz Amanda; CABRERA Manuel Enrique; LEAL PEREZ Hildebrando (2015). *El Contrato de Arrendamiento y el Proceso de Restitución del Inmueble, conforme al Código General del Proceso*. 16ª edición, Editorial LEYER.
43. VALENCIA RESTREPO, Hernán (1998). *Derecho Privado Romano*. Medellín: Editorial señal.
44. GOMEZ ESTRADA César (2008). *De los principales contratos civiles*, 4ª Edición. Editorial Temis S.A.
45. GOMEZ ESTRADA César (1987). *De los principales contratos civiles*. 2ª Edición, editorial Temis S.A, p.213.
46. OCHOA GONZALEZ Guillermo (1998). *Contratos Nominados Civiles*. 1ª Edición. Editorial Señal editora Ltda. Medellín, p.109.
47. VALENCIA ZEA, Arturo (1998). *Derecho Civil Tomo IV, De los contratos*. 7ª Ed. Editorial Temis.
48. BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro (2002). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. 15ª Ed. Ediciones del profesional. Bogotá.
49. BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro (1991). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. 9ª Ed. Ediciones del profesional. Bogotá.

50. FORTUNATO GARRIDO Roque y ZAGO Jorge Alberto (1993). *Contratos Civiles y Comerciales, parte especial*, Tomo II, Editorial Universidad S.R.L, Buenos Aires.
51. JARAMILLO CASTAÑEDA, Armando (2000). *Arrendamiento y Restitución vivienda urbana, comercial, regulación de la renta*. 1ª Ed, Editorial Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá.
52. BONNECASE Julien (1997). *Tratado Elemental de Derecho Civil, Volumen 1*. Traducción y compilación Enrique Figueroa Alonso y Editorial Pedagógica Iberoamericana S.A., de C.V.
53. CANOSA TORRADO, Fernando (1992). *La Resolución de los Contratos*, 2ª Ed. Ediciones Doctrina y Ley, Santa fe de Bogotá, D.C., Colombia.
54. JOSSERAND, Louis (1983). *Cours de Droit Civil Positif Francais*, T I, Editorial Recueil Sirey. pp.100 y ss.
55. PEIRANO FACIO, Jorge (1963). *Curso de Contratos*, Tomo II. Oficina de Apuntes del Centro Estudiantes de Derecho, Montevideo – Uruguay.
56. A. BORDA, Guillermo (1983). *Manual de Contratos*, Undécima Edición. Editorial Perrot, Buenos Aires, pág. 349.
57. ARROYO CAMACHO, Dulio (1974). *Contratos Civiles*, Tomo I, Editorial Universitaria Panamá.
58. CARDONA HERNANDEZ, Guillermo (1995). *Contratos Civiles*, Segunda Edición, Ediciones Abogados Librería.
59. LORENZETTI, Ricardo Luis (2004). *Contratos Parte Especial*. Tomo I, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires – Argentina. pp. 515-516.
60. LORENZETTI, Ricardo Luis (2004). *Tratado de los Contratos. Parte General*. Rubinzal-Culzoni. Editores. P. 228.
61. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón (1993). *De los Contratos Civiles, Teoría General del Contrato*. Contratos en Especial, Registro Público de la Propiedad. 12ª Edición, Editorial Porrúa S.A., p.232.
62. ALBALADEJO, Manuel (1962). *Derecho Civil para las facultades de Ciencias Políticas, económicas y Comerciales*. Librería Bosch. Ronda Universidad, 11, Barcelona.

63. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto (2012). *Contratos Mercantiles, Contratos Atípicos*. 7ª Ed., Editorial LEGIS, Bogotá D.C.
64. JIMENEZ VALDERRAMA, Fernando (2015). *Teoría del Contrato y del Negocio Jurídico*. 1ª Ed., Editorial Legis S.A., Bogotá D.C.
65. BURNS Emilio y CASSEL K. G. (1948). *La Esencia del Dinero, Estabilización o Inflación, los problemas para lograr un régimen monetario fijo*. Ediciones PAVLOV Mexico D.F.
66. FIGUEROA, Luis Mauricio (2003). *El Derecho Dinerario*. Editorial Porrúa – AV. República Argentina 15, México. pp.29-38.
67. GRAY, Alexander (1931). *The development of Economic Doctrine an introductory survey*. By Alexander Gray, M.A. Professor of Political Economy in The University Of Edinburgh, Longmans, Green and co. London, New York, Toronto.
68. BURNS Emilio y CASSEL K.G. (1946). *La Esencia del Dinero, Estabilización o Inflación, los problemas para lograr un régimen monetario fijo*. 1ª Edición. Ediciones Pavlov, Mexico D.F. p.17.
69. STIGLITZ, Joseph E. (1994). *Economía*. 1ª reimpresión, Editorial Ariel S.A., Barcelona (España). Pp.105-106.
70. BRAND, Salvador Osvaldo (1984). *Diccionario de Economía*. Plaza y Janes Editores. Bogotá. Pp.616-617.
71. CHANDLER, Lester Vernon (1969). *Introducción a la Teoría Monetaria*. Fondo de Cultura Económica, México. P.16.
72. BUSTELO, Ernesto (2002). *Derechos y Obligaciones del Contratante Particular. Derecho al Precio, en Contratos Administrativos*. Ismael Farrando (Director), Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires. P. 587.
73. DROMI, Roberto (1995). *Licitación Pública*. 2ª Edición actualizada. Buenos Aires. Pp.361-362.
74. VILLEGAS, Carlos Gilberto (1986). *Compendio Jurídico, Técnico y Práctico de la Actividad Bancaria*. 1ª Edición, Ediciones DEPALMA Buenos Aires. P.1.

75. BALL R. J. (1965). *Inflación y Teoría Monetaria*, Ediciones Rialp S.A., Madrid – España. P.200.
76. NEWLYN W. T. (1974). *Teoría Monetaria, Fondo de Cultura Económica*. 2ª Ed., México D.F. Traducción de Guillermo Cárdenas. P.13.
77. MANN F. A. (1986). *El Aspecto Legal del Dinero, con referencia especial al derecho internacional privado y público*. Traducción de Eduardo L. Suarez. Fondo de Cultura Económica, México. Pp.38-51.
78. GAVIRIA CADAVID, Fernando (1977). *Moneda, Banca y Teoría Monetaria*, 3ª Ed., Ediciones del Banco de la Republica, p.172.
79. NUSSBAUM, Arthur (1929). *Teoría Jurídica del dinero*. Madrid, Librería General de Victoriano Suarez. P.33.
80. LEROY MILLER, Roger y PULSINELLI, Robert W (1992). *Moneda y banca*. 2ª Ed., Bogotá, MC Graw Hill, pp.15, 20.
81. PEÑA QUIÑONES, Ernesto (1995). *El Derecho de Bienes*. 1ª Ed., Editorial Librería Jurídicas Wilches, p.134.
82. SOLARTE MAYA, Felipe Alirio (2014). *Contratos Estatales Atípicos, Transparencia contractual ley 1150 de 2007 Contratos de la Salud, Ley 1122 de 2007*. 3ª Ed. Editorial Ediciones Nueva Jurídica, P.948.
83. OCHOA CARVAJAL, Raúl Humberto (2006). *Bienes*. 6ª Ed. Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., p.83.
84. HOBBS Thomas (1984). *Leviatán: o la materia, la forma y poder de una república, eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica, México, Capítulo XVII, pág. 137.
85. MARIENHOFF, Miguel S. (1982). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, Tercera Edición, actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p.58.
86. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo (2016). *Régimen de la Contratación Estatal*. Tercera Edición, Editorial LEGIS editores S.A., Bogotá D.C., Pp. 528 y ss.
87. MONROY CABRA, Marco Gerardo (1983). *Introducción al Derecho*. sexta edición, Editorial TEMIS librería, Bogotá Colombia, p.393.

88. HINESTROSA Fernando (2015). *Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico*. Volumen II, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia. P.117.
89. VIDAL PERDOMO, Jaime; Molina Betancur, Carlos (2016). *Derecho Administrativo*, Decimocuarta Edición, Editorial LEGIS Editores S.A. P.372.
90. Narváez García, José Ignacio (1990). *Obligaciones y contratos mercantiles*, Bogotá, Temis, P.41.
91. FARINA, Juan M. (2005). *Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de contratación empresarial*. Tomo I. Editorial Astrea. Pp.371-372.
92. ARCE GARGOLLO, JAVIER (1980). *Contratos Mercantiles Atípicos*. Editorial Trillas. México D.F. P.46.
93. DIEZ PICAZO, Luis (1983). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Tecnos, Madrid. P.252.
94. DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo I, Introducción. Teoría del contrato, 5ª Edición, Civitas, Madrid, 1996, p. 399-406.
95. IBAGÓN IBAGÓN, Mónica Liliana (2014). *El Principio de Estado de Derecho y los Contratos Estatales, La Forma Escrita de los contratos en Colombia y Alemania*. Primera Edición, Universidad Externado de Colombia. P.p. 33-37.
96. LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio (1979). *Contratos Administrativos, Tratado Teórico y Práctico*, Fondo de Cultura Jurídica, Bogotá D.C. p.48.
97. MARIENHOFF, Miguel S. (1983), *Tratado de Derecho Administrativo*. T. III A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires. P.134.
98. ESCOBAR GIL, RODRIGO (2003). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Legis. p.65.
99. SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo Procedimiento, Eficacia y Validez*, Tomo I. Universidad Externado de Colombia. 4ª Edición. 1998. p.68.

100. SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO (1998). *Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo Procedimiento, Eficacia y Validez*, Tomo II. Universidad Externado de Colombia. 3ª Edición. p.323.
101. RODRÍGUEZ R., Libardo (2013). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Decimoctava Edición, Editorial TEMIS S.A., Bogotá – Colombia pág. 508.
102. RESTREPO, Juan Camilo (2014). *Derecho Presupuestal Colombiano*, Segunda Edición. Editorial LEGIS, pág. 290.
103. SIERRA PORTO, Humberto Antonio (1998). *Concepto y tipos de ley en la Constitución Colombiana*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Pp.153 y ss.
104. PACHÓN LUCAS, Carlos (2014). *Contratación Pública. Análisis normativo. Descripción de procedimientos*, sexta edición, Editorial ECOE Ediciones, Bogotá – Colombia.
105. MESSINEO, Francesco (1955). *Manual de derecho civil y comercial*. Tomo IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires. p.450.
106. GIL BOTERO, Enrique (2015). *Tesaurus de Responsabilidad Contractual de la Administración Pública*. Tomo II, Responsabilidad Contractual, Editorial TEMIS S.A., Bogotá – Colombia. P.61.
107. GIRALDO BUSTAMANTE, Carlos Julio (2006). *Joint Venture: Uniones Temporales y Consorcios. Contratos Atípicos en el Derecho Colombiano Contemporáneo*. Cámara de Comercio de Bogotá-Universidad de los Andes. Bogotá. P.106.
108. GARCÍA GONZÁLEZ, Jorge; CHAVEZ M. Juan Carlos (1993). *Nuevo Régimen de Contratación Administrativa*. Bogotá, Colombia: editorial Santafé de Bogotá Ministerio de Gobierno. P.119 y ss.
109. ALESSANDRI B., A. (2011). *La Nulidad y la Rescisión en el derecho civil chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. Pág. 22.
110. LESTER V. CHANDLER (1969). *Introducción a la teoría monetaria*. Fondo de Cultura Económica, México. Quinta reimpresión. P. 14.
111. VINCÉNT CHULIA, Eduardo; BELTRAN ALANDENTE, Teresa (1999). *Aspectos jurídicos de los Contratos Atípicos*. Tomo I. 4 Ed. Jose Maria Bosch Editor, Barcelona, P- 12.

112. MESSINEO, Francesco (1952). Doctrina general del contrato. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, p. 379
113. BERCAITZ, Miguel Ángel (1980). Teoría General de los Contratos Administrativos. 2 Ed., Ediciones de Palma, Buenos Aires, p. 252.
114. CASTRO RUIZ, Marcela (2006). Contratos atípicos en el derecho contemporáneo colombiano, 1 Ed., Cámara de Comercio de Bogotá, Editorial Kimpres Ltda., p. 10.
115. GETE-ALONSO, Maria del Carmen y Calera (1979). Estructura y Función del tipo contractual. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, p. 32.
116. ARCE GARGOLLO, Javier (1989). Contratos Mercantiles Atípicos. 2º Ed. Editorial Trillas, Mexico, D.F.
117. HINESTROSA, Fernando (1963). Curso de Obligaciones. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 104
118. MASNATTA, HECTOR. El Contrato Atípico, Abeledo. Perrot, Buenos Aires, 1961. Citado por LORENZETTI, RICARDO LUIS, p. 228.

Artículos de internet

1. GARCIA PELAYO Manuel, Las Transformaciones del Estado Contemporáneo, Obras Completas (II), “El Estado Social y democrático de derecho en la Constitución Española, tomado de <https://es.scribd.com/doc/235775961/GARCIA-PELAYO-Constitucion-Social-11p> 2014.
2. MEIL LANDWERLIN, Gerardo, El Estado Social de Derecho: FORSTHOFF Y ABENDROTH, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas, Pag. 216, tomado de <file:///C:/Users/jorgeandres/Downloads/Dialnet-ElEstadoSocialDeDerecho-26806.pdf> 2015.
3. VILLAR BORDA, Luis. Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. Tomado de <file:///C:/Users/jorgeandres/Downloads/Dialnet-EstadoDeDerechoYEstadoSocialDeDerecho-3400539.pdf> 2014.
4. GONZALEZ Y GONZALEZ, Felipe. El bien común como principio jurídico, México, tomado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/469/25.pdf> 2014.

5. EL CONTRATO (Acto o Negocio jurídico), Y SU TRANSFORMACIÓN POR LA CUESTION SOCIAL EN COLOMBIA. TESIS PARA OPTAR AL TITULO DE MAESTRO EN DERECHO Por: Ricardo Durán Vinazco tomado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/3163/1/694329.2010.pdf> 2015.
6. Javiera Albarrán Hola (s.f.) señala que "...La Teoría de la Inexistencia del AJ nace a principios del siglo XIX, y tiene como origen a un jurista alemán llamado ZACHARIE, quien planteó esta teoría a propósito del matrimonio..." Tomado de [http://centralapuntescad.bligoo.com/media/users/9/469918/files/41742/Ineficacia de los Actos Juridicos Javi .pdf](http://centralapuntescad.bligoo.com/media/users/9/469918/files/41742/Ineficacia_de_los_Actos_Juridicos_Javi.pdf) 2015.
7. ABASTECIMIENTO es Definido como: "Provisión de lo que resulta necesario." tomado de: <http://www.wordreference.com/definicion/abastecimiento> 2016.
8. Se entiende por Coeficiente el "Número que expresa el valor de un cambio en relación con las condiciones en que se produce." Tomado de <https://www.google.com.co/?ion=1&espv=2#q=coeficiente> google, 2015.
9. Concepto de Precio, Google, 2015, Tomado de <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/3091/Capitulo2.pdf>
10. "El Código Comercial Uniforme (UCC por sus siglas en inglés) fue publicado en 1952 después de la aprobación del American Law Institute, la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes, la Cámara de Delegados y la American Bar Association. Los nueve artículos de UCC constituyen un grupo de leyes que rigen la venta de bienes, alquiler de bienes, instrumentos negociables, depósitos bancarios, transferencias de fondos, carta de crédito, ventas por volumen, recibos de bodega, conocimiento de embarque, valores de inversión y prendas con registro". Tomado de <http://pyme.lavoztx.com/cul-es-el-proposito-del-codigo-comercial-uniforme-10289.html> 2015.
11. Gaceta del Congreso, Senado y Cámara, año I, n° 75, septiembre 23 de 1992, pág., 11., 2015.
12. Unidad de cuenta es una unidad estándar que ofrece una forma sistemática de expresar los precios de los bienes y servicios que se intercambian en la economía. Desde este punto de vista, cualquier activo para poder ser considerado dinero (y por tanto moneda), debe cumplir esta función, permitiendo expresar el valor de los bienes y servicios en sus propios términos. De esta forma el dinero, al cumplir la función de unidad de cuenta, simplifica y favorece las transacciones comerciales." Tomado de <http://www.expansion.com/diccionario-economico/unidad-de-cuenta.html>, 2015.

Fuentes legales y jurisprudenciales

1. Sentencia C-189/98 “...Para Kelsen, la diferencia entre la administración y la jurisdicción tiene razones históricas y no conceptuales, y se relaciona más con la naturaleza de los órganos que ejecutan el derecho: la aplicación es administrativa si es desarrollada por funcionarios jerárquicamente organizados, mientras que es judicial si los aplicadores gozan de independencia funcional. Así las cosas, según estas corrientes, la única diferencia material que se puede establecer es entre la legislación, que consiste en crear normas generales y abstractas, y la ejecución, que produce normas individuales dentro de los marcos permitidos por la norma general. Por ello Kelsen concluye que la función administrativa sólo puede definirse residualmente, esto es, como aquella actividad del Estado que no es ni legislación ni jurisdicción...”
2. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 17 de marzo de 2010, Rad. No. 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394) M. P. Ruth Stella Correa P.
3. Sentencia C-1194/08, Referencia: expediente D-7379, Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso final del artículo 768 y el inciso último del artículo 1932 del Código Civil, Demandante: Mónica Andrea Hoyos Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL
4. Corte Constitucional, sentencia C-529 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.
5. Corte Suprema de Justicia, casación civil, sentencia del 18 de octubre de 1972.
6. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2005. M.P. Germán Rodríguez Villamizar. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579).
7. Auto del 23 de Septiembre de 1997, Diego Giraldo Londoño, expediente 701, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y Auto del 20 de enero de 1998, Universidad del Tolima, Consejo de Estado, Sección Tercera, t. Copiador 378, fols. 228 a 247.
8. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de marzo de 2005. Radicación número: 25000-23-15-000-2002-02739-01(AP).
9. El Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 5 de abril de 2001, exp. 16953. En el mismo sentido puede verse el concepto del 6 de abril de 2000, exp. 1263, de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la misma corporación.
10. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de abril 30 de 1970.

11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390), Actor: SOCIEDAD COMPAÑÍA DE INVERSIONES Y PROYECTOS COINVERPRO LTDA. Demandado: JUNTA ADMINISTRADORA SECCIONAL DE DEPORTES DE BOGOTA D.C.
12. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrada Ponente: RUTH MARINA DÍAZ RUEDA, Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil trece (2013). Ref.: Exp. 1100131030401999-01651-01
13. Corte Constitucional, sentencia C-021 del 28 de enero de 1993, magistrado ponente: Dr. Ciro Angarita Barón.
14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de noviembre 30 de 2006, C.P. Alir Hernández, Radicado No. 25000-23-26-000-2001-01008-01 (30832)
15. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, salvamento de voto del consejero Ramiro Saavedra, sentencia del 30 de noviembre de 2006, radicado No. 30832 antes citado.
16. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, CP. Enrique Gil Botero, radicado No. 17009 y Sala de Consulta Civil, sentencia del 25 de mayo de 2006, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo, radicado No. 1748.

Revistas y tesis

1. SUESCÚN MELO, JORGE (1995). La aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad en la contratación de las Entidades Estatales. Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. P.p.35-36.
2. ESGUERRA PORTOCARRERO (1975). *Saturia Eugenia, Naturaleza de los Contratos de la Administración*. Tesis, Universidad Javeriana, Bogotá. p. 4.
3. CUBEROS, DE LAS CASAS, Felipe (1992). *Aproximación al contenido del contrato Joint Venture*. Revista *Agora: Expresión de un pensamiento múltiple*. U. Javeriana. Vol. 14, Núm. 28. Bogotá. pág. 22.

4. M, CAUSLAND MARÍA CECILIA Y AVILA MANUEL (1998). *Modalidades de Colaboración Empresarial consagradas en la Ley 80 de 1993*. Regulación de formas de “Joint Venture”. Revista de Derecho Privado No.3. Universidad Externado de Colombia. p. 81.
5. LILIAN C. SAN MARTÍN NEIRA (2015). *La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el código civil chileno*. Revista chilena de derecho Vol. 42 No. 3, versión on-line ISSN 0718-3437, Universidad Alberto Hurtado, Chile. P.2.
6. CESAR CORONEL JONES Y ÓSCAR DEL BRUTO ANDRADE (2010/2015). *Nulidad e Inexistencia de los Actos Jurídicos en el Derecho Ecuatoriano (I)*. Ius Humani. Revista de Derecho Vol. 2, dic. 2011. Pp. 177-209. ISSN: 1390-440x – eISSN: 1390-7794.
7. FERNANDO HINESTROSA (1999). *Eficacia e Ineficacia del Contrato*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XX (Valparaíso, Chile, 1999). Pp.143 – 161.