

EL OBJETO ILICITO POR OMISION EN LA JURISPRUDENCIA DEL
CONSEJO DE ESTADO:

Análisis al Principio de Planeación en la Contratación Estatal

Presentado por:

CLAUDIA MARCELA MOZO GUERRERO

DIANA YAMILE BÁEZ SUÁREZ

Postuladas para optar por el título de Especialistas en Contratación Estatal

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACION EN CONTRATACION ESTATAL

2018

EL OBJETO ILÍCITO POR OMISION EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO:

Análisis al Principio de Planeación en la Contratación Estatal

CLAUDIA MARCELA MOZO GUERRERO¹

DIANA YAMILE BÀEZ SUÀREZ²

Resumen

Se presenta la función pública como actividad del Estado, la contratación estatal como parte de esta actividad que a su vez es el medio o herramienta para el cumplimiento de los fines estatales enmarcados en el interés general, el contrato como elemento del proceso contractual, el cual ubica esta actividad en el régimen de las obligaciones, esto para observar lo concerniente al objeto ilícito, su consecuencia que sería la nulidad absoluta, frente a la causal de celebración de contrato con expresa prohibición constitucional o legal. De igual manera, se observa el principio de planeación, su origen, su importancia e incidencia en la contratación estatal y las posibles consecuencias que conllevarían su omisión, lo anterior a través del análisis jurisprudencial de las sentencias del Consejo de Estado en sus Secciones III y IV.

Palabras clave: contratación estatal, objeto ilícito, principio de planeación, nulidad absoluta.

¹ Abogada egresada de la Universidad Antonio Nariño, actualmente cursando Especialización en Contratación Estatal en la Universidad La Gran Colombia, me he desempeñado en el sector público y privado, actualmente presto asesorías jurídicas de manera independiente, email: marcemozgue@yahoo.com

² Abogada egresada de la Universidad Católica de Colombia, especialista en Derecho Tributario y Administrativo de la Universidad del Rosario, actualmente cursando especialización en Contratación Estatal en la Universidad La Gran Colombia, labora en la actualidad en la Secretaría Jurídica de la Gobernación de Cundinamarca, email: baezdiana2@gmail.com

Abstract

The public function is presented as an activity of the State, the state contracting as part of this activity that at the same time is the way or the tool for the fulfillment of the state purposes framed in the general interest, the contract as an element of the contractual process, which locates this activity in the regime of obligations, this to observe what concerns the illicit object, its consequence that would be the absolute nullity, against the cause of contract's conclusion with express constitutional or legal prohibition. Equally, it is noted the principle of planning, its origin, its importance and incidence in the state contracting and the possible consequences that would entail its omission, the foregoing through the jurisprudential analysis of the judgments of the Council of State in its Sections III and IV.

Keywords: state contracting, illicit object, planning principle, absolute nullity

Introducción

La presente investigación es de tipo teórico, se trata de un análisis a la jurisprudencia del Consejo de Estado, en especial la sección tercera y cuarta si hubiese el caso, sobre la omisión al principio de planeación en la contratación estatal y su incidencia frente al objeto del contrato en lo concerniente a su licitud.

En Colombia el concepto de objeto de un contrato hace referencia a las obligaciones de los contratantes de dar, hacer o no hacer, en estas ejecuciones todo lo que esté en contra de la ley, es considerado objeto ilícito. Con la Constitución Política de 1991, al pasar de Estado de Derecho a Estado Social de Derecho, con el desarrollo del precedente como fuente formal del derecho, se da importancia a los principios constitucionales y se amplía su desarrollo y alcance, lo que hace que todas las áreas del derecho se fundamenten en desarrollo de estos, lo que no es ajeno a la Contratación Estatal, los principios de la contratación estatal revisten una gran importancia, que para el tema en particular es el Principio de Planeación.

Teniendo en cuenta que la planeación es un proceso, un conjunto de actividades determinadas en busca de lograr un fin o una meta, en la contratación estatal, hace referencia a aquellas actividades que deben realizar las entidades del estado antes de adelantar un proceso de contratación encaminadas a determinar de forma precisa, la necesidad pública que se pretende satisfacer, el objeto a contratar y los recursos con cargo a los cuales ejecutará el contrato, todo lo cual tiene como fin último satisfacer el interés general, haciendo uso de los recursos públicos de manera eficiente y eficaz. Se busca determinar como la falta de cumplimiento de este principio puede afectar el objeto de un contrato.

Para la presente investigación se tendrán en cuenta, las normas de Contratación Estatal a saber: Constitución Política de Colombia, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, la Jurisprudencia del Consejo de Estado, la Sección III y IV.

El Decreto Ley 222 de 1983, con el cual se reglamentaba la Contratación Estatal, era una norma excesivamente reglamentaria, con la expedición de la Ley 80 de 1993, se dio un cambio sustancial en la normatividad de la Contratación Estatal, toda vez que esta es una norma concebida en los principios orientadores de la gestión del Estado.

La Contratación Estatal es de gran importancia al ser uno de los instrumentos para el cumplimiento de los fines del Estado, por lo que ha tenido desarrollo jurisprudencial en especial el tema de los principios, entre ellos el denominado principio de planeación, al igual que su alcance, tanto que la omisión al principio de planeación en la Contratación Estatal podría afectar el desarrollo de un contrato por su objeto, lo que conllevaría unas incidencias o consecuencias para las partes del contrato.

Si el incumplimiento al principio de planeación en el contrato estatal, se considera objeto ilícito, conllevaría a declarar la nulidad del contrato, pero que ocurre, cuando quien incumple el principio de planeación es el Estado, ya que es este a través de sus Entidades quien está en la obligación de determinar cuáles son

las necesidades del Estado para cumplir con sus fines, es necesario determinar a quién le corresponde dar cumplimiento o desarrollo a este principio, porque de ser así el contratista es quien se vería afectado por esta omisión ajena a su actuar.

Por otra parte, si el incumplimiento del principio de planeación no afecta el objeto del contrato, determinar qué importancia tiene en el proceso de contratación estatal, cuál sería su trascendencia frente al proceso, cuáles son los mecanismos que se utilizan para que se desarrolle correctamente y así lograr un proceso de contratación eficiente, transparente y organizado.

Por todo lo anterior, podemos señalar que para el desarrollo de la investigación teórica formularemos el siguiente problema: **¿Cuándo se puede declarar la nulidad por objeto ilícito del contrato por omisión al principio de planeación, de acuerdo a la Jurisprudencia del Consejo de Estado?**

Nuestro objetivo general será analizar el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado sobre el principio de planeación en la contratación estatal, para determinar si su omisión afecta el objeto del contrato al punto de poder generar su nulidad.

El contenido de este ensayo busca profundizar sobre el principio de planeación en la contratación estatal, su incidencia frente al objeto del contrato estatal, estará conformado por tres ensayos; en un primer ensayo se busca investigar los conceptos que ha desarrollado la doctrina sobre el principio de planeación, objeto ilícito y nulidad del contrato estatal. En un segundo ensayo se buscará identificar en la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado las consecuencias de la omisión al principio de planeación en la contratación estatal, estableciendo en que eventos la omisión al principio de planeación genera nulidad del contrato estatal.

Finalmente realizaremos una propuesta para definir si es o no conveniente que se considere que la omisión al principio de planeación de origen a un objeto ilícito en el contrato estatal.

Se entiende que las causales de nulidad del contrato estatal son taxativas, es decir que se encuentran señaladas estrictamente en la norma, pero en materia contractual la jurisprudencia ha ido desarrollando conceptos a partir de los principios, es así como el principio de planeación no se encuentra establecido en la norma sino que su desarrollado ha sido jurisprudencial y teniendo en cuenta, que la omisión a este principio no se encuentra dentro de las causales de nulidad establecidas en la Ley, es importante identificar a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado si la omisión al principio de planeación podría conllevar a la nulidad del contrato.

El principio de planeación es uno de los principios de la contratación estatal, esto por desarrollo del precedente jurisprudencial, por lo tanto, su omisión afecta directamente el proceso de contratación, tema que es de estudio en la especialización de contratación estatal que estamos realizando.

Al tener el principio de planeación un desarrollo jurisprudencial con rango de precedente, hace parte del bloque de constitucionalidad, lo que lo hace vinculante y obligatoria su aplicación, incluso estando por encima de la Ley, su omisión como lo hemos manifestado anteriormente podría conllevar a la nulidad del contrato estatal, trayendo consecuencias para las partes, por lo cual es conveniente el análisis de este tema en la contratación estatal.

La presente investigación busca dar claridad sobre la importancia del principio de planeación en la contratación estatal, la posible nulidad del contrato estatal originada en su omisión, sus efectos y posibles consecuencias para cada una de las partes del contrato.

Por lo anterior, se busca determinar si las causas de nulidad no solo son las que se encuentran taxativamente establecidas en la ley, sino que además hacen parte la omisión a los principios de la contratación estatal, que por demás son de rango constitucional para el caso en concreto el principio de planeación, de igual manera, si podría llegar a tomarse como objeto ilícito su omisión; bajo la premisa

que las circunstancias se encuentran señaladas en la norma y que no incluyen la omisión al cumplimiento de principios.

El presente documento busca beneficiar a las Entidades Estatales, a los contratistas, a los Abogados, que trabajan en el tema de contratación estatal, y en general, a la comunidad, toda vez que la contratación estatal tiene como fin el interés general.

Nuestra hipótesis inicial, es que la omisión al principio de planeación en la contratación estatal, no afecta el objeto del contrato, ni mucho menos lo convierte en objeto ilícito, menos aún no conlleva a una posible nulidad del contrato estatal, toda vez que podría traer efectos y consecuencias para las partes. Por otro lado, la omisión al principio de planeación en la contratación estatal no se encuentra establecida dentro de las causales de nulidad, las cuales son taxativas y no admiten interpretación.

La metodología que vamos a emplear en la presente investigación es el Método Analítico, ya que se busca determinar a través del análisis de la norma y la jurisprudencia la comprobación de la hipótesis planteada.

En cuanto a la técnica será la de observación, la cual nos permite a través de sus diferentes características llevar a cabo el desarrollo de la presente investigación, a saber; selectiva al permitir clasificar las normas y jurisprudencias del Consejo de Estado que apliquen al tema en concreto; es ordenada, pues nos permite determinar de acuerdo a la fecha de expedición de la jurisprudencia su incidencia, a su vez es sistemática y planeada y cumple con el elemento de explicación, pues el análisis dará explicación o respuesta al problema planteado

El objeto ilícito en el contrato estatal

Para poder comprender lo que actualmente implica el objeto ilícito en un contrato estatal, su consecuencia que en este caso sería la nulidad absoluta del mismo, es necesario observar el porqué de la contratación y de igual manera remitirnos a las normas de derecho civil respecto de las obligaciones para así

analizar desde las generalidades lo que se quiere con un contrato, el objeto ilícito en su aplicación jurídica y además el principio de planeación en la contratación estatal.

Considerando que la Función Administrativa es la actividad que tiene la administración con el fin de satisfacer las necesidades generales de los ciudadanos, la cual se desarrolla de conformidad a los principios, finalidades y cometidos estatales consagrados en los artículos 2 y 209 de la Constitución Política (Rolon, 2010), lo que hace a través de la contratación estatal, señalando que esta es el medio con el cual cuentan las entidades públicas para el cumplimiento de dichos fines (Rosero Melo, 2016, p. 28).

Como lo muestra Rosero Melo, de conformidad a lo señalado por el Consejo de Estado, la contratación estatal no es otra cosa que una actuación administrativa que puede culminar en la celebración de un contrato o en la declaración de desierta de la convocatoria, por no existir las condiciones requeridas para la selección objetiva del contratista (Rosero Melo, 2016, p. 28).

La contratación estatal no siempre gozo de autonomía, toda vez que en sus comienzos fue tomada como un acto administrativo o contratación privada, el Estado como persona jurídica y con la necesidad de cumplir sus fines, debe contraer obligaciones, razón por la cual a mediados de siglo se expidieron diversas leyes que regulaban algunos contratos de administración pública³, pero fue hasta el año 1976 con el Decreto 150 que se estableció una regulación unificada para que fuera aplicada en los contratos de la Nación y los establecimientos públicos, ya con el Decreto 222 de 1983 se amplía la normatividad, además contempla cláusulas exorbitantes⁴, procedimientos⁵, posteriormente la ley 80 que en la actualidad es la

³ Ver: Estatuto Nacional de compras (Decreto 351 de 1955), Estatuto de empréstito o de operaciones de crédito (Decreto 1050 de 1955), Estatuto de los contratos interadministrativos (Decreto Legislativo 550 de 1960), Estatuto sobre obras públicas (Ley 4 de 1964, modificada por la ley 36 de 1966) y el Decreto Reglamentario 518 de 1965.

⁴ Como la de terminación, modificación e interpretación unilateral.

⁵ Tales como la licitación pública y la licitación privada, el registro de proponentes, la tipificación de contratos como el de obra pública, consultoría, suministro, compraventa y servicios. Para esta fecha los contratos estatales se clasificaban en “Contratos de la Administración Pública” que eran los de obras públicas, los de suministro, los de prestación de servicios y los de explotación de bienes del Estado y los “Contratos de Derecho Privado de la Administración” los cuales estaban sometidos al derecho privado (civil, comercial o laboral).

base de la contratación estatal, regulando las cláusulas exorbitantes⁶ y los procedimientos⁷, llegando a la ley que la reformaría que es la Ley 1150 de 2007⁸, la cual la modificó y adicionó, más todos los decretos que la complementan. (Castro Cuenca, García López, & Martínez Vargas, 2010, pp. 49-70) (Rodríguez, 1988).

Para que exista un objeto ilícito en un contrato estatal, obviamente debe haber la celebración de un contrato, el cual está definido en la norma como el concurso real de voluntades de dos o más personas, en donde media un hecho voluntario de la persona que se obliga (Civil, 2016), frente a esta relación de voluntades en contratación estatal se requiere que una parte en esta relación sea el Estado, a través de alguna de sus Entidades Estatales o bien podría ser que las dos partes sean Entidades Estatales, la norma en contratación estatal lo define como todo acto jurídico generador de obligaciones, celebrado por las Entidades Estatales, las cuales se encuentran definidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. (Vega & Ordoñez, 1999, pp. 3-14), siendo la finalidad de la contratación estatal el cumplimiento de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

Cuando se celebra un acto un acto jurídico, además de ser una manifestación de la voluntad, los agentes persiguen un objetivo jurídico, ya sea la creación, modificación o extinción de relaciones, en el tema contractual dicho objetivo es el objeto del contrato.

Con la celebración de un contrato ingresamos al régimen de las obligaciones, siendo de nuestro interés lo concerniente al objeto de este y cuando se considera ilícito, aquí se debe observar que frente al objeto del contrato es necesario que las cosas objeto del contrato sea que existan o que se esperen que existan sean comerciales, que además estén determinadas por lo menos en cuanto al género, en lo que tiene que ver con la naturaleza de las obligaciones encontramos que son por

⁶ Terminación, modificación, e interpretación unilateral.

⁷ Licitación pública y contratación directa, el registro de proponentes, tipificación de contratos como el de obra pública, consultoría, suministro, compraventa y servicios.

⁸ Con esta se incluye una nueva modalidad de selección de contratistas “selección abreviada”, de igual manera los acuerdos marco de precios, la subasta inversa y procedimientos de adquisición en bolsas de productos.

dar o hacer o entregar cosa material y las de ejecutar comprendidas por hacer o no hacer; en cuanto a la de entregar cosa material, presenta tres condiciones a saber: i. Existencia de la cosa material en el momento de nacer la obligación, de tratarse sobre una cosa futura nos encontramos frente a una obligación condicional. ii. Determinación de la cosa material, cuerpos ciertos y géneros determinados. iii. Comercialidad de la cosa material, teniendo en cuenta su naturaleza, destinación o la situación actual en que se encuentran, que la ley no las tenga fuera del comercio. (Uribe - Holguin, 1982, pp. 13-15)

De igual manera señala Uribe Holguin, que de lo señalado anteriormente en el objeto se debe tener en cuenta que sea físicamente posible de realizar, es decir que no sea contrario a las leyes naturales estudiadas dentro del avance del contexto social del momento de celebración del contrato; y que exista posibilidad moral, con esto se hace referencia a que no esté contrario a la ley, a las buenas costumbres o el orden público. Con esto se puede deducir que lo que incumpla estas características podría conllevar a que sea un objeto ilícito.

De lo anterior se puede determinar que los contratos son susceptibles de sufrir anomalías⁹, para el caso en particular observaremos la denominada nulidad, siendo esta aquella imperfección del contrato que impide que este produzca sus efectos en dicha relación de voluntades, pero que solamente puede ser declarada judicialmente, por lo tanto mientras que el contrato no sea declarado nulo por autoridad judicial competente, continuara vigente y con todos sus efectos a lo largo del tiempo, siendo los legitimados para adelantar dicha acción los intervinientes en el contrato y el Ministerio Público o por quien tenga interés, e incluso puede ser declarada de oficio por el juez del contrato, requiriéndose en este caso la comparecencia de las partes para no afectar su derecho de defensa. (Vega & Ordoñez, 1999, pp. 100-104)

⁹ Entre las anomalías a las que se puede enfrentar un contrato o verse incurso en alguna de ellas, tenemos la inexistencia, nulidad, resolución, simulación, inoponibilidad, rescisión por lesión, modificación o terminación del contrato por onerosidad sobrevenida.

En el Estatuto de la contratación estatal se reglamentan tres clases de nulidades, las absolutas, las relativas y las parciales, en el presente documento nos ocuparemos de la nulidad absoluta que sería la que podría llegar a afectar el contrato por un objeto ilícito; sobre ellas es necesario resaltar que no son subsanables, pues se originan en la transgresión del derecho público, tampoco pueden ser objeto de transacción por voluntad de las partes, toda vez que prima el interés general, se encuentran establecidas en la ley es por esto que se requiere verificar las normas civiles y comerciales además del estatuto de contratación (Vega & Ordoñez, 1999, pp. 100-104).

El Código Civil en su artículo 1741 señala que genera nulidad absoluta, la nulidad producida por un objeto ilícito o causa ilícita, al igual que la omisión de algún requisito o formalidad que la ley haya prescrito para el valor de ciertos actos o contratos por la naturaleza de estos (Civil, 2016), frente al objeto por ejemplo no podríamos celebrar un contrato con la finalidad de cometer un delito (homicidio, lesiones), o comprar cosas que han sido hurtadas, pues esto hace que el objeto del contrato sea ilícito. En el Estatuto de contratación estatal, en su artículo 44, se establece:

“Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

- 1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la Ley;*
- 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;*
- 3. Se celebren con abuso o desviación de poder;*
- 4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*
- 5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley” (Estatal, 2017)*

Además de lo anterior la Administración cuenta con una facultad para declarar la terminación unilateral del contrato, es una facultad excepcional de la

Administración con el fin de preservar el interés público cuando se haya vulnerado el ordenamiento jurídico por la celebración de un contrato que presenta vicios constitutivos de nulidad absoluta, decisión que consta en un acto administrativo debidamente motivado, la cual podrá adelantar si el contrato está incurrido en alguna de las causales del artículo 44 del Estatuto de contratación (Santofimio, 2010, pp. 131-134), lo que permite denotar que las causales de nulidad son taxativas.

Frente a la decisión que se toma en la sentencia de la acción de nulidad, la jurisprudencia ha señalado que es de índole declarativa, apreciación que no es compartida por algunos doctrinantes que señalan que es de índole constitutiva, toda vez que mediante esta se crea, modifica o extingue una relación de derecho, es así que de ser acogida la pretensión de nulidad, se extinguen todos los efectos del contrato, rompiendo la relación jurídica entre las partes, a tal punto que es como si nunca hubiese existido, y en tema patrimonial se debe volver al estado anterior a la celebración del contrato, lo que se conoce como efecto *ex tunc*, es decir que esta acción produce efectos desde el momento mismo en que se dio origen al acto, retro trayendo la situación jurídica a ese estado anterior. (Toscano López, 2012)

De igual manera esta pone fin a la eficacia futura de dichos actos, y como ya se señaló obra retroactivamente, destruyendo los efectos que hayan alcanzado a producir con anterioridad a la declaración de nulidad; lo que quiere decir que se podrá repetir por lo dado o lo pagado por cada una de las partes; al tratarse de nulidad del acto proveniente de objeto ilícito, la declaración judicial no produce la destrucción de todos los efectos emanados de dicho acto, ya que de conformidad al artículo 1525 del código civil, las prestaciones ya ejecutadas por las partes, a sabiendas de dicha ilicitud, no pueden ser repetidas. (Gomez Carvajal, 2013)

El otro concepto que se requiere abordar es el Principio de Planeación, en desarrollo de nuestra Constitución, se le ha dado mucha fuerza a los principios constitucionales, como normas de aplicación inmediata, esto a través del desarrollo jurisprudencial para el caso en particular del Consejo de Estado, pero no solo se les ha dado fuerza, sino que prevalecen en materia de contratación estatal (Orrego Lombana, 2016)

Para Amaya es un principio palpable o posible de identificar a través de la revisión de las sentencias del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, siendo su finalidad lograr una mayor eficacia y eficiencia todo proceso requiere de planeación para así poder identificar las diferentes etapas, insumos necesarios, responsables, posibles riesgos y demás contingencias que sean necesarias cubrir, siendo así en la contratación estatal el principio de planeación lo señala el autor como el faro en la delimitación de los aspectos procesales, los cuales deber ser evaluados y tenidos en cuenta durante el desarrollo de las diferentes etapas del proceso contractual. (Amaya Rodriguez, 2016, pp. 105-106)

En el Congreso Internacional sobre Contratación Pública celebrado los días 24 y 25 de Enero de 2017, en la Universidad de Castilla – La Mancha en ponencia de Romero sobre principios de contratación pública y moralidad Administrativa en Colombia, señala que *“La actividad contractual se relaciona directamente con el patrimonio público, que es el soporte principal para la ejecución de la inversión pública y todo lo que tiene que ver con dineros del Estado”* (Romero M, 2017), y resalta el concepto del principio de planeación dado en la Sentencia C 300 de 2012:

“El principio del planeación hace referencia al deber de la Entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes recursos.” (Romero M, 2017)

Del análisis realizado por Amaya a la Sentencia C-300 de 2012, se puede extraer que este principio hace referencia a las actividades que deben realizar las Entidades del Estado previo a adelantar un proceso de contratación, las cuales van encaminadas a determinar de manera precisa cual es la necesidad pública que se pretende satisfacer, a determinar el objeto a contratar y establecer los recursos necesarios para llegar a desarrollar el proyecto, todas estas actividades lo que buscan es cumplir los fines del estado, es decir satisfacer el interes general, haciendo uso de los recursos públicos de manera eficiente y eficaz, determinando

como deber de la entidad contratante el de realizar estudios previos adecuados (prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, entre otros) con la finalidad de determinar el objeto del contrato, las obligaciones que se crearan para las partes, la respectiva identificación y distribución de riesgos, el precio, su financiación para así permitir a los interesados diseñar sus ofertas. (Amaya, 2016).

En el artículo sobre las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra, se observa que la planeación es un principio de la actividad contractual y administrativa pública, parte de los problemas es que no se distingue de manera conceptual y práctica entre plan, planeación y planificación, limitando el tema de planeación a unos estudios previos que se desarrollan en la etapa precontractual, descuidando la planeación en las etapas de ejecución, desarrollo y cumplimiento de los terminos contractuales, *“desconociendo que la planeación es un sistema para el cumplimiento de los fines del Estado y que el contrato es una herramienta a su servicio”* (Aponte Diaz, 2014)

Para concluir, el contrato estatal es una herramienta para el cumplimiento de los fines del Estado, en el cual, media una relación de voluntades, en donde por lo menos una de las partes debe ser el Estado; como parte de este contrato se encuentra el objeto, el cual puede ser lícito o no, dando como consecuencia en este último caso la nulidad absoluta del contrato establecida en el artículo 44 del Régimen de Contratación. Por otro lado los principios han sido de desarrollo constitucional por lo que su cumplimiento es obligatorio en el proceso contractual, en el caso en particular el principio de planeación.

Omisión al principio de planeación, objeto ilícito y nulidad absoluta – Desarrollo Jurisprudencial

Con la claridad de los conceptos antes vistos, en el presente ensayo realizaremos el análisis a las diferentes jurisprudencias sobre la omisión al principio de planeación, si esta omisión podría originar una ilicitud en el objeto del contrato y por consiguiente generar una nulidad absoluta del mismo.

Comenzaremos por observar lo dicho por el Magistrado Hernández Enríquez, sobre la nulidad absoluta, quien señala que un negocio jurídico mientras se ajuste al ordenamiento jurídico y cumpla con los requisitos previstos en la ley es válido, pero que no toda transgresión a las normas da origen a la nulidad absoluta del contrato, sólo darán origen a esta las previstas expresamente por el legislador, es decir estamos frente a una reserva de ley; que para el tema de contratos estatales se encuentran establecidas en la ley 80 de 1993, en su artículo 44, las contempladas en el derecho civil y en el comercial, por lo que no es posible que otro tipo de normas creen causales que den origen a vicios en los actos jurídicos, pues esto sería una afectación a la libertad de negociación. (CE, Consulta, 2007)

De igual manera Hernández define lo considerado como ley, en donde manifiesta que es necesario establecer a *“cuáles disposiciones el ordenamiento jurídico les confiere el carácter de Ley prohibitiva cuya transgresión genere la sanción de nulidad absoluta”*, señalando que para esto hay que remitirse a la Constitución en donde en primer lugar, la potestad legislativa es ostentada únicamente por el Congreso de la República y el Gobierno Nacional, siendo en este último caso en forma extraordinaria (CE, Consulta, 2007). De lo anterior se puede concluir que las causales de nulidad absoluta del contrato estatal son taxativas, es decir las únicas que se encuentran señaladas en la ley, entendida en sentido material.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato estatal, de conformidad al artículo 48 de la Ley 80, el Magistrado Ponente Hernández Enríquez, hace las siguientes precisiones:

- i. Se establece que dan derecho a que se reconozcan y paguen las prestaciones cumplidas entre las partes, sólo los contratos de ejecución instantánea, quedan sujetos a lo estipulado en el derecho privado.
- ii. No importa cuál sea la causal de nulidad del contrato, las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria de nulidad deben ser reconocidas, sin dejar de lado que el inciso segundo introduce una

regla especial para aplicarla específicamente en los casos de objeto o causa ilícita, las cuales serán reconocidas siempre y cuando se probare que la Entidad Estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido

Frente al tema de principio de planeación enfrentado al objeto lícito del contrato, de acuerdo a la omisión que se venía presentando de este principio en la contratación estatal, Sandoval hace referencia a lo señalado por el *ad quem* en este caso el Consejo de Estado, Sección Tercera, ha venido desarrollando una línea jurisprudencial, la cual fue fundada con la Sentencia de fecha 24 de abril de 2013, número interno 27315, con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en donde fundamenta su tesis “*según la cual la violación del principio de planeación en el contrato estatal genera como consecuencia la declaratoria de nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito.*” Con posterioridad esta tesis fue reiterada por la misma subsección del Consejo de Estado, también con ponencia del Consejero Santofimio, mediante sentencia de 13 de junio de 2013, número interno 26637, las anteriores surgen de supuestos fácticos similares, las dos hablan de suscripción de contratos de obras, entre una Entidad del Estado y un particular, los cuales no pudieron ser ejecutados, ya que la Entidad contratante no adquirió los predios necesarios para llevar a cabo las obras objeto del contrato, frente a esta circunstancia de falta de planeación de las Entidades Estatales contratantes, al no adquirir los predios para ejecutar las obras objeto del contrato, los contratistas acuden a la jurisdicción contenciosa administrativa con el fin de buscar la declaratoria de incumplimiento de los contratos por parte de la Entidad Estatal y en consecuencia, lograr el reconocimiento de los perjuicios causados. Frente a estos dos casos el *ad quem* adopto la decisión con la misma *ratio decidendi*¹⁰. (Sandoval Peña, 2015, pp. 1 - 27)

Para Santofimio de conformidad a sus consideraciones en las sentencias señaladas, parte de establecer que si bien no se encuentra tipificada la planeación

¹⁰ “es la formulación más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión específica” (López Medina, 2006)

de manera directa en la ley, es inevitable su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal, la cual infiere en los artículos 209, 339 y 341 constitucionales, los cuales dan lineamientos sobre los principios de la función administrativa y el plan de desarrollo; en cuanto a la ley 80 de 1993, el artículo 25, numerales 6, 7 y 11 a 14, artículo 26, numeral 3, artículo 30, numerales 1 y 2, y del artículo 2 del Decreto 01 de 1984, según los cuales debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que van a materializarse a favor del interés común, en referencia al manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, esto con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones. (CE, S.III, 26637, 2013) (CE, S.III, 27315, 2013)

De igual manera señala el Consejero, que la planeación y sus exigencias en su concepto dan lugar a un marco jurídico, esta puede catalogarse como requisito para la actividad contractual, por lo que los presupuestos establecidos por el legislador, como son racionalización, organización y coherencia que son parte de la planeación en materia contractual, hacen parte de la legalidad del contrato, por lo que no pueden ser desconocidos en la actividad contractual, es por esto que la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado al contrato estatal, toda vez que el desconocimiento del deber de planeación contraría la esencia del interés general al afectar los dineros del Estado e impedir que se cumplan sus fines.

Frente a la fuerza vinculante del principio de planeación, aclara Santofimio que no es solo vinculante para la Entidad Estatal, sino que también debe ser atendido por los colaboradores de la administración; se debe recordar que los particulares que celebran y ejecutan contratos con las entidades estatales, colaborando con ellas en el logro de sus fines, adquieren unas obligaciones al estar cumpliendo una función social, por lo que están en la obligación de informar a la Entidad Estatal las deficiencias de planificación que observen en el proceso de contratación, lo anterior con el fin de que estas sean subsanadas, por otra parte deben abstenerse de celebrar contratos en los que se evidencie que por fallas en su planeación el objeto contractual no podrá ejecutarse, caso tal no podrán

pretender el reconocimiento de derechos económicos, toda vez que esto sería como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos, ya que para el contratista al advertir falencias en la planeación, tenía cierta certeza de que el objeto contractual no podría ser realizado.

Las anteriores circunstancias, que por no observar el principio de planeación en la actividad contractual, conllevan a la imposibilidad de realizar el objeto del contrato, para Santofimio dan origen a la ilicitud del objeto del contrato, pues para el Consejero *“se está contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos”*; pero no solamente se limita a manifestar que da ilicitud del objeto, ya que señala que en este escenario se está incurso además en la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 44 de la ley 80 de 1993, que refiere que el contrato se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal, aclarando que es necesario para que se configure esta causal de nulidad, que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, es decir que este contenida en la norma. En consecuencia, para Santofimio,

“cuando la ley de contratación estatal dispone que debe observarse el principio de planeación, la elusión de este mandato comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público”

En lo que respecta a los dineros entregados por las Entidades Estatales contratantes a título de anticipo o pago anticipado, en la sentencia del 24 de abril de 2013, se ordenó al contratista restituir debidamente actualizada estas sumas de dinero, toda vez que al momento de declararse la nulidad, el interés público no se había satisfecho en ninguna medida, caso diferente en la sentencia del 13 de junio de 2013, en donde no se ordenó al contratista la restitución de estas sumas de

dinero, pues si bien se había decretado la nulidad del contrato, la Entidad Estatal se benefició y se satisfizo el interés general, pues en este caso hubo cumplimiento pero tardío de las prestaciones contractuales. Lo anterior tiene fundamento en el artículo 1525 del Código Civil, que establece: “*no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas*”

Ahora bien, la parte demandante interpuso acción de tutela en contra de la sentencia de fecha 13 de junio de 2013, con radicado interno No. 26637, la cual fue de conocimiento en primera instancia por la sección Cuarta del Consejo de Estado y en segunda instancia fue resuelta por la sección Quinta de esta misma corporación, con sentencia de fecha 27 de noviembre de 2014, con número de radicado 11001-03-15-000-2013-0191901. Dichas sentencias rechazaron la tesis expuesta por la sección Tercera de esta corporación a través del Consejero Santofimio, que considera que las fallas en la planeación que impidan la ejecución a satisfacción de un contrato estatal, generan la nulidad de este por objeto ilícito.

Para la Sección Cuarta, no nos encontramos frente a una nulidad por objeto ilícito, sino que lo que se puede generar en el caso en particular es la responsabilidad del incumplimiento del contrato, toda vez que para la Sala, la violación del principio de planeación, no es una causal autónoma o directa de nulidad del contrato, es decir que no se encuentra tipificada expresamente en la ley y, por otro lado no encaja en la configuración de un verdadero caso de objeto ilícito. (CE, S.IV, 2014)

De igual manera, no niega la probada supuesta ilicitud en la fase previa de la celebración del contrato, es decir en la etapa precontractual, pero observa que esta supuesta ilicitud no se encuentra propiamente en las cláusulas de lo que sería el contrato, por lo que considera, hubo una interpretación errónea en la deducción realizada en la sentencia cuestionada. Toda vez que aunque si bien es cierto, el principio de planeación es inherente a la actividad administrativa contractual, al igual que de obligatorio acatamiento, se debe diferenciar las distintas etapas del proceso contractual, a saber fase precontractual, contractual y post-contractual, que para el

caso en concreto el deber de planeación hace parte de la etapa precontractual, y otra es el momento de celebración del contrato.

Con la celebración del contrato, se configura el objeto, las obligaciones mutuas, siendo estas las que deben encontrarse libres de ilicitud, no deben encontrarse incursas en una expresa prohibición legal, deben respetar el orden público y las buenas costumbres.

En este caso la falta de planeamiento puede generar responsabilidad por incumplimiento, si esa falta o falencia malogra la cumplida ejecución del contrato, responsabilidad que le puede caber tanto al contratante como al contratista, según la posición jurídica en la que se encuentre frente a cada obligación.

En conclusión para la Sala, no necesariamente la violación del principio de planeación conduce a la nulidad por objeto ilícito, podría serlo si al pactar las cláusulas estas resultan ilícitas y si dicha ilicitud fuera la consecuencia del desconocimiento del principio de planeación, cosa que no se demostró en el caso.

En la decisión de segunda instancia, como se manifestó fue proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, expresan que la contravención del deber de planeación no implica necesariamente que el negocio este viciado por objeto ilícito, aclarando que esto no pretende desconocer la importancia y obligatoriedad del principio de planeación por parte de las Entidades Estatales como por parte de los contratistas, sino que busca hacer la claridad del momento de dicha vulneración, señalando que en el caso en estudio, no hay lugar a tal declaratoria, por cuanto que la ilegalidad del negocio no fue deducida de sus prestaciones, es decir no tuvo nacimiento en la celebración del contrato, lo cual es exigido para que se configure la causal de objeto ilícito.

En cumplimiento del fallo de tutela emitido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en el que se ordenó proferir nueva decisión de fondo en el proceso con radicado No. 26637, la Sección Tercera de esta corporación emitió la Sentencia de fecha 20 de octubre de 2014, con ponencia del Consejero Orlando Santofimio

Gamboa. En esta providencia dedica una parte de sus consideraciones a rebatir la tesis de la sección Cuarta en los siguientes aspectos: i) Para el Consejero, no es necesario la existencia de una norma que señale que el contrato es nulo por la razón allí contenida, basta que exista la norma que lo prohíba o mande, aquí el Consejero hace extensiva la aplicación de los principios con fuerza de aplicación constitucional y legal, razón por la cual su omisión es una vulneración expresa a la Constitución y la ley por lo que su omisión afectaría la legalidad del contrato, y ii) El objeto del contrato no puede ser confundido o asimilado a las obligaciones de las partes, toda vez que los contratos no solo crean obligaciones, sino que también las extinguen o las regulan; se puede deducir de su análisis que si bien es cierto que la omisión se generó en la fase precontractual, esta fase fue la que dio origen al contrato estatal, por lo que afectaría directamente su objeto contractual, ante la imposibilidad de ejecutar el contrato. Y aunque da cumplimiento al fallo de tutela en el sentido de que el desconocimiento al principio de planeación no genera nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, niega las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda. (CE, S.III, 24809/2014, 2014)

En reciente sentencia, de fecha 23 de octubre de 2017, la sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Santofimio, respecto del principio de planeación, denota que la omisión o falta de observancia de este, conlleva a la celebración y ejecución de contratos por el camino de la improvisación y la mediocridad, que en el transcurso del tiempo y de la ejecución del contrato traerá consecuencias negativas para las Entidades Estatales, pero además resalta la importancia del papel del contratista como colaborador de la administración y su obligación a cumplir con este principio, mediante la observancia de los parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado y jurídicos incluidos en la propuesta inicial, los cuales deben ir encaminados a la adecuada ejecución del objeto contractual; de igual manera deben poner de presente las deficiencias de planificación que detecten para que estas sean subsanadas antes de la suscripción del contrato, para evitar la suscripción de contratos cuyo objeto contractual no sea posible de ejecución, o que en su defecto su ejecución dependa de situaciones indefinidas e inciertas, al respecto señala el Consejero que infringen la ley no sólo

la Entidad estatal sino que también el contratista, ya que se está celebrando un contrato con serias fallas de planeación al no poderse desarrollar el objeto del contrato o no será realizado en el tiempo establecido. (CE, SII, 55855, 2017)

Esta obligación para el contratista, hace que al momento de elaborar su propuesta inicial, no se limite a ajustarse a las condiciones del pliego de licitación como se hace erradamente en la práctica, sino que implica una evaluación concienzuda de las condiciones de viabilidad y oportunidad del negocio, el no hacerlo conlleva a incurrir en culpa grave, establecida en el artículo 63 del Código Civil *“no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa esta que en materia civil equivale al dolo”*, culpa que será atribuible a los contratistas que por demás de su profesionalismo y calidad de colaboradores de la administración, omiten emplear la diligencia que una persona común hubiera previsto para elaborar las propuestas con las que pretenden vincularse a entidades estatales, que como es sabido nadie puede sacar provecho de su propia culpa.

Es necesario precisar que las dos sentencias emitidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, no constituyen precedente judicial (CE, SIII, 57279, 2017), toda vez que no se trata de sentencias de unificación jurisprudencial contempladas en los artículos 10 y 207 de la Ley 1437 de 2011 con desarrollo jurisprudencial, también es necesario manifestar que el tema del principio de planeación y su afectación en el objeto contractual o la legalidad del contrato que conlleva a la nulidad contractual corresponde a pronunciamientos de 2013 a la fecha, lo que indica que se encuentra en proceso de desarrollo o evolución por lo que no hay una tesis definitiva sobre la materia.

De lo anterior podemos concluir, que el principio de planeación está estrechamente ligado al principio de legalidad y que es de obligatoria observancia para las Entidades Estatales y el contratista en todas las etapas del proceso contractual; que la nulidad absoluta se debe fundamentar en normas entendidas en sentido material y no por extensión o desarrollo jurisprudencial; se debe observar en qué fase del proceso de contratación estatal se vulneró u omitió el principio de

planeación, toda vez que para que un contrato tenga vicios de nulidad, se requiere que sean su objeto o cláusulas las que resulten ilícitas.

Frente a el tema de objeto ilícito por omisión del principio de planeación encontramos dos tesis en el Consejo de Estado, una que refiere que la omisión a este principio da origen al objeto ilícito por consiguiente genera la nulidad absoluta del contrato; una segunda tesis que refiere que la omisión a el principio de planeación da lugar a una responsabilidad por incumplimiento del contrato, por lo que no habría lugar a la sanción de nulidad absoluta del contrato.

Nulidad del contrato por omisión al principio de planeación – Objeto ilícito

Enfatizando que el principio de planeacion hace referencia a todas las actividades que deben realizar las Entidades del Estado para adelantar un proceso de contratación, en busca de determinar la necesidad pública a satisfacer, el objeto a contratar y definir los recursos para llevar a cabo el proyecto, para así dar cumplimiento a los fines del Estado y satisfacer el interes general, de una manera eficiente y eficaz, todo esto enmarcado en un proceso de gran importancia a saber los estudios previos que permiten ver la prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, entre otros, los que a su vez determinan el objeto del contrato, las obligaciones que se crearan para las partes, la identificación y distribución de riesgos, el precio, la forma de financiación.

Con todo esto se puede deducir que el proceso de contratación estatal, tiene sus bases en el principio de planeación, materializado en los estudios previos, su alcance es hasta el final del proceso, es decir hasta el cumplimiento de la necesidad definida en estos, hasta la satisfacción de ese interes general, que además esta inmerso en cada una de las fases del proceso, objeto del contrato, el precio, forma de financiación, entre otras; por todo esto podríamos determinar que el principio de planeacion es la esencia del proceso de contratación estatal.

Siendo este principio la base de la contratación estatal y quien da origen o define el objeto del contrato, debemos analizar si su omisión daría lugar a que el objeto del contrato fuera ilícito, dando como resultado la nulidad del contrato, por otro lado debemos tener en cuenta que su desarrollo ha sido a partir de la Constitución lo que además le da cierta prelación en su aplicación.

Entiendase como omisión, no sólo la no aplicación a los procedimientos descritos anteriormente, sino a la deficiente aplicación, o la manipulación con intereses personales sobre estos, pues su mal procedimiento afecta de manera importante el desarrollo del proceso de contratación, pero para definir el alcance de esta omisión es necesario realizar un análisis profundo sobre las posibles consecuencias de esta omisión, a saber una ponderación que determine el grado de afectación sobre el proceso contractual, ya que no todos tienen las mismas repercusiones; como ejemplo de lo anterior, una equivocada asignación en el porcentaje de un riesgo, sería una omisión del principio de planeación, pero sería exagerado decretar una nulidad, pues su afectación en el proceso de contratación no es de incidencia gravosa.

Es claro que el principio de planeación es esa actividad de organizar, parametrizar, pero no se puede considerar de manera general que cualquier olvido u omisión genere la nulidad del contrato, pues se sabe que dentro del proceso contractual hay falencias que son subsanables, esto conlleva a que no toda omisión al principio de planeación de lugar a un objeto ilícito, pues el determinarlo así, nos pondría frente a una enorme extricteza que afectaría todos los procesos de contratación o frente a un análisis discrecional del funcionario que defina sobre la nulidad, generando incertidumbre más que claridad debido a los diferentes tipos de interpretación de la norma, incluso a las vivencias de cada funcionario en su formación de vida.

Por otro lado se debe observar que consecuencias tiene para las partes declarar la nulidad de un contrato, y determinar si resulta más gravosa esta declaración que la omisión presentada, es por esto, por las consecuencias que conllevan una nulidad, que sus causales fueron señaladas en la norma, por ser esta

la máxima sanción, es que en contratos de obra, es casi que imposible restituir las cosas a su estado anterior, es decir a como estaban antes, o el pago de restituciones mutuas, pero lo que ocurre en la contratación estatal cuando se presente una nulidad, es que decretandola se hace aún mas gravosa la situación, pues será una obra que casi con toda seguridad no será terminada, quedando abandonada en el estado en que se encontraba en el momento de la declaratoria de nulidad, pasando a ser lo que comunmente es denominado “elefante blanco”, causando posiblemente un mayor detrimento para la administración pública.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, a través del doctor Santofimio Gamboa, ha desarrollado la teoría de que la omisión al principio de planeación genera un objeto ilícito, a saber en las jurisprudencias identificadas con número interno 26637 y 27315, en donde en la primera el municipio no había adquirido los lotes para construir una carretera, y en el segundo caso, en donde el municipio licito para la construcción de un puente peatonal, y solo adquirió el lote de uno de los extremos del puente, en estos casos, se puede observar claramente la omisión al principio de planeación por parte de las Entidades Estatales, en donde se declara la nulidad por objeto ilícito por parte de la Sección Tercera, sustentando esta tesis en la imposibilidad de realizar o llevar a cabo el objeto del contrato, pero hay que observar que el Estado cuenta con acciones como la expropiación en caso de que los propietarios no quisieran venderlos, ya que prima el interés general sobre el particular, pero la falta de diligencia por parte de las Entidades Estatales conlleva pérdidas en algunos casos para el contratista y obviamente pérdidas de dineros públicos y una necesidad de la comunidad que no fue satisfecha.

En nuestra opinión frente a la vulneración del principio de planeación en la contratación estatal, en algunos casos podemos encontrarnos ante la causal 2° del artículo 44 del Régimen de Contratación “expresa prohibición constitucional o legal”, en otros casos no estar inmersos en causal de nulidad; pero para que la omisión al principio de planeación de lugar a un objeto ilícito, se debe estar frente a un acto que en este caso sería el contrato, que contradice el derecho público de la Nación,

o es un elemento fuera del comercio, pero además como ya se mencionó el Estado cuenta con acciones para poder cumplir el interés general.

Si nos encontramos en la causal de nulidad absoluta consagrada en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que establece, que los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando, se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal, puesto que es claro, que la vulneración de un principio de desarrollo constitucional, para el caso, el de planeación, enmarca claramente en esta causal de nulidad, sin necesidad de buscar o crear vía jurisprudencia causales que no están contempladas en la Ley, puesto que el principio de planeación tiene su génesis en la ley y ha sido desarrollado jurisprudencialmente, tanto así, que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, lo ha reconocido como principio, es decir, que se considera suficiente su desconocimiento en la actividad contractual para que se genere la causal de nulidad contemplada en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

De igual manera señala esta jurisprudencia del doctor Santofimio Gamboa con número de radicación interno 26637 frente al numeral segundo en la expresión “*se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;*”, que la vulneración al principio de planeación en la celebración de un contrato estatal, transgrede el ordenamiento legal, lo cual conlleva a la nulidad absoluta del contrato, lo que en su concepto es una “*nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto*”.

Con relación a si el objeto ilícito genera nulidad por omisión al principio de planeación, creemos que la omisión a este principio, no da lugar a que el objeto del contrato sea ilícito; ya que la configuración del objeto ilícito está contemplada en la ley de manera clara, sin que admita interpretaciones, como las pretendidas con estas jurisprudencias proferidas por la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado con ponencia del doctor Santofimio Gamboa y darle así a la norma un sentido que no tiene.

En ese orden de ideas, coincidimos con el argumento de la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado, al resolver la acción de tutela contra la providencia emitida por la Sección Tercera de esta Corporación con número de radicación interno 26637, cuando señaló entre otros argumentos, que lo ilícito, en consecuencia debe predicarse de una o varias o todas las obligaciones asumidas por las partes, pues estas obligaciones son el objeto del contrato y que la vulneración al principio de planeación no encaja en la configuración de un verdadero caso de objeto ilícito, en el sentido, además que para que exista objeto ilícito, debe existir un contrato y la falta de planeación se produjo en la etapa precontractual y no puede el juez del contrato trasladar esta omisión de la vulneración a la etapa contractual generando así unos efectos o consecuencias que no están establecidos en la Ley.

De igual manera, compartimos el argumento de esta sentencia de tutela proferida por la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado, cuando indica, que lo que se puede generar por la vulneración al principio de planeación, es una responsabilidad por incumplimiento, si esa falta al principio de planeación malogra la cumplida ejecución del contrato.

Sin embargo, no compartimos en su integridad la *ratio decidendi* de la sentencia de tutela de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, porque si bien consideramos que el análisis al problema jurídico que tiene la sentencia es acertado, no es del todo cierto, que la vulneración al principio de planeación no pueda ser una causal autónoma de nulidad del contrato estatal; ya que si puede encuadrar en la causal de nulidad contemplada en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por ser contrario a la Constitución y a la Ley, pero que se encuentra lejos de considerarse un objeto ilícito, entendido este, como aquel, que es contrario a la ley, el orden público y las buenas costumbres.

No obstante lo anterior, rescatamos la buena intención del doctor Santofimio Gamboa al preocuparse y propender por el cuidado de los dineros o patrimonio público, al generar esta tesis del objeto ilícito, que no tiene otra finalidad que la de solicitarle al contratista el reintegro de los dineros que hubiese percibido a título de

anticipo o durante la ejecución del contrato, de un contrato con objeto ilícito, cuando en el contrato además de vulnerarse el principio de planeación, no se hubiese satisfecho el interés general, con fundamento en el artículo 1525 del Código Civil, al señalar que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas, cosa que no ocurre, si se declara la nulidad absoluta del contrato, por el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, es decir, las consecuencias en este caso no serían las mismas; ya que no media un objeto ilícito.

En ese orden de ideas, la tesis creada por el doctor Santofimio Gamboa no es del todo desacertada, pero consideramos requiere ajustes desde el punto de vista jurídico, porque darle interpretaciones a las normas que no tienen pueden generar una violación al debido proceso del contratista o quien demanda un contrato ante la jurisdicción contenciosa administrativa bajo el medio de control de controversias contractuales.

En caso de presentarse una vulneración al principio de planeación, lo que puede dar lugar es a una responsabilidad por incumplimiento, solo si esa falta de planeación malogra la cumplida ejecución del contrato y podría eventualmente pensarse en que origine una nulidad absoluta del contrato, porque no se puede descartar esa posibilidad, pero no por objeto ilícito, sino porque el contrato se celebró contra expresa prohibición constitucional o legal por desconocimiento del principio de planeación, esto es, por la causal contenida en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, lo cual es distinto a lo planteado en la tesis del doctor Santofimio Gamboa.

También consideramos que es importante que en virtud del principio de legalidad, el legislador profiera una ley para que, en el evento de que el contrato se celebre contra expresa prohibición Constitucional y legal, por vulneración a los principios de la contratación estatal, cuando efectivamente se pruebe dicha vulneración, para el caso específico la vulneración al principio de planeación y de no haberse satisfecho con el contrato el interés general, que es el fin de la contratación estatal se dé la declaratoria de nulidad absoluta del contrato por la causal del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, y con esto, se solicite al

contratista el reintegro de los dineros que se le hubiesen pagado a título de anticipo, pago anticipado o cualquier otro pago que se hubiese ocasionado durante la ejecución del contrato, lo que significa, que debe quedar establecido en la ley o en un decreto con fuerza de ley.

Por lo anterior se puede determinar que el objeto ilícito como omisión al principio de planeación en la Contratación Estatal, se debe analizar como la herramienta o medio que tienen las Entidades Estatales para el cumplimiento de los fines de Estado, ésta está sujeta a las causales de nulidad absoluta, enmarcadas en el artículo 44 del Régimen de Contratación Estatal, para el caso en particular el numeral 2, que refiere, cuando los contratos se celebran contra expresa prohibición constitucional o legal, lo que ubica al objeto ilícito en la prohibición legal, por ser parte del régimen de las obligaciones del derecho privado, remitiéndonos al Código Civil, en este punto se debe analizar que para que exista objeto ilícito, debe haber la existencia previa de un contrato estatal, por cuanto la omisión al principio de planeación no podría ser considerado como tal, toda vez que el principio de planeación está presente en el proceso contractual desde la etapa precontractual, e incluso es la base de todo el proceso, lo que muestra su gran importancia; por otra parte las circunstancias que dan origen al objeto ilícito están dadas por la norma de manera taxativa.

Si bien es cierto la omisión a este principio no se ajusta dentro de la descripción de prohibición legal por lo anteriormente expuesto, el numeral 2 del artículo 44, también señala la prohibición constitucional, como ya se ha mencionado los principios en la contratación estatal son de desarrollo Constitucional por lo que su aplicación es obligatoria, es decir que frente a la omisión del principio de planeación estaríamos frente a una expresa prohibición constitucional o frente a un incumplimiento contractual dependiendo de la etapa que se presente la omisión al principio y de la incidencia o consecuencias que presente en la ejecución del contrato.

Conclusiones

El principio de planeación es la base que enmarca el proceso de contratación estatal, su omisión afecta directamente la actividad contractual en diferente grado o medida.

En la jurisprudencia de la Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado, la omisión al principio de planeación genera nulidad por objeto ilícito.

Para la Sala de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, la omisión al principio de planeación no es una causal autónoma de nulidad absoluta, sino que puede generar una responsabilidad por incumplimiento del contrato.

Las consecuencias entre nulidad absoluta y responsabilidad por incumplimiento son sustancialmente diferentes; la primera restablece las cosas al estado anterior de la celebración del contrato, más el resarcimiento de perjuicios que se pueda causar por la nulidad, mientras que la responsabilidad por incumplimiento da lugar únicamente a la indemnización de perjuicios en cabeza de la parte incumplida.

La declaratoria de nulidad por objeto ilícito, da a lugar que se solicite al contratista el reintegro de los dineros que hubiese percibido a título de anticipo o durante la ejecución de contrato, siempre y cuando no se hubiese satisfecho el interés general.

Mediante esta investigación se logró demostrar que la omisión al principio de planeación, no genera objeto ilícito, por lo que no da lugar a la nulidad absoluta del contrato por esa causal.

Referencias

- Amaya Rodriguez, C. (2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. *Via Juris*, 105-119. Obtenido de file:///C:/Users/PC/Downloads/714-2153-1-PB.pdf
- Amaya, L. (06 de 2016). *Universidad del Rosario - Revista Nova et vetera*. Obtenido de La violación al principio de la planeación en la contratación estatal. EL cambio jurisprudencial y los efectos adversos que se desprenden de la nueva postura: <http://www.urosario.edu.co/revista-nova-et-vetera/Inicio/Omnia/La-violacion-al-principio-de-la-planeacion-en-la-c/>
- Aponte Diaz, I. (11 de Abril de 2014). *Universidad Externado de Colombia - Revista Digital de Derecho Administrativo*. Obtenido de Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3831/4087>
- Candamil Pinzón, J. G. (2016). *Código Civil*. Bogotá: Ibañez.
- Castro Cuenca, C., García López, L. F., & Martínez Vargas, J. R. (2010). *La Contratación Estatal: Teoría General Perspectiva comparada y regulación internacional*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario .
- CC, T-387, 2009. (28 de Mayo de 2009). *Corte Constitucional*. Obtenido de Humberto Antonio Sierra Porto: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-387-09.htm>
- CE, Consulta. (22 de Marzo de 2007). *Consejo de Estado*. Obtenido de Adier Eduardo Hernández Enriquez: <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52496069>
- CE, S. 1. (29 de Agosto de 2007). *Consejo de Estado*. Obtenido de Mauricio Fajardo Gomez: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files>
- CE, S. (21 de Agosto de 2014). *V.lex*. Obtenido de Hugo Fernando Bastidas Barcenás: <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-538018242>
- CE, S.III, 14287/2006. (24 de Enero de 2007). *Consejo de Estado*. Obtenido de Mauricio Fajardo Gómez: <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52492117>
- CE, S.III, 14854/2007. (29 de Agosto de 2007). *Consejo de Estado*. Obtenido de Hernán Duarte Esguerra: <https://forvm.com.co/wp-content/uploads/2014/08/SENTENCIA>
- CE, S.III, 20185, 2011. (24 de Marzo de 2011). *Consejo de Estado*. Obtenido de Olga Melida Valle de la Hoz: www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43225
- CE, S.III, 24809/2014. (20 de Octubre de 2014). *Consejo de Estado*. Obtenido de Jaime Orlando Santofimio Gamboa: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files>

- CE, S.III, 25802, 2013. (28 de Febrero de 2013). *Consejo de Estado*. Obtenido de Stella Conto Díaz del Castillo: https://www.google.com.co/search?q=25802+DE+2013&rlz=1C1CHBD_esC0756CO757&oq=2&aqs=chrome.0.69i59j69i57j69i60l2j0l2.1984j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8#
- CE, S.III, 26637. (13 de Junio de 2013). *Consejo de Estado*. Obtenido de Jaime Orlando Santofimio Gamboa: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default>
- CE, S.IV. (21 de Agosto de 2014). *Consejo de Estado*. Obtenido de Hugo Fernando Bastidas Barcenás: <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-538018242>
- CE, S.II, 55855. (23 de Octubre de 2017). *Consejo de Estado*. Obtenido de Orlando Santofimio Gamboa: <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/697188941>
- CE, S.III, 27315. (24 de Abril de 2013). *Colombia compra eficiente*. Obtenido de Orlando Santofimio Gamboa: https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/sentencia/2013/CE%20SIII%20E%2027315%20DE%202013//CE%20SIII%20E%2027315%20DE%202013_ORIGINAL.doc
- CE, S.III, 27315, 2013, J, Santofimio. (24 de Abril de 2013). *Consejo de Estado*. Obtenido de Jaime Orlando Santofimio Gamboa: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files>
- CE, S.III, 57279. (04 de Septiembre de 2017). *Consejo de Estado*. Obtenido de Jaime Orlando Santofimio Gamboa: http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_60851e77bd714454a10ff7a273a0341c
- Código Civil Colombiano. (s.f.). *ALCALDIA DE BOGOTA*. Obtenido de www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?!=39535
- Cristancho Ruiz, S. C. (2017). *Universidad Santo Tomas*. Obtenido de El desconocimiento del principio de planeación en la contratación estatal, disertación entre principio y regla según los criterios jurisprudenciales: <http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/4437/CristanchoSandra2017.pdf?...1>
- Cuellar Cruz, M. (2012). *Procuraduría General de la Nación*. Obtenido de El control a la contratación estatal: <http://slideplayer.es/slide/1090290/>
- Cuello Duarte, F. (2009). *Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Ecoe Ediciones.

- Expósito Vélez, J. C. (2004). *La Configuración del Contrato de la Administración Pública en el Derecho Colombiano y Español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gerencie.com. (s.f.). *Gerencie.com*. Obtenido de Nulidad y cuando se puede decir que un contrato es nulo: <https://www.gerencie.com/nulidad-y-cuando-se-puede-decir-que-un-contrato-es-nulo.html/amp>
- Gomez Carvajal, M. (17 de 05 de 2013). *Teoria General del Acto o Negocio Jurídico*. Obtenido de teoriadelnegociojuridico.blogspot.com.co/2013/05/el-objeto-y-la-causa-de-los-actos.html?m=1
- Gómez Sierra, F. (2017). *Constitución Política de Colombia Anotada*. Bogotá: Leyer.
- López Medina, D. E. (2006). *El Derecho de los Jueces - Segunda Edición*. Bogotá: Legis.
- Morales Restrepo, D. (2017). *Régimen de la Contratación Estatal - Anotado*. Bogotá: Leyer.
- Orrego Lombana, G. (2016). *Contratación Estatal - La declaracion administrativa de la caducidad del contrato estatal*. Medellín: Fundación Universitaria Luis Amigó.
- Rico Puerta, L. A. (2008). *Teoria General y práctica de la contratación estatal*. Bogotá: Leyer.
- Rodríguez, G. H. (1988). *Contratos Administrativos*. Bogotá: Libería Doctrina y Jurisprudencia.
- Rolon, E. (22 de 07 de 2010). *Derecho Publico Colombiano*. Obtenido de rolondiaz.blogspot.com.co/2010/07/actividad-de-la-administracion-publica.html?m=1
- Romero M, C. A. (24 de Enero de 2017). *Observatorio Contratación Pública*. Obtenido de Principios de Contratación Pública y Moralidad Administrativa en Colombia: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_ROMERO_0c4166e2%232E%23pdf/chk.f717e1cdf99bbc10d9d8778e18d516b0
- Rosero Melo, B. C. (2016). *Contratación Estatal - Manual teórico - práctico*. Bogotá: Ediciones de la U.
- Sandoval Peña, V. A. (2015). Nulidad absoluta del contrato estatal por violación del deber de planeación. *Revista de Derecho Público No. 35*, 1-27.
- Santofimio, G. J. (2010). *Contratación Estatal - Legislación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Toscano López, F. H. (01 de Diciembre de 2012). *Universidad Externado de Colombia*. Obtenido de Revista de Derecho Privado: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3313/3462>

Uribe - Holguin, R. (1982). *De las Obligaciones y del Contrato en General*. Bogotá: TEMIS Librería.

Vega, d. M., & Ordoñez, M. A. (1999). *Contratación Estatal - Teoría y Práctica*. Santa Fe de Bogotá: Temis S.A.