

***“ALCANCE DE LA INOBSERVANCIA DE LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE Y
PLANEACION COMO CAUSAL DE NULIDAD DE LOS CONTRATOS
ESTATALES”***

LILIANA DEAZA MORA

GIOVANNI ENRIQUE BERNAL CRISTANCHO

Institución Universitaria Colegios de Colombia
Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales
Julio de 2016
BOGOTA, D.C.

***ALCANCE DE LA INOBSERVANCIA DE LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE Y
PLANEACION COMO CAUSAL DE NULIDAD DE LOS CONTRATOS
ESTATALES***

Trabajo de Monografía de Grado Presentado
Como Requisito para Optar el Título de Abogado

LILIANA DEAZA MORA
GIOVANNI ENRIQUE BERNAL CRISTANCHO

Director
Doctor, Carlos Fernando Amaya Rodriguez
Investigador y Asesor en avance jurídico

Institución Universitaria Colegios de Colombia
Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales
Julio de 2016
BOGOTA, D.C

Nota de aceptación

PRESIDENTE DEL JURADO

JURADO

JURADO

BOGOTÀ, D.C

AGRADECIMIENTOS

Liliana Deaza Mora

Primero que todo quiero darle gracias a Dios por ser mi guía, por bendecirme y por haberme dado la oportunidad de culminar este sueño anhelado.

Quiero expresar mi mas sincero agradecimiento a todas aquellas personas que con su ayuda nos colaboraron para la realización del presente trabajo, en especial al Doctor Carlos Andrés Amaya director de esta investigación, quien muy amablemente nos apoyo en la dirección y supervisión de este trabajo además de brindarnos todas sus enseñanzas tanto a nivel académico como personal durante estos tres años y medio de academia.

A la Institución Universitaria Colegios de Colombia UNICOC – Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales, a la cual tengo que agradecer infinitamente por haberme acogido y dado la oportunidad de formarme como Abogada.

A mi esposo Tito Javier Arévalo G. por su apoyo incondicional, por su paciencia, sacrificios, y todas aquellas palabras de ánimo que fueron fundamentales para poder alcanzar este gran sueño.

A mi hermoso hijo Santiago quien es la luz de mis ojos, por haberme esperado durante tantos fines de semana.

A mis compañeros de lucha y academia por tantas enseñanzas y gratos momentos compartidos, siempre estarán en mi corazón.

A mi gran amigo y compañero de monografía Giovanni Bernal por haber aceptado trabajar conmigo en esta investigación, por sus enseñanzas, apoyo, por todos aquellos gratos momentos compartidos en este proceso de formación y de realización del presente trabajo, por su afecto y amistad. Un gran ser humano.

Giovanni E. Bernal Cristancho

Esta monografía esta dedicada a Dios y a la Virgen que siempre me protegen y acompañan.

A la Institución Universitaria Colegios de Colombia UNICOC – Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales, con todo su cuerpo de docentes quienes nos brindaron lo mejor como personas y como profesionales.

A mi esposa Maria Graciela Rodriguez Rodriguez y a mis hijos: David Enrique Bernal, Mateo Bernal y Juliana Bernal el agradecimiento más profundo y sentido. Sin su apoyo, colaboración e inspiración habria sido imposible llevar a cabo esta meta.

A mis padres que siempre me apoyan, son personas incondicionales y que educan con el ejemplo.

A mis compañeros de grupo en donde se pueden encontrar seres extraños pero muy especiales quienes siempre estarán en mi mente y mi corazón, con quienes compartimos momentos especiales de trabajo, esfuerzo, sufrimiento, tambien de risa y felicidad.

A Liliana Deaza Mora con quien ha sido un placer desarrollar esta investigacion, una gran mujer con muchos talentos, muy comprometida, inteligente y responsable.

CONTENIDO

RESUMEN.....	8
ABSTRACT	9
INTRODUCCION.....	10
1. LAS ETAPAS DEL PROCESO DE LA CONTRATACION PÚBLICA:	12
EL PRINCIPIO DE PLANEACION CONTRACTUAL.....	12
1.1 ETAPA PREPARATORIA DE LOS CONTRATOS ESTATALES.....	12
1.2 ETAPA PRECONTRACTUAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES.....	17
1.3. ETAPA CONTRACTUAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES.....	23
1.4 ETAPA POST CONTRACTUAL DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	28
2. CAUSALES Y TIPOS DE NULIDAD EN LOS CONTRATOS ESTATALES.....	36
2.1 LAS NULIDADES EN LOS CONTRATOS ESTATALES.....	36
2.2.1 Causales de nulidad.....	43
2.3 ALCANCE JURÍDICO DE LAS NULIDADES EN LOS CONTRATOS ESTATALES	48
3. EL PRINCIPIO DE BUENA FE A TITULO DE IMPUTACION DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CON RESPECTO A LOS CONTRATOS ESTATALES	59
3.1 EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LOS CONTRATOS ESTATALES.....	59
3.1.1 Alcance del Principio de Buena Fe en Materia de los Contratos Estatales	63
3.2 LA RESPONSABILIDAD ESTATAL CUANDO SE VULNERA EL PRINCIPIO DE BUENA FE.....	67
3.3 EL PRINCIPIO DE PLANEACION EN LA CONTRATACION ESTATAL.....	72
4. LOS PRINCIPIOS DE LA BUENA FÈ Y LA PLANEACION CONTRACUAL DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO CAUSAL DE ANULACIÓN DE CONTRATOS ESTATALES	78

4.1 CONSEJO DE ESTADO.....	78
4.2 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA	84
5. CONCLUSION.....	89
6. BIBLIOGRAFIA.....	91

RESUMEN

La contratación estatal, regulada en virtud de la Ley 80 de 1993, tiene como fundamento el cumplimiento de los fines del Estado, cual es brindar a la sociedad las mejores condiciones de vida a través de prestación de servicios eficientes, para lo cual contrata con el sector publico la realización de su política pública de servicios, en tanto por cuanto construye obras, adquiere bienes y servicios, etc, a través de los cuales logra cumplir aquellos fines que le son propios.

No obstante, para el cumplimiento de tales fines, tanto la entidad estatal contratante como los contratistas deben proceder atendiendo esencialmente los principios de planeación y buena fe, esencia del desarrollo jurídico del presente trabajo de monografía de grado.

Desde entonces, cuando la parte contratante o la contratada proceden y convienen un contrato estatal sin la observancia de aquellos principios; es decir, los de planeación y de buena fe, es evidente que el contrato debe ser declarado nulo por la autoridad judicial respectiva, puesto que así lo ha determinado el Consejo de Estado en diversas oportunidades, acogiendo el alcance de la Ley 80 de 1993.

Se demuestra entonces que tanto el principio de planeación como el de buena fe, son de la esencia del documento contractual de tipo estatal.

ABSTRACT

Government procurement , regulated under Law 80 of 1993 , is based on achieving the goals of the State , which is to provide society with the best living conditions through provision of efficient services , for which contracts with the public sector performing its public service policy , because while building works, acquire goods and services , etc. , through which achieves those ends of its own .

However , to fulfill this purpose , both the contracting state entity and contractors should proceed essentially taking the principles of planning and good faith , the essence of legal development of this monograph work degree .

Since then , when the contractor or the contracted party come and agree a state contract without observance of those principles; that is to say, the planning and in good faith , it is clear that the contract should be declared invalid by the relevant judicial authority , as well as determined the State Council on several occasions , welcoming the scope of Law 80 of 1993 .

It then shows that both the principle of planning as good faith , are of the essence of State contractual document type .

INTRODUCCION

La contratación estatal es un instrumento necesario para el desarrollo y cumplimiento del ESTADO, cuya finalidad es cumplir con los requerimientos de la sociedad, en aras de facilitarle a la comunidad mejores condiciones de vida, teniendo en cuenta que la contratación estatal en Colombia está basada en un sistema de principios, de manera que si se vulneran estos, se generaría una posible nulidad contractual.

Y que los principios de la contratación estatal son instrumentos esenciales tanto del procedimiento como del acto contractual, que direccionan la legitimidad del contrato, por lo cual no pueden ser desconocidos ni por las autoridades estatales responsables de tales contratos, ni por los particulares que contraten con el Estado y sus entidades descentralizadas, o territoriales.

Es en el contexto anterior en que se aborda el presente trabajo de investigación, en el cual se asume la esencialidad de los principios de planeación y el de buena fe, a fin de demostrar las causales de nulidad en los contratos estatales, atendiendo a la siguiente pregunta de investigación:

¿Puede invocarse la violación del principio de la buena fe como una causal de nulidad del contrato estatal con ocasión de la falta de planeación del contratante y el contratista?

Entre tanto, la investigación guardará la siguiente estructura metodológica: en el primer capítulo se analizan las diversas etapas del proceso contractual en el Estado Colombiano, por cuanto los principios de la contratación estatal son los fundamentos esenciales de tales etapas, para lo cual se tienen en cuenta las

disposiciones legales vigentes aplicables a la investigación, con el propósito de presentar los momentos en el que se debe hacer uso de los principios de planeación y de la buena fé.

En el segundo capítulo se plantea el marco jurídico de las nulidades en materia de contratación estatal, porque es en dicho marco que es posible precisar cada una de las causales de nulidad y alcance de la misma, motivo por el cual se realiza una revisión de tipo analítico de la nulidad, tomando como referente los principios de planeación y buena fé, para lo cual se revisará la legislación y la doctrina al respecto.

En el tercer capítulo se aborda el principio de buena fé con relación a la responsabilidad del Estado frente a la contratación estatal; por cuanto con base a dicho principio se logra demostrar la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos cuando proceden sin tener en cuenta los requisitos de ley respecto de los principios de buena fe y planeación en la contratación pública.

El cuarto capítulo analizan tanto los principios de planeación como el de buena fe en el marco de la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, cuya razón se sustenta en que es con base a ello que se demuestra que cuando el funcionario público desconoce alguno de estos, el contrato es nulo, nulidad que deberá ser declarada por el juez administrativo.

Finalmente, en el último capítulo se concluye, que cuando en la celebración de los contratos estatales no se tiene en cuenta el principio de planeación o el de buena fé, el mismo es nulo a la luz de la normatividad legal y jurisprudencial vigente sobre la materia; siendo este el motivo o razón de dicho capítulo.

1. LAS ETAPAS DEL PROCESO DE LA CONTRATACION PÚBLICA: EL PRINCIPIO DE PLANEACION CONTRACTUAL

En este primer capítulo se analizan las diversas etapas de la contratación pública, a saber: etapa preparatoria, precontractual, contractual y post contractual, bajo las connotaciones jurídicas que les imprimen los principios de planeación y buena fe.

1.1 ETAPA PREPARATORIA DE LOS CONTRATOS ESTATALES

La etapa preparatoria en materia de contratación estatal sigue las reglas previstas en virtud del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, siendo por ello que los principios de planeación, buena fe, igualdad, imparcialidad, selección objetiva, transparencia, moralidad, economía, libre concurrencia, entre otros, son previos a dicha etapa, ya que es deber de la administración pública seleccionar a sus co-contratantes privados, o contratistas, al amparo de los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos; fundamento este que le imprime al proceso y al acto mismo contractual seriedad, seguridad jurídica, y condiciones de certeza en la legalidad del acto contractual, teniendo en cuenta que esta etapa comprende:

- Estudios previos (a fin de establecer si el contrato es necesario y conveniente para la administración, en este caso, para satisfacer la misión de la entidad).
- Registro en el Sistema de Información para la vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.
- Registro Único de Precios de Referencia, RUPR
- Establecer los ítems
- Determinar los permisos, licencias y autorizaciones requeridos (Si a ello hubiere lugar)
- Determinar el impacto social ambiental (Si a ello hubiere lugar)
- Consulta sobre impuestos

- Análisis del mercado
- Elaboración del presupuesto
- Determinación del Sistema de Precios
- Selección de la forma de pago
- Estimación de los costos por ajustes e imprevistos
- Determinación y procedimiento de selección del contratista
- Verificación de la apropiación presupuestal
- Programación de la contratación
- Programación del desarrollo del contrato

Pues bien, el marco de la planeación contractual implica realizar los procedimientos señalados en el cuadro 1, así:

Cuadro 1.

Procedimiento de Planeación Contractual

ESTUDIOS PREVIOS	
Estos deben responder a una necesidad de la entidad, y ser conducentes, pertinentes y convenientes y deben contener:	
1º.- La descripción de la necesidad que pretende satisfacer con la contratación.	9º.- Exigencia de garantías destinadas a amparar la seriedad de la oferta y las obligaciones del contrato y su liquidación.
2º.- Descripción del objeto a contratar.	10º.- Indicación de si la contratación respectiva está cobijada por un acuerdo internacional o un tratado de libre comercio vigente para el estado colombiano.
3º.- Especificaciones técnicas, medida y pago. (diseños, planos, análisis técnicos, etc.).	11º.- Atender la clasificación de bienes y servicios SECOP .

4º.-Definición técnica.	12º.- Estimación de los costos por ajustes e imprevistos.
5º.- Régimen jurídico aplicable.	13º.- Estudios del sector.
6º.- Análisis que soporta el valor estimado del contrato.	14º.- Verificación de la apropiación presupuestal.
7º.-Justificación de los factores de selección.	15º.- Programación de la contratación.
8º.- Estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.	16º.- Programación del desarrollo del contrato.

Fuente: Creación de de los autores de esta monografía tomada de la Ley 80 de 1993

De la norma antes mencionada se colige que la etapa preparatoria tiene una estructura de planeación, ya que su proceso corresponde a pasos lógicos y concatenados, y en este sentido el servidor público no debe aplicar un paso si previamente no ha agotado el que le antecede, de lo contrario se estaría violando la Ley 80 de 1993, y generando una eventual nulidad al contrato, cuyos daños antijurídicos, de presentarse, podrían acarrear para el funcionario el inicio de la acción de repetición.

En consecuencia, es evidente que la etapa preparatoria, en esencia es de planeación, de allí que al servidor público no le está permitido proceder a su libre albedrío en materia de contratación pública, debido a que el principio de planeación contractual sujeta todas las etapas del proceso de contratación estatal,

teniendo en cuenta además que la adjudicación de tales contratos no opera con base en la discrecionalidad, sino en razón del interés del Estado en beneficiar a la sociedad a través del contrato estatal; siendo esta la marcada diferencia con los contratos de naturaleza privada, en los que opera la autonomía de la voluntad de las partes, que es el fundamento de la vinculación contractual entre ellos; sobre ello el Consejo de Estado ha señalado que *“(...) Lo cierto es, por tanto, que la administración para seleccionar a sus contratistas y la oferta más favorable para sus intereses, no se encuentra en una posición de libertad absoluta pues está sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, inspirados en una doble finalidad: 1º asegurar la eficiencia en el cumplimiento del contrato; y 2º evitar toda sospecha de inmoralidad en la respectiva negociación, de lo cual se deduce que la decisión de contratar y la adjudicación de un contrato no es una facultad enteramente discrecional de las entidades públicas que integran aquella. En otras palabras, contrario a lo que ocurre en el derecho común, en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de forma, en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado es eminentemente reglado, de manera que las partes, entidad pública y particular están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo precisos principios que garantizan el derecho a la igualdad de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad.”*¹; de manera que el libre albedrío no es un presupuesto de la etapa preparatoria, puesto que el funcionario público está obligado a ceñirse a lo dispuesto por la norma de contratación estatal, o Ley 80 de 1993, lo mismo que en la reglamentación que al respecto haya dispuesto la respectiva entidad estatal, siendo este el procedimiento a través del cual se garantizan los ejercicios de planeación, buena

¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 24.715, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Citada en la Sentencia Radicación número: 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059). Bogotá, D.C., marzo catorce (14) de dos mil trece (2013). Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Actor: SOCIEDAD AVILA LIMITADA. Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA. Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. P. 12

fe, igualdad, imparcialidad, selección objetiva, transparencia, moralidad, economía, libre concurrencia, etc, lo cual hace que el administrado considere que los documentos preparatorios del proceso contractual son ajustados a derecho.

A su vez el artículo 209 constitucional que establece los principios de la función administrativa, también se refiere a la etapa preparatoria de la contratación estatal, por contener el ejercicio de la política de planeación de acuerdo al artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el citado artículo constitucional dispone que “(...)La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”²; lo cual tiene como finalidad que el administrador busque el mayor beneficio social al menor costo; principios que se enmarcan dentro de los artículos 23 y 25 de la Ley de contratación estatal, en la medida en que, “(...) las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados”³, numeral 3º, del artículo 25 de la Ley de contratación estatal.

Se puede concluir respecto de esta etapa que la misma corresponde a aquella en la que se genera seguridad y confianza institucional en la contratación a quienes se presentan como oferentes, por lo cual el principio de planeación viene a ser esencial, y por lo tanto no es posible que el funcionario arbitrariamente, sino que debe aplicar estos principios al proceso respectivo.

² COLOMBIA. CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Bogotá, D.C., Edit. Ddigital e ImpresionesSAS, 2015, pág. 189

³ CAMARGO, Luis. Legislación en Contratación Estatal. Bogotá, D.C, Edit. Ddigital e Impresiones SAS, 2016, pág. 15

1.2 ETAPA PRECONTRACTUAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES

Esta se da en virtud del artículo 72 del Decreto 150 de 1976 en el que se estipulaba que, “(...) *no podrá licitarse ni contratarse la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyectos y presupuestos respectivos y determinadas las demás especificaciones necesarias para su identificación*”; mandato que indicaba que previo a cualquier proceso licitatorio, deberían agotarse etapas previas al proceso, siendo esta la denominada pre contractual, lo cual encuentra su fundamento en la necesidad que tiene el Estado y sus entidades de planear las diversas etapas contractuales, teniendo en cuenta la responsabilidad que en materia de contratación pública impone el orden constitucional y legal en tanto se trata de dineros públicos cuya inversión requiere especial protección legal.

Posteriormente, la norma anterior fue insertada en el artículo 84 del Decreto - Ley 222 de 1983 y, como quiera que esta etapa tiene especial trascendencia en la política de gastos, costos, y eficiencia en la inversión de los dineros públicos, la Ley 80 de 1993 recogió el mandato de las normas anteriores, siendo el Decreto 2170 de 2002, mediante el cual se modificó el decreto 855 de 1994 y se dictaron otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999, el que vino a precisar el alcance de la etapa pre contractual; pero resulta que este último también fue derogado en virtud del Decreto 66 de 2008; lo que indica entonces que es con base de esta última disposición que la etapa pre contractual tiene vigencia.

Ahora bien, la etapa precontractual en razón de tener como fundamento la gestión administrativa, los principios de planeación y buena fe son determinantes en la valoración de los resultados del contrato, habida cuenta que en virtud del mandato del artículo 23 de la ley 80 de 1993, “(...) *Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados*

*que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo*⁴: lo que habrá de interpretarse como que los servidores públicos son responsables por sus actuaciones, activas o pasivas, artículo 51 de la Ley 80 de 1993, concordante con los preceptos 55, 52, 53, y del mismo estatuto, de cuyo resultado surjan daños antijurídicos contra la entidad contratante, razón por la cual opera la acción de repetición, al tenor de lo señalado por el artículo 90 constitucional, reglamentación que impera en los términos del artículo 54 de la Ley 80 de 1993; y en este sentido también tiene cabida, por disposición de los artículos 101 y 107 de la Ley 42 de 1994, la responsabilidad de tales servidores cuando hayan abierto procesos de selección sin previamente haber estructurado los pliegos de condiciones, o haberlos elaborado de forma ambigua e incompleta, de manera que permitan interpretaciones subjetivas; o bien cuando no elaboran previamente los diseños y los respectivos estudios.

Sin embargo, la responsabilidad legal recae directamente sobre el representante legal de la entidad y/o el Jefe respectivo, puesto que así lo ha establecido el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, cuando ordena que, “(...) *En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual*”⁵.

No obstante lo anterior, de igual forma se tiene que de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Nacional, “(...) *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la*

⁴ CAMARGO, Luis. Legislación en Contratación Estatal. Ibid, pág. 11

⁵ CAMARGO, Luis. Legislación en Contratación Estatal. Ibid. pág. 97

*omisión de las autoridades públicas...*⁶, y esta responsabilidad, si bien en principio resulta en cabeza de la entidad estatal contratante, como ha quedado dicho anteriormente, procede la acción de repetición contra el servidor público de cuyo acto se haya materializado el daño antijurídico, ya que así lo ha establecido el legislador en el artículo 51 de la Ley 80 de 1993 en la que se dice que, “(...) *El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley*”; lo que nos lleva a precisar que la responsabilidad del funcionario compromete eventualmente sus bienes patrimoniales como, si fuere el caso, hasta su libertad.

En su consistencia con lo precisado en el artículo 90 constitucional, cuyo desarrollo normativo en materia contractual del Estado, es para todo el ejercicio de la función administrativa, procede del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, según el cual “(...) *Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista*”; luego, la norma transcrita confirma lo dicho en el sentido que en principio las obligaciones indemnizatorias financieras que se desprendan del daño antijurídico ocasionado recaen en cabeza de la entidad estatal, quien habrá de proceder mediante la acción de repetición contra el servidor público de cuyo acto se originó tal daño.

En consecuencia, la etapa precontractual tiene implicaciones de alto valor social, político, financiero y jurídico, en materia de responsabilidad civil, pero también penal, lo cual demuestra la importancia de la misma respecto de los asuntos de contratación estatal de lo que ha dicho el Consejo de Estado que, “(...) *el contrato público es un instrumento jurídico para la ejecución de la planificación del presupuesto y para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, su*

⁶ COLOMBIA. CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Edit. Ddigital e Impresiones, 2015, pág. 111

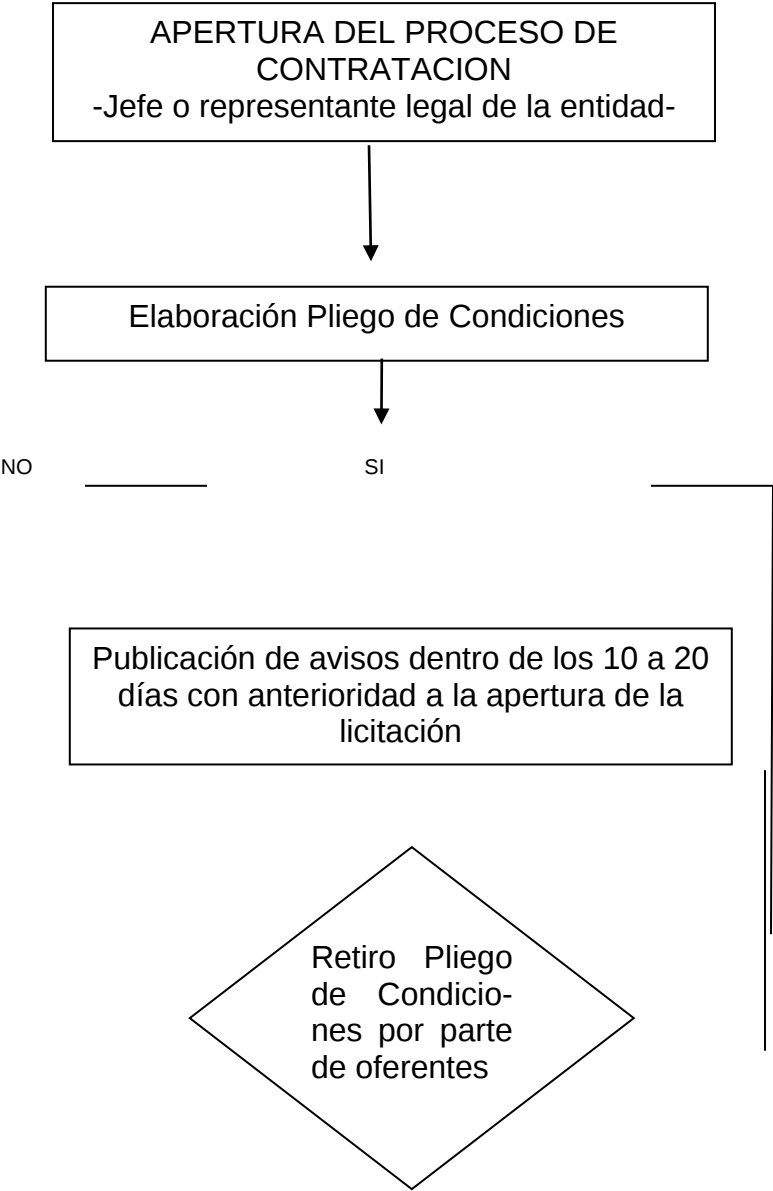
preparación debe comenzar con antelación al momento en el que se tome la decisión de celebrarlo. Así, si bien el estatuto de contratación reconoce el postulado de la autonomía de la voluntad a favor de la Administración Pública (artículo 32 de la Ley 80 de 1993), ésta solo se traduce en la posibilidad de celebrar los contratos que sean convenientes para la Entidad y para la comunidad en general, pues no se trata de una prerrogativa encaminada a satisfacer el interés privado del sujeto contratante (como si ocurre v.gr en el derecho civil), sino de intereses que trascienden a las partes del negocio jurídico , los cuales se confunden con los fines del Estado⁷; lo que nos permite señalar que solo cuando existe un requerimiento de una necesidad bien para la entidad y/o la comunidad es posible que se lleve a cabo el proceso contractual, de lo contrario se estaría beneficiando un interés que no corresponde a la finalidad de los contratos estatales, cual es beneficiar a la entidad y/o a la sociedad.

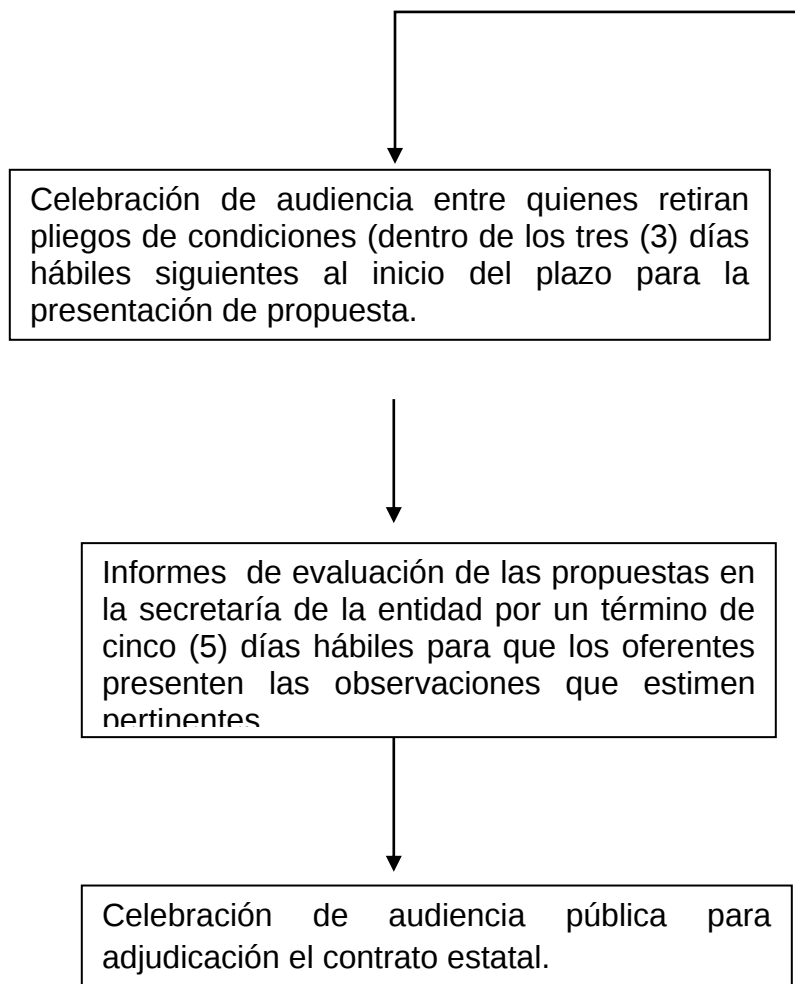
En ese orden de ideas, es de trascendental importancia la planificación del contrato. Ésta y su herramienta financiera que es el presupuesto, se convierten en el marco político de la gestión contractual del Estado. Adicionalmente, la racionalidad del gasto público comporta que todo proyecto que adelante la Administración, debe estar precedido de un conjunto de estudios dirigidos a establecer su viabilidad técnica y económica y el impacto social que tenga en la satisfacción de las necesidades de los asociados y del interés general. Es así como debe existir una sólida justificación del gasto con el objeto de optimizar el manejo de los recursos estatales.

Ahora para mayor claridad de la ruta que debe seguir las entidades estatales para el caso de las licitaciones públicas conforme al artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se presenta el siguiente flujograma:

⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00753-01(0532-08). Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil once (2011). Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Cita a Escobar Gil, Rodrigo. “*Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*”. Editorial Legis. Bogotá D.C, Segunda Reimpresión, 2000. Páginas 64 y siguientes. P. 18

FLUJOGRAMA DEL ARTÍCULO 30 DE LA LEY 80 DE 1993





Fuente: Creación de los autores de esta monografía. Tomada de la Ley 80 de 1993.

De la norma antes mencionada se colige que la etapa precontractual tiene una estructura de planeación, ya que su proceso corresponde a pasos lógicos y concatenados, y en este sentido el servidor público no debe aplicar un paso si previamente no ha agotado el que le antecede, de lo contrario se estaría violando la Ley 80 de 1993, y generando una eventual nulidad al contrato, cuyos daños antijurídicos, de presentarse, podrían acarrear para el funcionario el inicio de la acción de repetición.

De este modo, es preciso que con anterioridad a la apertura del proceso de selección del contratista, la entidad contratante elabore los estudios y evaluaciones necesarios que permitan determinar adecuadamente las obras, los servicios o los bienes que pretende obtener.

Se constituye entonces en responsabilidad jurídica con alcance en los principios de planeación y buena fe, el que la administración pública agote previamente la etapa pre contractual como presupuesto de celebración del contrato; pues de lo contrario el acto del contrato, su objeto y ejecución pueden estar viciados de nulidad absoluta.

1.3. ETAPA CONTRACTUAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES

Corresponde a aquella en la que se materializan las obligaciones a cargo de las partes; es decir, tiene vigencia a partir del momento en el que tales partes elevan el acuerdo a escrito y se efectúa el Registro Presupuestal, de conformidad con el Decreto 111 de 1996, hoy día vigente; con excepción de la contratación que se da en razón y con motivo de la urgencia manifiesta; sin embargo, sobre este aspecto hay que anotar que el Consejo de Estado ha dicho que, *“(…) A diferencia de lo dispuesto en el decreto ley 222 de 1983, la ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”⁸*. En tanto que en el inciso segundo reguló, en forma independiente, las condiciones para su ejecución, así: *“Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las*

⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Radicación número: 52001-23-31-000-1995-07018-01(14669). Bogotá D.C., siete (7) de junio de dos mil siete (2007). Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Actor: JAIME ARTURO DORADO MOREANO. Demandado: MUNICIPIO DE SAMANIEGO (NARIÑO). Referencia: APELACION SENTENCIA CONTRATOS. P. 23

*disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.”*⁹ De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se producen cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación (elementos sustanciales) y también que “éste se eleve a escrito” (elemento formal de la esencia del contrato).

El Consejo de Estado en varias providencias al evaluar los cambios introducidos por la ley 80 de 1993 respecto de la existencia y ejecución del contrato estatal, afirmó que este nace a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal. Sin embargo, la anterior posición fue modificada por la Sala en providencias proferidas a partir del auto del 27 de enero de 2000, en el que se afirmó que el registro presupuestal era un requisito de “perfeccionamiento” del contrato estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996. En reciente providencia, la Sala retomó la posición asumida antes del precitado auto de 2000 y advirtió que la condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su perfeccionamiento, porque es un requisito necesario para su ejecución”¹⁰; en consecuencia, considerado de conformidad con el análisis de la sentencia en cita, que si bien el contrato nace a la vida jurídica previo el cumplimiento de las

⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Radicación número: 52001-23-31-000-1995-07018-01(14669). Bogotá D.C., siete (7) de junio de dos mil siete (2007). Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Actor: JAIME ARTURO DORADO MOREANO. Demandado: MUNICIPIO DE SAMANIEGO (NARIÑO). Referencia: APELACION SENTENCIA CONTRATOS

¹⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Radicación número: 52001-23-31-000-1995-07018-01(14669). Ibid, p. 23

formalidades de ley, llegado al acuerdo y elevado a escrito, con la firma de las partes; no significa ello que pueda llevarse a cabo, o ejecutarse, ya que hasta tanto no se cumpla el requisito de su perfeccionamiento no es jurídicamente procedente su ejecución, de manera que si pasado el tiempo, la administración no realiza el registro presupuestal, consideramos que puede ocasionarse nulidad relativa en el mismo; es decir, puede subsanarse procediendo con el registro respectivo; desde entonces, son dos los requisitos determinantes para que el contrato puede ejecutarse:

- a.- Que nazca a la vida jurídica, y
- b.- Que se perfeccione.

Las características esenciales de esta etapa, son:

- a.- La dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, corresponde a las entidades estatales, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993;
- a.- Las partes contratantes, una vez llegan al respectivo acuerdo, lo dan a conocer, y lo suscriben;
- b.- La concurrencia de la voluntad de las partes les impone una relación contractual a través del cual las mismas se obligan en todo el texto del contrato;
- c.- Las partes deben cumplir a plenitud el objeto del contrato, dentro del presupuesto del artículo 3º, de la Ley 1150 de 2007, en el entendido que, “(...) Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”;
- d.- Esta etapa es la que, al finalizar permite que expire el término de vigencia pactado, y dentro del cual se verifica la ejecución del objeto contratado y el cumplimiento de las obligaciones pactadas.

e.-Cuando el contratista no dio cabal cumplimiento al objeto del contrato, la entidad estatal debe proceder con las acciones necesarias que provoquen tal cumplimiento, aplicando los correctivos necesarios, y si fuere el caso, las sanciones previstas en el contrato y en la ley, y en este sentido es deber la aplicación del numerales 2º, 6º, 8º, y 9º, del artículo 4º, de la Ley de contratación estatal.

En consecuencia, las características informan que esta etapa es de ejecución del objeto contractual dentro del mandato del contrato y la ley, y obliga a las partes al cometido esencial de la finalidad para la cual se acordó el mismo.

Entre tanto, con respecto a los requisitos, estos son:

a.- El acuerdo de voluntades debe constar siempre por escrito materializado a través de la firma o suscripción, atendiendo a lo establecido en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993; con la excepción de aquellos contratos cuyo origen es la urgencia manifiesta los cuales no requieren elevarse a escrito, de conformidad con el artículos 41, y 42 de la ley 80 de 1993.

b.- Previo a la firma del contrato, la entidad estatal debe efectuar el registro de reserva presupuestal correspondiente, de manera que se garantice el pago de las obligaciones contractuales.

c.-Corresponde al contratista cumplir y aportar los requisitos exigidos para iniciar la ejecución del objeto, tales como la publicación en el Diario Oficial de la entidad estatal contratante, la constitución de la póliza de garantía única de cumplimiento, entre otras;

d.- Presentada la póliza, esta deberá ser aprobada por la entidad estatal, después de lo cual es que procede al pago del respectivo anticipo, si a ello hubiere lugar;

e.- La entidad estatal tiene la responsabilidad de vigilar y evaluar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, artículos 14, y 26 de la Ley 80 de 1993; para lo cual la legislación ha habilitado mecanismos como los de la interventoría, supervisión, entre otros.

f.- Corresponde al ente estatal, previa la correspondiente evaluación físico de la ejecución del objeto del contrato, elaborar actas e informes oportunos, en las que se insertarán todos aquellos aspectos desarrollados por el contratista en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, con base a lo cual se realizaran los pagos que demande el contrato, evitando moras y dilaciones que obliguen a la entidad a cancelar intereses moratorios pactados o en su defecto los establecidos en la ley.

Lo anterior indica que la entidad estatal asume responsabilidades propias del contrato y que por tener conectividad con los principios esenciales de la contratación estatal, conllevan a especial protección del interés público; y en este sentido, lo dispuesto en virtud del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, según la cual, *“(...) Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”*¹¹, implica que tanto la acción más allá de lo que aconseja el sentido común, y lo que determina la ley, o la omisión, imponen al servidor público el que deba responder *“(...) disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley”*¹², artículo 51 de la Ley de contratación estatal; de manera que si por ejemplo, el funcionario competente no procede de conformidad, bien sea decretando la nulidad absoluta, o relativa, según el caso; imponiendo las sanciones de ley, etc, de acuerdo a los hechos probados, deberá asumir las sanciones correspondientes, de acuerdo con el resultado de los hechos.

¹¹ CAMARGO, Luis. Legislación en Contratación Estatal. Ibid. pág. 35

¹² CAMARGO, Luis. Legislación en Contratación Estatal. Ibid. pág. 35

Se precisa entonces que la etapa contractual impone a la administración el lleno de tres requisitos para que el contrato pueda ejecutarse, cuales son:

- 1º.- Que las partes se pongan de acuerdo sobre los elementos sustanciales del contrato,
- 3.- Que las partes eleven a escrito el contrato, y lo firmen
- 3º.- Hecho lo anterior, la administración realice el registro presupuestal.

En consecuencia, si faltare, por ejemplo el tercer requisito, se presenta nulidad relativa, la cual puede subsanarse; pero si faltare el primero o el segundo requisito, la nulidad será absoluta, ya que la Ley, en materia de contratación estatal exige que el contrato se eleve a documento escrito, y que sobre el objeto del mismo exista acuerdo entre las partes, por que para el caso no existe acuerdo entre estas pues sencillamente el contrato es nulo, lo mismo sucede si dichas partes asumieran un contrato verbal, ya que este tipo de contrato solo opera en el derecho privado, y no en el público.

Si no obstante, convenido y firmado el contrato, pero el mismo no tiene como fundamento el principio de planeación, bien que lo demanden las partes o cualquier ciudadano, será el juez quien atendiendo tanto el ordenamiento legal como la jurisprudencia del Consejo de Estado, y de la Corte Constitucional deberá declarar la nulidad absoluta del contrato cuya causa tendrá como origen el desconocimiento del principio de planeación en los contratos estatales-

1.4 ETAPA POST CONTRACTUAL DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Esta etapa es aquella en la cual se realiza el balance del resultado del contrato estatal, lo que incluye el constatar la satisfacción de la necesidad que lo motivó, al igual que el adecuado cumplimiento de lo convenido, las prestaciones mutuas,

estableciendo las obligaciones ejecutadas y las pendientes a la terminación del plazo de ejecución, a la terminación anticipada o a la liquidación por mutuo acuerdo o unilateral que se efectuó; en otros términos, es el procedimiento mediante el cual se liquida el contrato considerando los resultados del mismo.

De la misma manera, en esta etapa se debe considerar, según el tratadista Javier Miguel Gámez Vizcaíno:

“(...) a.-Liquidación bilateral del contrato

- 1.1. Acta de liquidación bilateral suscrita por el interventor y el contratista.
- 1.2. Orden de pago final de la obra.

b.-. Liquidación unilateral del contrato (sólo si no es dable liquidar el contrato bilateralmente)

- 2.1. Acta de liquidación unilateral suscrita exclusivamente por el inventor.
- 2.2. Declaratoria del siniestro de incumplimiento. ...
- 2.3. Notificación personal al contratista y compañía aseguradora que expidió la garantía única de cumplimiento, o en el evento en que no pueda efectuarse de esta manera por edicto.
- 2.4. Resolución de los recursos, si se interpusieron dentro del término legalmente previsto.
- 2.5. Acto administrativo motivado, que aprueba la liquidación unilateral del contrato, el cual es susceptible del recurso de reposición.
- 2.6. Notificación personal del acto administrativo al contratista y a la compañía aseguradora ...
- 2.7. Resolución de los recursos interpuestos.
- 2.8. Resolución de solicitudes de revocatoria directa, ...

2.9. Orden de pago final de la obra o de los bienes suministrados, de acuerdo con el saldo a favor del contratista (si resulta), establecido con fundamento en el acta de liquidación del contrato”¹³.

De conformidad con lo anotado por el tratadista Gámez, la etapa post contractual requiere entonces considerar todas aquellas actuaciones que referentes al contrato han incidido en el mismo, agotando de paso toda opción en materia de liquidación del contrato, por lo que habrá de atenderse aquellas situaciones referentes a eventuales reclamaciones de parte y parte y la manera en que se hayan resuelto, después de lo cual es procedente que agotado el término de la liquidación del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, y estando este aprobado, se rinda un informe final de evaluación al banco de proyectos como mecanismo de retroalimentación, estructurándose así una memoria del proyecto su desarrollo y ejecución final.

En este contexto post contractual es que el Consejo de Estado ha dicho que, “(...) *Se trata de un trámite cuyo objetivo primordial consiste en determinar quién le debe a quién, qué o cuánto le debe, y por qué se lo debe, todo lo cual, como es apenas obvio, supone que dicho trámite únicamente procede con posterioridad a la terminación del contrato*”¹⁴.

Lo anterior indica que en el acta de liquidación, cuyo mandamiento se sujeta a lo señalado por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, derogado parcialmente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, no puede mencionarse de manera única la celebración y la caducidad del mismo, ya que se trata de un corte de cuentas, por lo que en ella debe contemplarse un análisis detallado de las condiciones de

¹³ GAMEZ VIZCAINO, Javier Miguel. *Manual de Procedimiento de la Contratación Estatal*. Bogotá, D.C, Sgda Edición, 2001. Legis Editores S.A, Pág. 38

¹⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Radicación número: 36950-18-29-000-3015-00680-01(05012-09). Bogotá D.C., doce (12) de abril de dos mil catorce (2014). Consejero Ponente: DRA. NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARON

calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios; además el balance económico del comportamiento financiero del contrato.

Ahora bien, una vez se liquide el contrato por mutuo acuerdo, es posible reclamar del contratista al contratista los costos que este dijo haber soportado a partir de los daños generados por la fallas en las obras del contrato, de manera que si no se dejare antes de la liquidación del contrato en el acta respectiva la constancia correspondiente, posteriormente no es jurídicamente viable discutir sobre las salvedades u objeciones; regla que por igual opera para el contratista.

De la misma manera, la entidad estatal no está obligada a reconocerle al contratista montos adicionales al contrato, correspondientes a las reservas presupuestales y del impuesto al valor agregado, previamente suscritos entre el representante legal de la sociedad y el interventor y aprobados por el ordenador de gasto de la entidad en el acta final de recibo del contrato de consultoría y no en el acta de liquidación, por cuanto, al decir del Consejo de Estado, “(...) 1.El momento para que el contratista haga las salvedades que considerara pertinentes, con miras a efectuar su posterior reclamación judicial, es la suscripción de la liquidación del contrato de común acuerdo con la entidad. 2. El acta de recibo final que suscribieron el contratante y el interventor, conforme a lo pactado por las partes, tenía la finalidad de recibir la totalidad del trabajo de consultoría a cargo del contratista, por lo que no generaba obligación distinta a la del pago del saldo de su valor total. Por tanto, la aprobación hecha por el ordenador del gasto no tenía la capacidad de constituir una aceptación simple y llana de las reclamaciones del contratista que se dejaron registradas en el acta. 3.El contratista únicamente tiene derecho al pago del valor de las prestaciones ejecutadas en la forma acordada en el contrato, independientemente del monto de las asignaciones presupuestales efectuadas por la entidad”¹⁵.

¹⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Radicación número 16246 -2819-00328-01(032112).

En consecuencia, el contrato tiene como límite el acta de liquidación, de la cual no es posible que surjan obligaciones contractuales una vez esta es realizada en legal forma, y respecto de ella tanto los representantes legales de las partes como el interventor pierden todo tipo de capacidad legal; puesto que una vez llevada a cabo la liquidación bilateral queda cerrada la relación negocial.

Y como quiera que las partes, y la sociedad requieren seguridad jurídica en todos los contratos estatales, a ninguna entidad pública le es posible, jurídicamente, luego de liquidado el contrato de manera bilateral, proceder a volverlo a liquidar, pero ahora de manera unilateral al amparo de argumentos de incumplimiento de lo pactado por parte del contratista respecto del acta de liquidación, debido a que la liquidación unilateral es de carácter subsidiario y solamente procede cuando el contratista no concurre a la liquidación bilateral o cuando las partes no llegan a ningún acuerdo sobre la liquidación, tal lo establece el artículo 61 de la Ley 80 de 1993; tampoco le está permitido a la administración, como lo afirma el Consejo de Estado, “(...) restablecer el equilibrio económico de un contrato cuando la liquidación se hace de común acuerdo y no se hace ninguna salvedad en el acta de liquidación, pues se entiende que todos los aspectos derivados del contrato quedaron incorporados y finiquitados en tal documento. . Para que sea viable el reconocimiento de los ajustes derivados del rompimiento del equilibrio económico del contrato, éste debe estar en la etapa de ejecución o en la de liquidación cuando esta última etapa no ha finalizado”¹⁶; esto por cuando, como se ha dicho, el acta de liquidación es un acta de cierre negocial que como tal pone fin al contrato.

Bogotá D.C., cuatro (04) de junio de dos mil once (2011). Consejero Ponente: Hernán Andrade R

¹⁶ CAMARGO, Luis. Legislación en Contratación Estatal. Op. Cit. pág. 38

Sin embargo, si la entidad estatal se ve precisada a incurrir en costos adicionales con la ejecución del contrato para proteger a la ciudadanía, y que si no se llegara a ello podría verse afectada ésta por circunstancias propias del objeto del contrato, tal como que el contratista dejara inconclusa determinados aspectos del objeto contractual, por ejemplo; dicha entidad tiene derecho a reclamar y a obtener del contratista el pago de tales costos, aunque se haya liquidado bilateralmente el contrato, aunque tal situación no haya sido mencionada en el acta de liquidación, teniendo en cuenta que si bien el acta es instrumento jurídico de cierre comercial, también lo es que el contrato contiene lo desconocido hasta el momento de la firma de acta, aunque no más allá de dicha acta, y en este sentido la administración puede formular las reclamaciones del caso a fin de obtener los costos desconocidos al momento de la liquidación; lo anterior tiene eventual compensación legal en la medida en que por su lado, la administración no puede negarse a incluir, en el acta de liquidación definitiva, aquellos sobrecostos probados que haya obtenido el contratista en razón de hechos fortuitos surgidos durante la ejecución del contrato; todo lo cual es presupuesto del equilibrio económico del contrato estatal.

Resulta importante también tener presente que si entre la entidad estatal y el contratista, de manera bilateral se ha liquidado el contrato, no es viable jurídicamente realizar adiciones al contrato, entendiendo los acuerdos que entre las partes se convengan luego de tal liquidación da origen a un nuevo contrato, y en tal sentido la respectiva decisión carecería de validez jurídica, y por lo tanto será inexistente.

Ahora bien, si el ente estatal al momento y en la firma del acta de liquidación no ha dado cabal cumplimiento a los pagos convenidos contractualmente, asume la carga de cancelar el interés de mora al contratista en razón de tal hecho; interés que se pagará sobre el último saldo de la deuda; esto por cuanto corresponde a la administración responder, en los términos convenidos, con la obligación principal

del contrato, presuponiendo que con su incumplimiento le ha ocasionado al contratista perjuicios cuya sanción es el pago de dichos intereses.

Además de lo venido bajo análisis, se ha de tener presente que de conformidad con el artículo 65 de la Ley 80 de 1993, “(...) *Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales*¹⁷”; por lo que la ejecución del objeto contractual en términos de los resultados del mismo salen de la esfera de la administración e ingresan a un proceso de control fiscal que ejerce la Contraloría General de la Republica, sin perjuicio que la Fiscalía General de la Nación, de oficio o por denuncia, pueda investigar “(...) las conductas constitutivas de hechos punibles en la actividad contractual y acusará a los presuntos infractores ante los jueces competentes”¹⁸, de conformidad con el preceptivo 64 de la Ley de Contratación estatal; lo mismo corresponde, pero desde el punto de vista disciplinario a la Procuraduría General de la Nación, llevar a cabo de oficio o a petición de cualquier persona, en cuanto a la observancia de los principios y fines de la contratación estatal, entidad esta que “(...) *promoverá las acciones pertinentes tendientes a obtener las sanciones pecuniarias y disciplinarias para quienes quebranten tal normatividad*”¹⁹, al tenor del artículo 62 *ejusdem*. Consecuencialmente, bien que se trate de la investigación que acometa la Contraloría General de la Republica, la Procuraduría General de la Nación, o la Fiscalía, de todas formas deberán establecer el cumplimiento de los principios de planeación al igual que el de la buena fe en el contrato estatal, y como quiera que estos, como se ha venido demostrando, son el fundamento de dicha contratación, corresponder a cada entidad imponer las sanciones del caso; la primera,

¹⁷ CAMARGO, Luis. Legislación en Contratación Estatal. Ibid. pág. 41

¹⁸ CAMARGO, Luis. Legislación en Contratación Estatal. Ibid. pág. 61

¹⁹ CAMARGO, Luis. Legislación en Contratación Estatal. Ibid. pág. 41

Contraloría, en materia fiscal no validando los pagos por causa del contrato, o bien glosando la respectiva cuenta fiscal; la Procuraduría, imponiendo la sanción disciplinaria correspondiente y si fuere el caso, corriendo traslado del asunto a la Fiscalía General de la Nación, quien previa investigación penal, llegado el caso solicitará ante el juez penal la imposición de la sanción penal.

Lo anterior demuestra que cuando el funcionario público procede conviniendo contratos estatales sin observar el principio de planeación o el de buena fe, el resultado de su conducta es ejemplarmente sancionable por todos los entes de control, como los antes anotados.

En conclusión se tiene que las etapas contractuales son presupuestos para la legalidad del contrato estatal, pero también el escenario para el ejercicio de los principios de la contratación estatal colombiana, y en este sentido los principios de planeación y buena fe son de obligatorio cumplimiento, de manera que cuando el funcionario público procede conviniendo contratos estatales sin observar el principio de planeación o el de buena fe, el resultado de su conducta es ejemplarmente sancionable por todos los entes de control, como los antes anotados.

En consecuencia, tanto los principios de planeación como el de buena fe son imperiosa obligación en los contratos estatales, ya que cada etapa contractual debe ser planeada en su proceso, mostrándose dichos principios en tal proceso, sin que por ello se indique que los otros principios no sean también importantes, pero es el de planeación el que actúa como una especie de “consorte”, de unión, de todo el proceso contractual; es decir, debe aparecer en cada etapa del contrato; opera como instrumento de control a la gestión y ejecución del contrato, siendo entonces garantía tanto para la administración como para los contratistas.

2. CAUSALES Y TIPOS DE NULIDAD EN LOS CONTRATOS ESTATALES

Teniendo en cuenta que las nulidades en asuntos de la contratación estatal surgen, entre otros, de la inobservancia de los actos, procedimientos y principios de la contratación estatal, cuando los mismos no son tenidos en cuenta por la administración, resulta que los mismos son nulos; y esto por cuanto los mismos representan garantía para la protección de los bienes públicos, la pulcritud en la administración, razón por la cual en el presente capítulo se estudian los diferentes estudios de nulidad, y sus causales.

2.1 LAS NULIDADES EN LOS CONTRATOS ESTATALES

Conceptualmente, la nulidad es, como lo informa el tratadista Thibierge, una infracción a la norma jurídica, y consideramos que por causa efecto, al contrato mismo, por lo que aquella figura, la de la nulidad, tiene origen en los actos jurídicos, y/o administrativo del funcionario; y en este sentido la precisión de este autor recoge la definición del tratadista Jaime Orlando Santofimio, quien de manera más directa involucra el “(...) principio de planeación, como causa de la nulidad”²⁰; tratadistas estos cuyas definiciones de nulidad se analizan enseguida.

Las causales de nulidad en materia de contratos estatales se encuentran regulados en virtud de los artículos 40 y siguientes de la Ley 80 de 1993; normas que al ser violadas ocasionan nulidad en el contrato; de donde se desprende que las nulidades tienen particulares características, tales como:

²⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003, pág. 89

- a.- Son de orden legal;
- b.- Su aplicación busca anular los efectos jurídicos de aquellos vicios que son contrarios a derecho;
- c.-Tienen como fundamento una sanción; y
- d.- Su fundamento responde a alguna irregularidad inserta en el acto jurídico, y su interpretación son taxativas y su interpretación literal a lo dispuesto en el texto legal.

Enumeradas las características, se aprecia entonces que la nulidad se corresponde con aquellos actos que vician el instrumento jurídico, en este caso el contrato, respecto de lo que el tratadista Luz Inés Sandoval, considera que “(...) *La nulidad es una sanción consistente en la privación al negocio de todos los efectos que está llamado a producir, mirando hacia el futuro como al pasado. De ahí porque se diga que la nulidad opera retroactivamente, cuando en rigor lo que sucede es que por motivos congénitos, o sea presentes al momento de la celebración del negocio, el negocio se muestra idóneo para producir efectos, y el Estado por medio del aparato jurisdiccional y de una sentencia declarativa, dispone la privación de todo efecto, comenzando por el propio vínculo negocial y siguiendo con la eliminación de los efectos finales, en cuanto ello sea físicamente factible, y no haya un interés específico consagrado por algún precepto, en la conservación de determinado efecto personal o real del acto nulo*”²¹.

De acuerdo con lo dicho por el tratadista Hinestroza la nulidad no solamente afecta al contrato, sino todo aquello que haya antecedido al mismo, y los efectos que pudieran desprenderse de su ejecución, así como lo son los actos administrativos que se expidan con ocasión del contrato, los cuales no obstante deberán ser así declarados mediante sentencia judicial.

²¹ SANDOVAL ESTUPIÑAN, Luz Inés. *Contratación Estatal y Contratación en Salud en el Estado Colombiano*. Bogotá, D.C., Edit. Librería Jurídica Ibañez, 2009, pág. 321

Pero en todo caso, para que el juez proceda con la declaratoria de nulidad, deberá tener en cuenta si sobre el contrato descansa la infracción a la legalidad, teniendo en cuenta que la nulidad es definida por el doctrinante Thibierge, como “(...) *aquellas infracciones de la legalidad en particular de la legislación imperante y especial que regula la celebración de los contratos estatales*”²²; es decir, para la nulidad es cualquier infracción, independiente de su intensidad, que se ocasiona al ignorar la disposición legal vigente sobre la materia, y en este sentido no cabe graduar la infracción si es leve o no, pues lo que se resalta es el hecho mismo de la infracción, siendo ello suficiente para que el juez declare la nulidad del contrato, fundamento que compartimos en razón a la naturaleza pública del contrato estatal.

También, el tratadista Jaime Orlando SANTOFIMIO, define las nulidades de los contratos estatales como la “(...) *situación genérica de invalidez del acto jurídico que provoca una norma, acto administrativo, acto jurídico o acto procesal de desplegar sus efectos jurídicos, retrotrayéndose al momento de su celebración. Para que una norma o acto sean nulos se requiere de una declaración de nulidad, expresa o tácita y que el vicio que lo afecta sea coexistente a la celebración del mismo*”²³.

Luego las nulidades, según el tratadista Santofimio puede tener un origen indistinto, bien que resulte del acto administrativo o de cualquier otro, y esto incluyendo el procedimiento que conlleve finalmente a la firma del contrato, encajando así el citado autor, la figura del principio de planeación como presupuesto de validez del contrato, y en este sentido concuerda con la definición del doctrinante Thibierge.

²² THIBIERGE, Louis. Nulidad, restituciones y responsabilidad. Buenos Aires, A. Edit. , 2014, pàg. 353

²³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Tomo II. Op. Cit, pág. 98.

Ahora bien, es evidente que el Estado ha depositado en los servidores públicos la confianza y responsabilidad de responder en procura de la protección de los bienes y derechos públicos, asociados estos a los aspectos constitutivos de la contratación estatal; presupuesto de confianza y responsabilidad que surge desde la preceptiva 209 constitucional, en cuanto a que “(...) *la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones...*”²⁴, mandato este que reitera el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 al disponer que “(...) *las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa*”²⁵.

Luego, si en el funcionario público se ha depositado confianza y responsabilidad para que respondan por la protección de los bienes públicos, podemos concluir que son los principios de la contratación estatal los que gobiernan y direccionan las decisiones de la administración, de manera que cuando el funcionario se aparta, en su decisión de algunos de ellos, estarían apartándose de tal confianza y desplazando la responsabilidad depositada en ellos, distorsionando entonces el espíritu de la función pública, ocasionando deficiencia en los resultados de la contratación estatal, lo cual compromete no solamente al funcionario, sino también al particular; y a este último por cuanto el mismo, una vez firme y legalice el contrato, asume las responsabilidades y obligaciones, no solamente del contrato, sino las que le impone la Constitución nacional, y la Ley, ya que para el caso los asume también como funcionario público; es decir, las causales de la nulidad no

²⁴ COLOMBIA. CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Op. Cit. pág. 220

²⁵ CAMARGO, Luis. Legislación en Contratación Estatal. Op. Cit. pág. 18

solamente operan con respecto al contrato, sino que también vinculan la responsabilidad del funcionario público.

Lo anterior por cuanto corresponde a los servidores públicos la guarda, protección y defensa de los bienes estatales, en razón de lo cual están llamados a proceder en el marco de la Constitución, la ley, pero también dentro de aquellos presupuestos técnicos administrativos que provean el ejercicio del cuidado de los dineros públicos, y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general de la sociedad.

Lo anterior indica que los contratos estatales se encuentran sometidos al alcance de los principios antes anotados, incluyendo el de igualdad, y al igual que los servidores públicos, los oferentes deben disponer de las mismas reglas contractuales en el proceso; en consecuencia, si alguno de tales principios tampoco es atendido por parte del particular que contrata con el Estado, no solo se desvirtúa la naturaleza vinculante hacia el proceso, sino la de tipo jurídico.

En consecuencia, bien que se trate del funcionario público o del particular que contrata con el ente estatal, si alguno de estos o ambos desconoce uno o algunos de los principios contractuales, con dicha decisión estarían socavando la confianza que la sociedad, la Constitución Política y la sociedad han depositado en ellos, por lo cual deberán rendir cuenta ante la justicia de los actos que los compromete.

Con lo anterior se señala que tanto la administración como el particular que contrata con el Estado están obligados a sujetar sus conductas, reflejadas en el contrato, su ejecución y hasta su finalización, que proceden y lo han hecho en el marco de los principios que regula el artículo 23 de la Ley de contratación estatal, tales los de transparencia, economía y responsabilidad e incluyendo los principios generales de Derecho; en este sentido tienen cabida entre otros los principios y derecho al debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, publicidad, coordinación, eficacia, y celeridad, en cuanto

a que estos se encuentran establecidos por el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011; de lo contrario podrían ocasionar nulidad al contrato estatal, teniendo en cuenta que la nulidad en los contratos estatales tienen dos presupuestos:

- a.- Los principios del derecho y,
- b.- No adjudicar el contrato por el proceso idóneo.

Luego, de los presupuestos anotados surge que tanto la ley como la jurisprudencia hayan determinado dos clases de nulidades:

- a.-Las absolutas,
- b.-Las relativas

Las nulidades absolutas son sanciones que la ley señala para aquellos negocios jurídicos que contravienen entre otros, el orden público y las normas imperativas, ya que la ley protege en lo esencial intereses generales que no pueden ser superados por actos administrativos que impidan el ejercicio pleno de la protección de tales intereses.

En cuanto a las nulidades relativas, en las cuales si bien hay trasgresión de la norma, el ordenamiento jurídico permite que la parte afectada con la irregularidad determine si es necesario el restablecimiento.

De lo venido en comentario se tiene entonces que cualquiera sea la nulidad invocada, las mismas tienen como presupuesto la violación del principio de legalidad de que deben nutrirse los procedimientos y actos administrativos, como es el caso de los contratos estatales, en cuanto a que este principio es aquel que blinda con seguridad jurídica tales actos, habida cuenta que todos ellos deben fundamentarse con base a mandatos normativos, bien que se trate de la Constitución, y/o la Ley; más si ello no fuese así, corresponde al juez determinar la

violación respectiva, decretar la nulidad correspondiente, con las pre consabidas consecuencias jurídicas de tal decisión judicial.

Pues bien, tales presupuestos, o violación del principio de legalidad, son los que alegados y probados determinan si la nulidad es de tipo relativa o absoluta, de conformidad con lo estatuido por el artículo 44 de la Ley de contratación estatal a cuyo tenor se lee que, “(...) *Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*

1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5o. 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”²⁶.

Es decir, de acuerdo con la norma transcrita, si el contrato celebrado contraviene el mandato del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, u otras disposiciones legales, es evidente que la adjudicación del contrato estatal no es idóneo, y la consecuencia es la nulidad absoluta del mismo, que deberá así declarada por un juez de la Republica.

Ahora bien, no obstante que la legislación precisa cuando el contrato es absolutamente nulo; como se ha dicho, y en virtud del artículo 45 de la ley de contratación estatal, “(...) La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y

²⁶ CAMARGO, Luis. Legislación en Contratación Estatal. Op. Cit. pág. 52

no es susceptible de saneamiento por ratificación”²⁷; de ello se desprende que tal nulidad no se presupone, sino que debe señalarse, alegarse y probarse.

Pero la nulidad también puede ser de tipo relativo, tal lo preceptuado por el artículo 47 *ejusdem*, y en este sentido, señala la norma que, “(...)La nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato, no invalidarán la totalidad del acto, salvo cuando éste no pudiese existir sin la parte viciada”²⁸, por lo que esta última nulidad ataca solamente una parte del contrato, lo que implica que subsanando el componente viciado, el cuerpo del contrato toma la esencia de la legalidad, y como tal puede ejecutarse.

2.2.1 Causales de nulidad

Son diversas las causales que conllevan a que se decrete la nulidad de un contrato estatal, encontrándose entre ellas (i) la prohibición para las entidades estatales de contratar con expresa prohibición legal; (i) proceder evitando los procedimientos de selección, que incluye los principio de planeación, transparencia, igualdad, selección objetiva, publicidad, etc.

En este contexto la legislación contractual por su trascendencia, presupuestos de observación con mayor fuerza de los principios contractuales, otorga significativa importancia al proceso licitatorio, aunque desde luego sin desconocer los demás tipos de contratos estatales; lo que se ve reflejado en el numeral 1º, del artículo 2º, de la Ley 1150 de 2007, al precisarse que, “(...) La escogencia del contratista **se efectuará por regla general a través de licitación pública**, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo...” (*cursivas y*

²⁷ CAMARGO, Luis. Legislación en Contratación Estatal. Ibid. pág. 52

²⁸ CAMARGO, Luis. Legislación en Contratación Estatal. Op. Cit. pág. 52

negrilla fuera del texto); no obstante, valorando aspectos como cuantía, objeto del contrato, y la prestación de los servicios de salud, entre otros, la ley establece excepciones al proceso licitatorio dando paso a otras modalidades de contratos estatales.

Es decir, cualquiera que sea el tipo o modalidad contractual e inclusive su cuantía, su contenido siempre deberá encontrarse en el marco de la idoneidad jurídica que impone la Ley; de manera que bien sin tener en cuenta el valor del contrato a celebrar, lo que interesa a la Ley es el proceso de selección, de manera que si llegado el caso, el funcionario, o el contratista privado se encontraren incursos en una causal de nulidad por haber violado el ordenamiento jurídico, lo que se materializa en el documento contractual como referente de procedimiento y acto contractual es lo que se tiene en cuenta a efecto de declarar la nulidad; esto es, son los actos y procedimientos lo que se debe considerar a efectos de imponer la respectiva sanción, más no el monto o dinero publico comprometido; pero si la naturaleza u origen de dicho dinero, el cual es público.

De la misma forma, si las partes no respetan el procedimiento concursal que impone el ordenamiento jurídico para los contratos estatales, de igual manera la sanción de nulidad es procedente para el contrato, pues este sería inidóneo, y en este sentido se debe tener en cuenta que por ejemplo, en cuanto al concurso de méritos, la legislación indica como exigencia la experiencia, capacidad intelectual y de organización y administración de los proponentes son de la esencia del contrato; y que para el caso de la licitación por ejemplo, se ha de tener presente que por su naturaleza la licitación, por ser abierta y pública, se convierte en la esencia de la contratación estatal, desde luego con las excepciones de ley, Vr.Gr, para los contratos que podríamos llamar de menor o mínima cuantía o aquellos que la ley taxativamente ha regulado como excepción, lo que no significa que si se considera que pudiera licitarse un contrato con base a una inversión baja, no pudiera hacerse; pues, consideramos que la Ley no prohíbe que se pueda licitar con base al factor del monto del gasto o inversión; la ley no mira eso; no tiene en

cuenta la inversión o el gasto, por lo cual la administración no debe asumir que la licitación es para determinado monto de inversión o gasto, como sucede en muchos casos, quizá por desconocimiento de la norma o mala interpretación de la misma; y en este sentido, como para la ley no interesa el monto sino los procedimientos y actos contractuales, cualquiera que sea el gasto o la inversión, siempre es posible contratar por licitación pública, que es lo que no sucede en muchos casos; desde luego con las excepciones de ley.

En efecto, en virtud del artículo 29 de la Ley de contratación estatal, en concordancia con el Artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015 la licitación pública responde a la modalidad de selección objetiva de los contratistas, en la que “(...) Las Entidades Estatales pueden utilizar el mecanismo de subasta inversa para la conformación dinámica de las ofertas en la licitación. En este caso, la Entidad Estatal debe señalar en los pliegos de condiciones las variables técnicas y económicas sobre las cuales los oferentes pueden realizar la puja....”.

Como puede apreciarse, ni siquiera en la modalidad de subasta inversa se exige un monto de inversión o gasto, sino un procedimiento, pero resulta que las entidades estatales, cuando lo que van a invertir o gastar lo consideran de baja cuantía, no utilizan la subasta inversa, que vincula los principios de transparencia, artículo 24; de responsabilidad, precepto 26; de la Ley 80 de 1993, y por causa - efecto, el de planeación; y además.

Pues bien que se trate de un contrato estatal, sin importar el monto o la cuantía a invertir, lo que afecta el contrato no son estos sino los principios de la contratación estatal, el procedimiento y el acto del contrato, y por consecuencia si el contrato cumple con los requisitos legales para su ingreso a la vida jurídica, y se proceda a su ejecución, como lo ha advertido el CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Radicación número: 52001-23-31-000-1995-07018-01(14669). Bogotá D.C., siete (7) de junio de dos mil siete (2007), en la que dijo que, “(...) *la condición relativa al registro*

presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su perfeccionamiento, porque es un requisito necesario para su ejecución; pero si lo son los principios de la contratación estatal"; de manera que si la entidad estatal no aplica los principios, entre ellos el de Planeación, Buena fe y demás preceptos legales, estaría ocasionando nulidad absoluta en el contrato, por disposición del artículo 44 de la ley anotada, en cuyo caso se daría curso a la respectiva acción de nulidad ante el juez administrativo, bien mediante una acción popular, o por actos del Ministerio Público, de la parte afectada, o de cualquier persona, natural o jurídica, puesto que por mandato del artículo 146 de la Ley 1437 de 2011, *"(...) Toda persona podrá acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previa constitución de renuencia, para hacer efectivo el cumplimiento de cualesquiera normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos"*²⁹; es decir, no solamente las partes contractuales pueden demandar el contrato estatal, sino cualquier persona, lo que es una garantía para la defensa de los dineros públicos.

Las causales de nulidad como se ha dicho no solamente deben señalarse, sino alegarse y probarse, lo cual encuentra su referente en la presunción de legalidad de los actos administrativos; de manera que la nulidad del contrato habrá de intentarse teniendo presente las causales previamente determinadas en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en los términos del numeral 2º, del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, la nulidad allí estatuida es posible que se configure si el contrato se celebra con expresa violación de régimen de prohibiciones, en cuyo caso tal violación debe ser explícita, y como quiera que la Planeación es un principio del contrato estatal, que aunque no fue insertado explícitamente en la ley en comento, precisamente por cuanto el mismo guarda estrecha relación con otros principios, como el de transparencia, responsabilidad y economía, de cuya aplicación integral dan cuenta

²⁹ COLOMBIA. LEY 1437 DE 2011. Art. 146. Bogotá, D.C, Edit. Ddigital e ImpresionesSAS. P. 78

los artículos 209, 339, y 341 constitucional; además los numerales 1º, 4º, 6º, y 7º, del artículo 25; y numeral 3º, del precepto 26, y numeral 1º, y 2º, del artículo 30 del ordenamiento contractual estatal; la transgresión del principio anotado, el de planeación es causal de nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto, ya que de conformidad con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público.

Pues bien, si la anterior fuese una causal de nulidad en cuyo caso la entidad estatal no obstante deba reconocer el pago de lo ejecutado del objeto del contrato, en atención a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, dicho pago deberá realizarse únicamente hasta el monto equivalente al beneficio recibido, siempre que las prestaciones derivadas de la ejecución del contrato hayan beneficiado a la entidad y satisfecho el interés público; sin embargo, y al contrario, si existiese la causal de ilicitud, habida cuenta del desconocimiento del principio de planeación, pero el contratista no ha ejecutado el contrato, como tampoco ha provocado del mismo beneficio alguno para el interés público, no es procedente el pago que pudiera alegar el contratista, ya que así lo ha considerado el Consejo de Estado al señalar que “(...) *Como la administración le entregó al contratista la suma de (...) a título de anticipo, se ordenará que este la restituya debidamente actualizada, teniendo en cuenta que se trata de un decreto oficioso de nulidad y que la entidad estatal no se ha beneficiado toda vez que el interés público no se ha satisfecho en medida alguna ya que el puente contratado no se construyó ni siquiera parcialmente. De otro lado, de no ordenarse la restitución del anticipo, el contrato cuya nulidad aquí se decreta terminaría en la práctica produciendo un efecto como si fuera válido y, lo que es peor, en detrimento del patrimonio público*”³⁰; se impone entonces que si del contrato no se

³⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). Bogotá D.C, veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013). Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Actor: JAIRO OSPINA CANO. Demandado: AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA. Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

ha derivado beneficio alguno para la administración, pero esta ha realizado el anticipo y declarado la nulidad de manera oficiosa, el contratista estará obligado no solamente a la devolución del dinero recibido sino con la recuperación de su valor, lo que equivale a ser indexado, que es lo equivalente a “actualizado”, ya que tanto el principio de planeación como el de buena fe, al ser vulnerados están protegidos en causales de nulidad.

2.3 ALCANCE JURÍDICO DE LAS NULIDADES EN LOS CONTRATOS ESTATALES

Tal como lo dispone el ordenamiento jurídico en los artículos 45 y 47 de la Ley 80 de 1993, las nulidades se clasifican en dos, las cuales igualmente se han definido anteriormente, y son:

a.- La nulidad absoluta

b.-La nulidad relativa.

Ahora bien, mientras la *terminacion unilateral* del contrato, en cuanto a que es una potestad excepcional no presente en todos los contratos estatales, es un medio de autotutela de la administracion que no tiene la finalidad de deshacer todo el contenido del mismo, sino finalizarlo antes de lo previsto, de competencia de la administracion, la cual consigna en un acto administrativo debidamente motivado, la respectiva decisión, que puede ser objeto de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la declaratoria de nulidad absoluta es competencia del juez que al decretarla la plasma en una sentencia, cuya decision hace transito a cosa juzgada. De igual manera, en la terminación unilateral los efectos de la decisión son hacia el futuro o “*ex nunc*”, más con la declaratoria de nulidad los efectos son “*ex tunc*”; esto es, las cosas regresan al estado anterior a la

celebración del contrato; al respecto el Consejo de Estado ha precisado que “(...) *el efecto inmediato de la declaratoria de nulidad es la de retrotraer las cosas al estado que tendrían de no haber existido el contrato nulo. Como la sentencia de nulidad produce efectos retroactivos, cada parte tiene que restituir a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato anulado. Sin embargo, existen eventos en que no hay lugar a tales restituciones, como cuando ocurre la nulidad se ha originado en objeto o causa ilícita, habiendo actuado las partes o una de ellas a sabiendas de la ilicitud*”³¹.

Cuando la causa de la nulidad tiene como soporte una ilicitud, si esta procediera del ente estatal y esta hubiese dado un anticipo pactado en el contrato, no estaría el contratista obligado a devolver el dinero recibido por tal concepto, ya que la responsabilidad en cabeza de la entidad habrá ocasionado graves perjuicios a su contraparte.

Del alcance de estas figuras en comento, el Consejo de Estado ha dicho que, “(...) *En firme la decisión administrativa de terminación unilateral del contrato, adoptada por la entidad contratante, es claro que la misma únicamente produce efectos hacia el futuro, “ex nunc”, mientras que la declaratoria judicial de nulidad absoluta, como ya se indicó, tiene como efecto retrotraer las cosas al momento de la celebración del contrato, como si éste en realidad nunca hubiere existido, es decir, que está llamada a generar efectos “ex tunc*”³².

Pues bien, la derogatoria del contrato opera con base a los numerales 1,2, y 4 del artículo 44 de la ley de contratación estatal; mientras que la declaratoria de nulidad corresponde decretarla a un juez de la Republica e implica probar procesalmente

³¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sección Tercera. Sentencia del 6 de octubre de 1999. M.C, Dr. Alier Eduardo Hernández

³² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCION C. Radicación número: 25000-25-22-000-2007-02693-01(129822). Bogotá, D.C, agosto 29 de 2007, .C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

el vicio grave alegado por la parte actora, y con el cual se afecta la validez del contrato, en el entendido que en el contrato se desconocieron disposiciones legales de orden público; en todo caso, en atención a lo establecido por el artículo 1746 del Código Civil, “(...) La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo;...³³”; es decir, declara la nulidad todo vuelve a sus inicios, y por consiguiente nada de lo actuado respecto del contrato así declarado tiene validez legal.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el principio de legalidad se refleja en todos los principios contractuales, cuando se viola el mismo se manifiestan diversidad de nulidades, bien que se trate de la nulidad absoluta (i) en el marco del derecho común; (ii) nulidad absoluta por inhabilidad o incompatibilidad del contratista; (iii) nulidad absoluta por violación de una expresa prohibición constitucional o legal; (iv) nulidad absoluta por violación de poder; (v) nulidad absoluta por nulidad de los actos administrativos en los que se fundamenta el contrato; y (vi) nulidad absoluta por violación del artículo 31 de la Ley 80 de 1993.

La nulidad absoluta en el marco del derecho común se encuentra regulada en el artículo 1741 del Código Civil, del que se desprende que cuando existe objeto ilícito, incapacidad absoluta de la persona que emite el consentimiento y la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, se estará invalidando causando nulidad y por lo tanto sustrayendo los efectos legales del acto jurídico, en este caso del contrato estatal.

En cuanto a la nulidad causada por inhabilidad o incompatibilidad del contratista, regulada en virtud del numeral 1 artículo. 8º de la Ley 80 de 1993, en

³³ COLOMBIA. CODIGO CIVIL COLOMBIANO. Bogotá, D.C., Edit. Ddigital e Impresiones, SAS, 2015, pág. 1090

concordancia con el artículo 90 de Ley 1474 de 2011, se tiene que esta causa de la nulidad se ubica entre la condición del actor y el representante legal de la entidad, pudiéndose solicitar que se decrete dicha nulidad por parte de cualquier persona.

A su vez, referente a nulidad absoluta por violación de una expresa prohibición constitucional o legal, para que la misma se configure el mandato de la prohibición debe ser expreso, así por ejemplo, puede ella presentarse cuando se realiza una donación, lo que se encuentra expresamente prohibido por la Carta Magna, que señala en el artículo 355 que “(...) *Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado*”³⁴.

La nulidad bajo análisis determina que es el mandato constitucional el que impera, y en este sentido únicamente aquello que la Carta Política determina que es ley es lo que genera dicha nulidad, tanto así que sobre este aspecto ha sostenido el Consejo de Estado que, (...) solamente son objeto de violación al régimen de prohibiciones las normas consagradas en la Constitución o en normas legales o en cualquier otras con fuerza de ley; por lo tanto, la violación de otro tipo de normas en cuanto no tenga rango constitucional o carezcan de fuerza de ley no generan vicio de nulidad en el contrato; de allí que la violación de un acuerdo municipal no dé lugar, por esta causa, a la anulación del contrato”³⁵

En materia de nulidad absoluta por violación de poder, dispone el numeral 8 del artículo 24 de la Ley de contratación estatal que, “(...) Las autoridades no actuarán

³⁴ COLOMBIA. CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Edit. Ddigital e Impresiones, 2015, pág. 287

³⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA: CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN: TERCERA. SENTENCIA 15599 DE 02 DE MAYO DE 2007. Ref.: Contractual - Apelación sentencia. Bogotá, D.C., dos de mayo de dos mil siete.. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Actor: Nohora Chaparro de Torres. Demandado: Departamento de Casanare.

con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”³⁶, indicando con ello, entre otras razones, que si el servidor público llegase a inobservar, entre otros, el principio de planeación estaría incurso en una desviación de poder por cuanto con tal actitud estaría eludiendo el proceso de selección objetiva, puesto que, como afirma el tratadista Jorge Pino, “(...)cuando el servidor público encargado de dirigir el procedimiento de selección de contratistas, se desvía de la finalidad que se persigue en la Ley contractual, vulnera derechos que se suponen se alistan en la pretensión”³⁷; de donde se desprende que tal situación puede definirse entonces como aquel acto administrativo que por su procedencia y resultado busca y favorece a un tercero en perjuicio de los derechos de las demás personas, deslegitimando la naturaleza de los actos contractuales.

Con respecto a la nulidad que se origina debido a la nulidad de los actos administrativos en los que se fundamenta el contrato, se ha de apreciar que como quiera que durante el proceso de selección del contratista se expiden diversidad de actos administrativos, de acuerdo al tipo de contrato, de manera que por ejemplo, para la apertura del proceso de selección para contratos cuya exigencia legal es la convocatoria pública Licitación Pública; o en aquellos casos en donde se procede con la contratación directa, si por cualquier motivo o circunstancia un servidor público llegase a modificar el pliego de condiciones, Vg. Gr., si llegase a modificar dicho pliego después de aprobado, tal conducta vicia el contrato y por consiguiente el acto administrativo debe ser declarado nulo, con nulidad absoluta, efecto que se recibe en el contrato; pues este tiene su origen en aquel acto nulo.

³⁶CAMARGO, Luis. Legislación en Contratación Estatal. Op. Cit. pág. 16

³⁷ PINO, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales, Bogotá, U. Externado de Colombia, 2005, pág. 34

De otro lado, la ley de contratación estatal, en aras a proteger la industria y a los oferentes nacionales, ha establecido en virtud del artículo 21 de la Ley 80 de 1993, que, “(...). *Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional. Cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión se dispondrá la desagregación tecnológica.*

...

En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional”³⁸; luego, como quiera que se trata de un mandato legal expreso, al tenor del artículo 44 de la ley de contratación estatal, y en los términos de los fundamentos de la nulidad absoluta, si el funcionario público no atendiera las exigencias de esta norma, el contrato deberá ser declarado con nulidad absoluta.

Entre tanto, cuando se decreta la nulidad al tenor del inciso segundo del artículo 48 de la Ley de contratación pública, “(...) *Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público*”³⁹; premisa que considera que el ente estatal no puede tomar ventaja en detrimento de los derechos del contratista, excepto, que existe objeto ilícito en el contrato y este tenga su origen en el contratista.

³⁸ CAMARGO, Luis. Legislación en Contratación Estatal. Op. Cit. pág. 15

³⁹ CAMARGO, Luis. Legislación en Contratación Estatal. Ibid. pág. 32

Ahora bien, el artículo 48 no distingue entre contrato de ejecución sucesiva o instantánea para la aplicación de su mandato legal, alcance normativo que lo diferencia del régimen común establecido en el artículo 1525 del Código Civil que dispone que, “(...) *No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas*”⁴⁰.

De otro lado, en consideración a la nulidad absoluta según lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley de contratación estatal, esta no es susceptible de ser saneada, aunque en términos del artículo 1742 del Código Civil, “(...) *La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria*”⁴¹; mandato concordante con el precepto 45 de la Ley 80 de 1993.

Ciertamente, como quiera que en esta causal de nulidad opera la prescripción extraordinaria, ello indica que independientemente de aquello que haya originado la nulidad absoluta, no es viable solicitar ni decretarse la misma si ha transcurrido el tiempo de ley para la aplicación de la prescripción, por cuanto el orden jurídico, en aras de la convivencia social y la seguridad jurídica, considera conveniente establecer un límite temporal a la posibilidad de controvertir ante la justicia los negocios jurídicos.

Dadas las diferencias entre nulidad relativa y absoluta, se presentan algunas hipótesis de casos en los cuales se encuentra involucrado el principio de legalidad

⁴⁰ COLOMBIA. CODIGO CIVIL COLOMBIANO. Op. Cit., pág. 987

⁴¹ COLOMBIA. CODIGO CIVIL COLOMBIANO. Ibid. pág. 1090

con la declaratoria de nulidad del contrato, para lo cual se transcriben apartes de la sentencia del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo radicado No. 56001-22-13-000-1998-02011-01(30122), Bogotá D.C, veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013), a saber:

a.-Casos hipotéticos:

1º.-Cuando es el juez quien declara la nulidad, en este caso la absoluta, no es procedente que la administración declare la terminación unilateral del contrato, puesto que para entonces el contrato ha sido expulsado del mundo jurídico, por lo cual no es posible que se continúe con su ejecución.

2º.-Si llegado el caso, se presenta el hecho según el cual existe una causal de nulidad absoluta, y esta es constatada por la administración, en virtud de la cual, por ejemplo se ha desconocido el artículo 44 de la Ley de contratación estatal, y el contrato se encuentra en ejecución, corresponde a la administración, o al Ministerio Público, o cualquier persona o bien puede llevarse a cabo la acción oficiosamente, el solicitar la declaratoria judicial de la nulidad absoluta del contrato; esto por cuanto cuando se trata de este tipo de nulidad no puede la administración invadir la órbita de acción judicial.

3º.-Si el juez ha asumido la competencia en el conocimiento del asunto contractual el cual ha sido objeto de demanda en busca de la declaratoria de nulidad, pero posterior a ello la administración, invocando alguna de las causales previstas en los numerales 1,2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, ejerce su potestad-deber dándolo por terminado unilateralmente, la decisión de la administración es legítima, legal; si al momento de la expedición del acto administrativo, al tenor del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 95 de la ley 1437 de 2011, siempre y cuando no se haya notificado auto admisorio de la demanda”.

4º.-Otra hipótesis se presenta cuando la administración, no obstante el constatar la existencia de un vicio de nulidad absoluta que como tal afecta la validez del contrato, más sin embargo dicho vicio no encaja dentro de los presupuestos del artículo 44 de la Ley 80 de 1993; en este supuesto no es viable declarar la nulidad unilateral del contrato, puesto que su obligación es acudir a la jurisdicción administrativa para que sea el juez quien proceda de conformidad; sobre lo cual se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“(…)Sin embargo, no podrá ejercer esta facultad, aunque existiere un vicio de nulidad absoluta que afectare la legalidad del contrato, cuando la situación irregular no corresponda a alguno de los supuestos establecidos en los tres numerales antes referidos, sencillamente porque la ley no le ha otorgado competencia para ello y, por lo tanto, en esos otros eventos la única opción que tendría la entidad sería la de demandar judicialmente la declaratoria de nulidad del contrato.

(…)

“La actividad contractual de la Administración no escapa al principio de legalidad, toda vez que en este ámbito cumplimiento, máxime cuando se trata del ejercicio de prerrogativas que detenta la entidad estatal contratante; así pues, las facultades que por atribución legal ejercen las entidades del Estado cuando se relacionan con los particulares, mediante la contratación, requieren definición legal previa y expresa de la ley, puesto que es la propia ley la que establece los límites a la autonomía de la voluntad”⁴².

⁴² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Radicación número: 56001-22-13-000-1998-02011-01(30122). Bogotá D.C, veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013). Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Actor: JAIRO OSPINA CANO. Demandado: AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA. Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

De acuerdo a la sentencia del Consejo de Estado, no puede la administración decidir si el contrato es nulo, como tampoco puede delegar esta decisión, ya que no puede ser juez y parte, por lo cual el ordenamiento jurídico ha reservado, con justa razón, tal facultad a la justicia; y es que la administración dispone de todos las herramientas legales para prevenir vicios en el contrato, y para ello cuenta entre otros, con principios como el de *planeación* el cual facilita los instrumentos necesarios para prevenir que los contratos que esta celebre se encuentren inmersos en causales de nulidad. La administración solo puede producir la derogatoria del contrato, pero no su nulidad, esta le corresponde al juez.

Entre tanto, por el lado de la nulidad relativa, cuyas características son (i) que no pueden ser decretadas por un juez, sino a petición de parte; (ii) es posible sanearla mediante ratificación expresa o tácita de las partes, procediendo con las solemnidades que demande el acto o contrato; (iii) tiene efectos retroactivos, una vez sea subsanado el contrato; (iv) da lugar a rescisión del contrato, y (v) no puede el Ministerio Público pedir su declaración, por cuanto no se encuentra legitimado para ello, por comportar el acto o contrato nulidad parcial no predicable del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, se asume como de poca trascendencia la misma, por lo cual es posible subsanarlo, en atención a lo ordenado por el artículo 49 de la Ley 80 de 1993, que precisa que, “(...) *Ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el Jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio*”⁴³; es decir, al amparo de esta norma opera la nulidad relativa, que puede ser subsanada por la administración.

De lo venido en análisis se concluye entonces que las nulidades están en cabeza del juez, quien es el único funcionario que, probados los hechos y la afectación al

⁴³ CAMARGO, Luis. Legislación en Contratación Estatal. Ibid. pág. 32

contrato estatal, tal como lo aprecian los escritores Jairo Orlando Santominio, y Louis Thibierge, está facultado para proceder declarando la nulidad; pero la administración puede subsanar el contrato estatal, si a ello hubiere lugar, o bien, de acuerdo a los hechos, decretar su derogatoria; en todo caso, cualquiera que sea la decisión que corresponda tanto los principios de planeación como el de buena fe deben ser los presupuestos tenido en cuenta en el contrato estatal.

3. EL PRINCIPIO DE BUENA FE A TITULO DE IMPUTACION DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CON RESPECTO A LOS CONTRATOS ESTATALES

Si bien el principio de buena fe, aunque no se encuentra de manera taxativamente codificado en el estatuto contractual estatal, es evidente que el mismo resulta del numeral 7 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 en el que se dice que, “(...)7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa”, de manera que no es posible que la administración pueda proceder desconociendo su aplicación, pues si así procediera provocaría nulidad en el contrato estatal, con las consecuencia propias del acto que no solamente se reflejarían en el contrato sino también en la responsabilidad del funcionario público; en este contexto se desarrollan los siguientes temas, cuyo orden es como sigue: -El Principio de Buena Fé dentro de los contratos estatales. -La Responsabilidad Estatal con Respecto a los Contratos Estatales Dentro del Principio de Buena Fé, -El Principio de Planeación de los Contratos Estatales-El Principio de Planeación y el de Buena Fé.

3.1 EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LOS CONTRATOS ESTATALES

El principio de buena fe, según el tratadista Jairo Alfonso Navarro Manjarrez, “(...) *es aquel cuyo valor subjetivo impone credibilidad, certeza, y armonía con los presupuestos jurídicos que ampararan el ejercicio del derecho, y que apuntan hacia la legalidad del acto del cual surge su origen*”; lo que de suyo indica que este principio, si bien se muestra en el ordenamiento jurídico, tiene su manifestación en la persona que actúa generando el acto administrativo; es decir, aunque no es del fuero de ninguna persona, ya que obedece, en su formalidad jurídica a un

mandato legal, quien actúa y decide es quien sabe y conoce así mismo si actuó o no de buena fe; más sin embargo, no por ello puede configurarse su ausencia en el contrato, ya que corresponde al juez descubrir, a través del proceso de investigación, si el acto administrativo, en este caso el contrato, fue o no llevado a cabo con base al principio de buena fe; en otros términos, no es fácil para la justicia descubrir si el contrato fue convenido por las partes al amparo de este principio, lo que nos señala el deber de su estudio en el marco de la Constitución Nacional, la ley, la jurisprudencia, y la doctrina.

El principio de buena fe se encuentra en el artículo 83 de la constitución política la cual señala que “(...) *Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas*”; es decir, la Constitución lo presume por cuanto esta hace parte de la actitud y decisión del funcionario público, pero del cual puede descubrirse si ciertamente procedió conforme al mismo o no, y como quiera que el mismo es un presupuesto constitucional llamado a aparecer, por ejemplo, en los contratos estatales, es deber del juez, cuando su inexistencia es alegada por alguna parte afectada con la decisión contractual, escudriñar con todos los medios de pruebas reconocidos por la legislación (testimoniales, documentales, e inclusive el de referencia, y demás), si ciertamente se procedió con el ejercicio de este principio, ya que el mismo es propio de los contratos estatales.

Ahora, desde el punto de vista del ordenamiento legal, el numeral 4 del artículo 3º, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que, “(...) *4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes*”; norma esta en cuya concordancia con el numeral 5 de este mismo estatuto, se precisa que, “(...) *5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas*”; de

manera que este principio, como ha quedado anteriormente dicho, se encuentra en la actuación de cada funcionario comprometido con la gestión contractual, siendo por ello que llegado el caso, todos ellos deberán ser objeto de la respectiva investigación, a fin que el juez disponga de los suficientes elementos probatorios que le permitan dictar una sentencia ajustada al ordenamiento jurídico; y esto por cuanto el principio de buena fe, como lo afirma el autor Jairo Navarro Manjarrez, *“(...) es esencial para la credibilidad institucional, pero también para la vida jurídica del contrato, el ejercicio de la función pública, y la responsabilidad, tanto del funcionario público como del sector privado. Invadir este principio, es cercenar la confianza de la sociedad en las Instituciones públicas”*; lo que viene a significar, en análisis de dicho planteamiento, que este principio “traza”; no solamente los elementos del comportamiento moral y ético en el contrato, sino también en la Institución estatal, al contratista, y a la sociedad, la cual, en virtud del artículo 209 constitucional, delega confianza en la administración pública.

En efecto, el principio de buena fe rige las actuaciones de los particulares y de la administración, compromete las decisiones que en materia de contratación estatal deben asumir los funcionarios públicos, lo cual implica que en el acto administrativo que este expida queda comprometida su responsabilidad en materia civil, administrativa y penal, por lo cual corresponde al administrador asumir conductas claras, transparentes, y leales a los postulados e intereses de la administración, las que deberán verse reflejadas, para el caso de la contratación estatal, en el contrato mismo.

Luego, cuando el administrador asume la política de aprovecharse de la condición que en la administración ostenta, no solamente contraviene principios, sino que además eventualmente su conducta podría encajar en los presupuestos antijurídicos del ordenamiento legal.

Sin embargo, lo anterior no significa que el principio de buena fe sea absoluto, teniendo en cuenta que el mismo no constituye un catálogo de eximentes de

responsabilidades respecto de las decisiones y actos del administrador; pero en todo caso tales decisiones y actos deben someterse al imperio de la Constitución y la Ley, ya que no es de admisión que el funcionario asuma, bajo tal principio, consideraciones con las cuales pudiera escudar sus actos; esto es, que eventualmente, al amparo del principio de discrecionalidad, por ejemplo, alegue la legitimidad de su decisión, bajo el presupuesto de que, como lo informa el tratadista Álvaro Guerrero, la actividad discrecional, “(...) es aquella que no depende de normas legislativas concretas y preexistentes que la regulen, por lo cual en ocasiones se cometen arbitrariedades, dado que las facultades discrecionales le permiten al funcionario cierta libertad para elegir entre uno u otro curso de acción, o para hacer una cosa de una u otra forma”⁴⁴; es decir, de ello el análisis es que no por el hecho de que la discrecionalidad tenga o disponga de una regulación o normativa específica, directa, concreta, taxativa, puede el funcionario asumir conductas contrarias al principio de buena fe para luego alegar el ejercicio de la discrecionalidad, y que la discrecionalidad no puede resultar en un amparo para el ocultamiento de hechos en los cuales se encontrare comprometido el principio de buena fe.

Lo anterior demuestra la trascendencia e importancia del principio de buena fe en materia de contratación estatal, tanto así que al mismo se encuentran vinculado valores éticos y morales; el principio de confianza que deposita la sociedad en el funcionario público; y cuando este procede atacando el principio de buena fe, de igual manera ha procedido contra sí mismo y su familia, puesto que tanto él como su familia hacen parte de la sociedad, son sujetos de la sociedad, razón por la cual los funcionarios estatales habrán de valorar sus conductas en términos del ejercicio de los principios de buena fe, confianza, discrecionalidad, y valores éticos.

⁴⁴ **Camargo, Luis. La Discrecionalidad de los Actos Administrativos. Bogotá, D.C, Edit. Librería del Profesional, 2014, pág. 56**

Con lo anterior se impone entonces que el contrato estatal, desde el punto de vista jurídico, se fortalece cuando en el mismo aparecen los anteriores principios, y los valores anotados, por lo que si el funcionario desconoce alguno de estos desnaturaliza la esencia y fundamento del contrato estatal, vinculando de paso eventualidades condiciones que si se probaren, ocasionaría nulidad absoluta al contrato estatal.

3.1.1 Alcance del Principio de Buena Fe en Materia de los Contratos Estatales

Indiscutible que uno de los derroteros de la contratación estatal, en el referente a los principios, son el de planeación, y el de buena fe; de ellos puede predicarse que son el núcleo esencial que incursiona en los principios de transparencia y en la confianza de la sociedad hacia la institucionalidad; tanto así que de ello ha dicho la Corte Constitucional que, *“(...)En relación a la existencia y aplicación del principio de buena fe dentro del régimen colombiano de contratación estatal, es oportuno destacar que a partir del fundamento constitucional al que se ha hecho mención, el mismo aparece expresamente contenido en el artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993, que, al hacer referencia a los criterios de interpretación de las reglas contractuales, dispone: “En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”. El valor ético de la confianza como fundamento del contrato administrativo adquiere relevancia particular porque contribuye a humanizar las relaciones entre la Administración y el administrado. Dada la supremacía jurídica de la Administración Pública es necesario que su conducta se someta a los dictados éticos de la buena fe; por ejemplo, en los contratos administrativos, que*

*es el objeto de esta tutela, en los que el derecho le confiere a la Administración una posición de *potentior personae*, que se manifiesta no sólo en la atribución de las potestades de modificarlo, terminarlo o interpretarlo mediante el ejercicio de la decisión unilateral y ejecutoria, sino también en otros poderes y privilegios, tales como el de control y dirección, el de imponer sanciones, etc.”⁴⁵.*

Como puede apreciarse, la Corte Constitucional armoniza y asocia el principio de buena fe con el valor ético de la confianza como presupuesto de la contratación estatal, ya que como lo precisa la sentencia, “(...)contribuye a humanizar las relaciones entre la Administración y el administrado”, lo que significa que entre el principio de buena fe y la ética se genera confianza de la sociedad en la institucionalidad, al tiempo que se humanizan las relaciones entre la administración y el administrado, a través de lo cual se estimula la convivencia pacífica de los pueblos, de manera que entre el principio bajo análisis y lo ético, decimos, se fortalece el Estado Social de Derecho, codificado este en el artículo primero constitucional.

En este contexto es que el principio de buena fe marca un espacio en la gestión administrativa para de esta manera ser garantía de la pulcritud con la que se manejan los dineros y bienes públicos, dándole a la sociedad certeza que sus impuestos se encuentran bien administrados, operan con eficacia, y son dignos de su pago por parte de la sociedad.

En consecuencia, el alcance del principio de buena fe es de tipo ético y moral; pero también legal, esto último en razón del siguiente análisis:

⁴⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Cuarta de Revisión Sentencia T-209/06. Referencia: expediente T-1220297. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil seis (2006). Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Del alcance del principio de buena fe, al igual que el de Planeación, podemos decir que en esencia son propios de la legalidad del contrato estatal, razón por la cual, cuando el funcionario desplaza uno de estos, actúa y/o decide por encima de alguno de ellos, bien del primero o del segundo, ocasiona nulidad en el contrato, lo que demuestra que dicho alcance tiene implicaciones legales con connotaciones éticas y morales, y que no es suficiente que el sentenciador administrativo declare tal nulidad, sino que si fuera el caso; si dicho fallador administrativo considera que el contrato puede encontrarse afectado por elementos, factores, y/o decisiones que rayan con el derecho penal, deberá darle traslado al juez penal respectivo, del asunto con todos los elementos probatorios de los cuales se acompaña su decisión., ya que así lo dispone el artículo 27 de la Ley 600 de 2000, que manda que “(...)Toda persona debe denunciar a la autoridad las conductas punibles de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio”; y cuya concordancia con el artículo 446 de la ley 500 del mismo año es determinante para el respectivo traslado por parte del juez correspondiente; es decir, hay un mandato taxativo que obliga, y como quiera que toda persona se encuentra sometida al imperio de la ley, desde luego que un juez de la Republica no es ni puede ser la excepción, teniendo en cuenta además que al tenor del artículo 20 del mismo estatuto penal, ley 599 de 2000, “(...)Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria,...”; lo que indica que como quiera que por mandato legal, como lo establece la norma anotada, los particulares que administren recursos públicos son considerados como funcionarios públicos, estos quedan igualmente vinculados al proceso penal, de manera que el alcance del desconocimiento del principio de buena fé se extiende hacia los particulares que administren recursos públicos, y los contratistas lo son; pero también tiene su

extensión en todas aquellas personas que de una u otra forma tuvieron que ver con el contrato estatal, al interior de la entidad respectiva.

Pues bien, de conformidad con lo anterior el principio de buena fe tiene alcance con connotaciones éticas y morales por cuanto hay un impacto social que no solamente afecta negativamente el contrato, sino al funcionario respectivo, y a la entidad; al igual que de tipo legal; y es que los contratos estatales, por la naturaleza que los envuelve, deben siempre estar acompañados de una política pública en los que el principio de buena fe sea la constante de la actuación del funcionario público; en los que no solamente el proceso desde antes de iniciarse y en el transcurso del mismo y hasta su finalización, impone al funcionario público el que conjuntamente con la planeación contractual, el diseño y todas las variables propias del contrato sean previamente pensadas en concordancia con las necesidades y prioridades que demande el interés público; es decir, la administración no puede desarrollar una política de contratación estatal al libre albedrío y voluntad del funcionario de turno, sino acorde a las necesidades de la entidad estatal y la sociedad que demande el bien y/o servicio que resulte de tal contratación; pues si el funcionario procediera en contravía con estas premisas, estaría incursionando eventualmente en los delitos de detrimento patrimonial, y/o de algún tipo de peculado de los tipificados como tal desde el artículo 397 al 400 (*Peculado por apropiación. Peculado por uso, Peculado por aplicación oficial diferente, Peculado culposo*) del Código Penal; o bien pueda que su conducta, de acuerdo a los hechos, encaje dentro del mandato de los artículos, desde el 408, y sucesivos, hasta el 410, de los delitos denominados “*De la celebración indebida de contratos*”; o de los que regula el artículo 411 del estatuto penal, llamado de “*tráfico de influencias de servidor público*”: e inclusive de *Enriquecimiento ilícito*, regulado por el artículo 412, o algunas de las modalidades de prevaricatos señalado por los artículos 413 y 414, del estatuto penal.

3.2 LA RESPONSABILIDAD ESTATAL CUANDO SE VULNERA EL PRINCIPIO DE BUENA FE

Informa la historia de la responsabilidad estatal en materia de los contratos estatales, según el tratadista Rodrigo Escobar Gil que, “(...) antes de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, no existía en el ordenamiento jurídico colombiano una cláusula que consagrara de manera específica la responsabilidad patrimonial del Estado. En realidad, puede afirmarse que en nuestro país la responsabilidad estatal inicia su evolución “en un periodo histórico en el que imperaba el dogma de la irresponsabilidad del Estado, puesto que se consideraba contraria a la idea de soberanía, lo que se plasma en la famosa sentencia de LAFERREIRE *‘Le pople de la souveraineté est de s’imposer a tous sans compensation’*”⁴⁶.

Cabe destacar que la labor de la jurisprudencia, adelantada inicialmente por la Corte Suprema de Justicia y luego por el Consejo de Estado, se desarrolló con base en las disposiciones del Código Civil que regulaban el tema de la responsabilidad patrimonial en el ámbito del derecho privado, tomando como fuente de inspiración los postulados del Estado de Derecho, y particularmente la nueva realidad social y económica que durante las primeras décadas del siglo XX ya proponía un mayor grado de intervencionismo estatal y, por consiguiente de responsabilidad institucional.

⁴⁶ La traducción al español de *‘Le pople de la souveraineté est de s’imposer a tous sans compensation’*, es: “la esencia de la soberanía es imponerse a todos, sin que pueda reclamarse ninguna compensación por ello”. Traducción tomada de Francisco Julio Dosal Gómez, de su Trabajo de Grado en la Universidad de Cantabria, España, titulado LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO SANITARIO Y LA PROTECCIÓN DEL PACIENTE DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE CONSUMO” . CURSO ACADÉMICO 2013-2014, pág. 8. Versión internet en cachè de http://www.Catabria.es/facultades_escuelas/fle/trabajos/trafingra.shtml de Google. Se trata de una captura de pantalla de la página tal como esta se mostraba el 18 de junio de 2016. 13:26:26 GMT.

En lo que toca con la actividad desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, puede decirse, como lo anota esta corporación que, *“(...) la misma inicia con la Sentencia del 22 de octubre de 1896, en la que se precisa que si bien las entidades estatales, en su condición de personas jurídicas, no eran penalmente responsables por los daños que ocasionaran a los ciudadanos, si se encontraban obligadas objetivamente a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos. A partir de este pronunciamiento, la evolución de la jurisprudencia de la Corte se muestra progresista en torno a tres aspectos concretos: el de la responsabilidad indirecta, el de la responsabilidad directa y el de la falla en el servicio. Con la expedición de la Ley 167 de 1941, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado inicia su proceso de desarrollo y consolidación jurídica. Mediante esta ley, se le reconoce competencia al Consejo de Estado para conocer de las acciones reparatorias que se promuevan contra las instituciones públicas”*⁴⁷.

De la sentencia de la Corte Suprema de Justicia desprende que es la jurisprudencia la que abre las puertas para que con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, puntualmente al tenor del artículo 90, se empezara a regular la materia; lo que no significa que antes de la Constitución de 1991 no se censurara la responsabilidad del Estado, ya que ha sido en virtud del desarrollo jurisprudencial que se estableció tal responsabilidad; no obstante, es a partir de 1991, que se le da mayor certeza y garantías de derechos a quienes contratan con el Estado, fortaleciendo a partir de entonces la confianza entre el Estado y los particulares que contratan con las entidades estatales, ya que estos ven una real protección de sus bienes patrimoniales frente a eventuales daños antijurídicos o lesión que se pudiera derivar de la ejecución de un contrato estatal.

⁴⁷ ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Legis Editores, Bogotá, D.C., 1999, pág. 34

Con la entrada en vigencia de la Constitución Nacional de 1991 el legislador expide la Ley 80 de 1993 y sus normas reglamentarias, en las que la responsabilidad del Estado en asuntos de los contratos estatales presuponen tres presupuestos facticos, los cuales son, a saber:

- a.-Que con ocasión del contrato estatal se produzca en el contratista un daño antijurídico o lesión;
- b- Que con ocasión de dicho contrato estatal, por acción u omisión imputable al Estado, se genere en el contratista el daño antijurídico o lesión, y
- c.-Que como consecuencia de una relación de causalidad, el contrato produzca en el contratista el daño antijurídico.

Ahora, si bien es cierto que la Constitución Política no define el daño antijurídico, lo cierto es que le ha correspondido a la jurisprudencia asumir su definición, en razón de lo cual ha dicho el Consejo de Estado ha definido tal daño, al decir que, *“(...) daño antijurídico, es el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo. Respecto al incumplimiento del Estado, este se presenta cuando la Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas. Finalmente, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, se exige que éste sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la Administración; o, en otras palabras, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente”*⁴⁸.

⁴⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA SUBSECCION C. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767). Actor: CARLOS EDGAR MORENO RINCON. Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA; SECRETARIA DE HACIENDA. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011). Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ

De la sentencia anotada se tiene que el daño antijurídico se materializa en un ataque al patrimonio del contratista, que como tal debe ser reparado en tanto la responsabilidad corresponda al Estado o ente estatal, lo que indudablemente genera confianza para que las personas contraten sin prevención con el Estado. Y ampliando el alcance de la responsabilidad estatal al respecto, la Corte Constitucional la ha extendido al ámbito tanto pre contractual, como contractual y extracontractual al sentenciar que, *“(...) Este alto Tribunal, coincidiendo con la línea doctrinal elaborada por el Consejo de Estado, en Sentencia se pronunció sobre el verdadero alcance de la norma, aclarando que la misma, al margen de establecer el imperativo jurídico de la responsabilidad estatal, consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos y, por tanto, se proyecta indistintamente en el ámbito extracontractual, precontractual y contractual. En este sentido, no se consagra en el artículo 90 de la Carta un criterio restringido de responsabilidad, circunscrito tan solo al campo extracontractual, pues de lo que se encarga su texto es de fijar el fundamento de principio en el que confluyen todos los regímenes tradicionales de responsabilidad estatal -contractual, precontractual y extracontractual-. Siguiendo las pautas que sobre la materia han establecido la jurisprudencia y la doctrina juspublicista, puede sostenerse que el tema de la responsabilidad contractual reviste gran importancia en el campo del derecho administrativo, en cuanto comporta aquella garantía jurídica reconocida a los particulares que celebran contratos con la administración, dirigida a mantener la correspondencia económica de la relación contractual y la integridad y licitud de su patrimonio, frente a las lesiones o daños antijurídicos que puedan padecer por*

*efecto del incumplimiento de las obligaciones contractuales de parte de la Administración Pública*⁴⁹.

Tal como puede apreciarse de la jurisprudencia anotada de la Corte Constitucional, la responsabilidad del Estado en materia de los contratos estatales responde a un medio de defensa que tiene el particular frente a eventuales daños que con ocasión del contrato estatal deba soportar, y en este sentido los daños sufridos deberán ser resarcidos por la entidad estatal comprometida con el pago de las indemnizaciones a que haya lugar, de manera que el patrimonio del contratista no sufra menoscabo por causa de los daños respectivos.

Y aun más, la Corte Constitucional ha asociado los daños ocasionados al contratista con la responsabilidad de la administración cuando actúa con desconocimiento del principio de buena fe, en tanto por cuanto de ello ha dicho que, “(...) *El principio de buena fe tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado. Por ello, el desconocimiento por parte de la Administración de los postulados de la buena fe en la ejecución del contrato, conlleva el surgimiento de la obligación a cargo de ésta de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al contratista. Estos efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual, según lo afirma la propia doctrina, son una clara consecuencia de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, trae implícita la obligación de pagar perjuicios.*

....

Los principios de reciprocidad de prestaciones y de buena fe en materia contractual, constituyen claros criterios de imputación que persiguen hacer

⁴⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Sentencia C-892/01. Referencia: expediente D-3404. Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil uno (2001). Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

*realidad los postulados constitucionales de la justicia conmutativa y de la confianza legítima, garantizando el derecho de los contratistas a ser indemnizados por los daños antijurídicos que sufran como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de las entidades públicas; indemnización que, en todos los casos, comprende el pago de intereses de mora*⁵⁰.

En consecuencia, se colige de esta sentencia que el hecho que la administración no proceda atendiendo al postulado de la buena fe, si con ello se ocasiona un daño patrimonial antijurídico al contratista, además de socavar la confianza entre las partes, obliga a que el contratista sea compensado con la respectiva indemnización, la cual tiene el componente de los intereses de mora; es decir, el desconocimiento del principio de buena fe en el referente a la responsabilidad estatal, hace gravosa, desde el punto de vista monetario la decisión contractual.

3.3 EL PRINCIPIO DE PLANEACION EN LA CONTRATACION ESTATAL

Precisa el tratadista Carlos Amaya, que el principio de planeación “(...) *no fue consagrado en el Estatuto de Contratación Pública (ley 80 de 1993), de manera taxativa, en virtud de la estrecha relación con otros principios (Transparencia, Responsabilidad y Economía) siendo su esencia y existencia fruto de la aplicación integral y sistemática de los demás principios*”⁵¹; ello por cuanto, consideramos, que tal principio es la base sobre la cual descansa la política de contratación estatal, y de allí se desprenden los demás principios; tal como cuando surge a la vida un ser humano, del cual no es necesario predicar que tiene padre y madre;

⁵⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Sentencia C-892/01. Referencia: expediente D-3404. Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil uno (2001). Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

⁵¹ AMAYA RODRÍGUEZ, Carlos Fernando. ¿El Principio de Planeación, la piedra angular de la Contratación Estatal en Colombia? Documento facilitado por el autor en cita. Bogotá, D.C., Marzo de 2016. Pág. 9

pues estos son la esencia, base y fundamento que dieran vida al nuevo ser; así mismo, el legislador, sostenemos, no vio la necesidad de expresar taxativamente en la ley dicho principio cuando entendió que los demás tienen como soporte el principio de planeación, y en este sentido dejó a la vía interpretativa el alcance de la normatividad de contratación estatal.

Luego, como quiera que la normatividad sobre contratación estatal apunta a que los funcionarios procedan dentro del marco de la legalidad, en este sentido el presupuesto de la planeación estará presente en el proceso contractual, el que deberá estar acompañado del ejercicio del principio de la buena fe, de una política de transparencia, y en términos generales, del acatamiento no solamente de la formalidad de las normas, sino de su espíritu, al igual que de la jurisprudencia y la doctrina jurídica, de manera que la administración derive los beneficios de la contratación estatal a la sociedad; y estos beneficios tienen como elementos esenciales el que planee previamente la política contractual, teniendo en cuenta que planear es ordenar, organizar, prever dificultades, obstáculos y mecanismos de superación de los mismos; es aplicar principios de eficacia, economía, y eficiencia en la gestión administrativa y contractual.

Sin embargo, cuando el funcionario procede desconociendo algunos de los anteriores presupuestos y principios de la contratación estatal, siendo suficiente que desconozca uno solo de ellos, para encontrarse no solamente incurso en la violación del ordenamiento jurídico, sino que de paso provocaría pérdida en la eficacia legal al acto contractual; y como quiera que el principio de planeación es base, fundamento y esencia, conjuntamente con el principio de buena fe de la contratación pública, de ello resulta el que se afecte la eficacia, la eficiencia, la igualdad y hasta el objeto del proceso contractual, con lo cual el interés público se vería impactado negativamente.

Sea entonces indicar que tanto los principios de planeación como los de buena fe, por la naturaleza que aparejan en el proceso contractual, tienen conexidad con la

ejecución del contrato, por lo que su observancia es una *condictio sine quanon* de la protección del objeto y contenido en general del contrato estatal; tanto así que el doctrinante Amaya, considera que “(...) *el principio de planeación es la piedra angular de la contratación pública*”⁵²; piedra angular que por ser tal regulariza, direcciona los demás elementos necesarios para que el contrato estatal no pierda su eficacia legal; dicha afirmación apunta a indicar que el principio de planeación es de la esencia del contrato estatal; es núcleo del mismo, y como tal no puede ser desconocido por ningún funcionario público.

Desde entonces, es determinante precisar que el principio en comento debe estar en armonía con el diseño del negocio contractual, desarrollo y ejecución haciendo parte de las prioridades y necesidades que demanda el interés público, por lo cual no puede plantearse con base en improvisación alguna, teniendo en cuenta que su ausencia afecta el interés general con las consecuencias propias de la improvisación, entre ellos el de hacer de los costos de la inversión una incertidumbre que provoca dilapidación de los recursos públicos.

Luego, como se desprende de lo que informa el profesor Amaya, respecto de que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en la Ley 80 de 1993, resulta entonces que no por ello este principio es inexistente en la vida administrativa y jurídica de la administración pública, ya que a pesar de su ausencia formal, se encuentra dispuesto en el marco de los de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales y numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, estos últimos de la Ley 80 de 1993; el uso eficiente de los recursos públicos y adecuado desempeño de las funciones públicas imponen que dicho principio tenga presencia en todos los contratos estatales; en consecuencia, se puede afirmar que si existe un marco

⁵² Carlos Fernando Amaya Rodríguez. ¿El Principio de Planeación, la piedra angular de la Contratación Estatal en Colombia? Documento facilitado por el autor en cita. Bogotá, D.C., Marzo de 2016. Pág. 11

jurídico que exija a la administración el ejercicio del principio de planeación como presupuesto con presencia necesaria en todos los contratos públicos, de ahí la afirmación del tratadista Amaya según la cual se reitera que “(...) *el principio de planeación es la piedra angular de la contratación pública*”⁵³; de manera que el principio en comento si tiene fuerza vinculante con el contrato estatal.

Ahora, como quiera que el principio de planeación tiene efectos vinculantes con el contrato estatal, especialmente con el procedimiento previo a la estructuración del contrato, de ello se predica que el principio de legalidad subsume el de planeación para la legalidad del contrato. De la misma forma, el principio de planeación involucra el de economía y le otorga valor jurídico a éste, el cual se encuentra en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993; tal valor se manifiesta en razón a que es a través del de planeación que se establece la oportunidad para invertir en el contrato, pero también para conocer los costos de la inversión, aprovechando de mejor manera la utilización de los recursos financieros, con base a lo cual es posible determinar la conveniencia económica o no de la ejecución del contrato, y de ahí que surge de manera complementaria el principio de selección objetiva, ya que teniendo conocimiento de costos de oportunidad, y las condiciones de disponibilidad de los recursos, se es más objetivo frente a la selección del contratista.

También el principio de planeación tiene presencia en los términos del inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993, ya que al disponerse en la norma que, “(...) *Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones*”⁵⁴; y estos fines son, dice el primer inciso de esta misma norma, son, “(...) *la continua y*

⁵³ Carlos Fernando Amaya Rodríguez. *¿El Principio de Planeación, la piedra angular de la Contratación Estatal en Colombia?* Ibid. Pág. 11

⁵⁴ CAMARGO, Luis. *Legislación en Contratación Estatal*. Ibid, pág. 12

eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”⁵⁵; por lo que el principio de planeación no solamente tiene en la entidad estatal la responsabilidad de su contar y disponer con su presencia, sino que por igual vincula a los particulares, a los contratistas, lo cual es garantía que permite sopesar el equilibrio que requiere el contrato entre las partes comprometidas en el mismo, optimizando así los recursos públicos, ya que tanto el particular como el ente estatal deben planear la inversión que surge del contrato estatal.

Finalmente, a manera de conclusión de este capítulo se ha de precisar que si bien es cierto que el principio de planeación no se encuentra directamente reglamentado en el ordenamiento jurídico, por disposición constitucional y del artículos 25 de la Ley 80 de 1993, dicho principio se encuentra subsumido en el marco jurídico, tanto así que el inciso segundo del artículo 3º, de la Ley de contratación estatal lo hace vinculante para el contratista, de manera que el mismo debe ser observado en todo contrato estatal; de la misma manera, el principio de buena fe, es presupuesto necesario de este tipo de contrato. Luego, el hecho que al menos uno de estos, bien que se trate del principio de planeación o del de buena fe no sea observado por la administración, con ello se estaría causando nulidad absoluta al contrato estatal, el cual deberá ser así declarado por la justicia administrativa que si advirtiera violación al orden penal, deberá solicitar a la Fiscalía General de la Nación la respectiva investigación penal.

Además de lo anterior, es evidente el alcance que en asuntos morales y éticos tiene la inobservancia del principio de buena fe, tanto para el funcionario público como para el particular o contratista, lo que demuestra que la nulidad no solamente es asunto único del contrato, sino que es vinculante de las partes que

⁵⁵ CAMARGO, Luis. *Legislación en Contratación Estatal*. Ibid. pág. 12

contratan. Luego entonces, el principio de buena de fe es determinante para que el juez declare la nulidad del contrato estatal, siempre y cuando a ello haya lugar, ya que dicho principio es consustancial con el contrato estatal, lo cual se desprende de lo establecido en el numeral 7 del artículo 26, como se ha analizado en este capítulo.

4. LOS PRINCIPIOS DE LA BUENA FÈ Y LA PLANEACION CONTRACUAL DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO CAUSAL DE ANULACIÒN DE CONTRATOS ESTATALES

De conformidad con sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional colombiana, cuando no se tienen en cuenta en los contratos estatales los principios de planeación o el de buena fe, este será nulo; fundamento jurisprudencial que nos permite demostrar, desde este punto de vista, la nulidad de los contratos estatales, en razón de lo cual en este capítulo se analizan las sentencias de estas Corporaciones respecto de la nulidad de los contratos estatales con respecto a la no observancia de los principios de planeación y buena fe, para lo cual se inicia con sentencias del Consejo de Estado, y seguidamente con las de la Corte Constitucional.

4.1 CONSEJO DE ESTADO.

Teniendo de presente que cuando se afecta el contrato estatal cuya causa tiene origen en el desconocimiento o violación de principios como el de planeación, o el de buena fe, o ambos, en virtud del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, *“(...) el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo”*⁵⁶; de manera que frente a cualquiera que sea el principio violado, tanto la administración como el contratista pierden competencia para continuar con la ejecución del contrato, ya que la norma anotada deja en cabeza de la rama judicial tal competencia, lo que indica que marca la

⁵⁶ CAMARGO, Luis. Legislación en Contratación Estatal. Ibid. pág. 56

independencia entre la administración y la decisión que se deba tomar en razón de la violación del principio de que se trate, lo cual es garantía para las partes y la sociedad.

De lo anterior se tiene que el ordenamiento jurídico impone un efectivo control cuando se violan los principios anotados, cuyo fundamento no es otro que proteger intereses sociales e institucionales del Estado de Derecho, por lo cual no puede la administración proceder a su libre albedrío actuando por encima de los principios y de las normas constitucionales y legales, y en general procurando así que los funcionarios públicos obren con base a la finalidad de los contratos estatales, respetando los fundamentos constitucional y legales que lo regulan.

La protección en comento indica entonces que en virtud de la ley existe una especie de aforo jurídico respecto de los contratos estatales en el sentido que la administración no puede ser juez y parte de sus propios actos contractuales, por lo que, como ha dicho el Consejo de Estado, “(...) *De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, “la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”*. Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deben supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal”⁵⁷; esto es, a nuestro modo de interpretar la sentencia transcrita, la administración al apartarse de los principios de la contratación estatal, incluyendo desde luego los de planeación y de buena fe, estaría violando el artículo 3 de la Ley de contratación estatal, por cuanto se estaría apartando del alcance del mandato de dicha norma, cual es *“la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados*

⁵⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA SUBSECCION C. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767). Op. Cit.

*que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines*⁵⁸. (cursiva fuera del texto); y como quiera que, al decir de la Corporación en cita, la Ley de contratación estatal “ (...) *También impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto éstos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual. El principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad comercial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración*”⁵⁹; sostenemos entonces que tales principios, el de planeación y el de buena fe son pilares, no solo de los demás principios de la contratación estatal, sino de todo el proceso contractual, hasta su ejecución plena, y recibo a satisfacción por parte de la administración, en razón de lo cual ni esta ni el contratista pueden sustraerse en ninguna etapa del contrato de dichos principios.

Desde entonces, y así lo considera el Consejo de Estado, “(...) en los eventos litigiosos derivados de la actividad contractual, la planeación es un factor que sirve para la defensa jurídica del Estado”⁶⁰; es decir, el principio de planeación, como se dijo anteriormente, es esencia y fundamento del contrato estatal, pero aunado con el principio de buena fe.

Ahora bien, el principio de la buena fe se encuentra asociado a la moral pública, y en este sentido se tiene que del mismo se deriva el que la administración proyecte

⁵⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA SUBSECCION C. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767).Ibid.

⁵⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA SUBSECCION C. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767).Ibid.

⁶⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. subsección C. Radicación n.º 25000232600019970463801-20683). Bogotá, D.C., 7 de marzo de 2011. M.C. MAURICIO FAJARDO GOMEZ

la suficiente confianza institucional tanto en la sociedad como con respecto a los contratistas, de manera que el accionar público por este medio garantice los principios de transparencia e igualdad, lográndose entonces amplia convocatoria que hagan de la política de contratación estatal un escenario propicio para la confluencia de la participación ciudadana, y la libre competencia.

Bajo este contexto, el Consejo de Estado ha precisado que, “(...)Si bien el particular debe someterse a los preceptos de naturaleza obligatoria –que no admiten convención en contrario-, lo cierto es que la ley no le atribuyó el deber de velar porque la entidad pública contratante cumpla todos y cada uno de los presupuestos fijados por la ley dirigidos al perfeccionamiento y ejecución del respectivo contrato estatal; a contrario sensu, la protección constitucional al principio de buena fe genera que se proteja, sin restricción alguna, al particular en aquellas circunstancias en las cuales la confianza de la administración, así como su voluntad y comportamiento es el que genera la prestación de un bien o servicio sin el respectivo soporte o basamento contractual. El juez, en estos eventos, debe ponderar la conducta del sujeto de derecho público frente a la persona de derecho privado, toda vez que, en multiplicidad de eventos, es la propia administración quien con su comportamiento induce o motiva al particular, en lo que se conoce como tratativas o tratos preliminares, a la ejecución de una determinada obra o servicio sin que exista negocio jurídico de por medio, lo que genera, prima facie, un traslado injustificado de un patrimonio a otro, de tal manera que se ocasiona un empobrecimiento con un consecuencial enriquecimiento, no avalado por el ordenamiento jurídico”⁶¹.

⁶¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00035-01(35026). Bogotá D. C., veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009). Actor: INTEGRAL S.A. Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS-INVIAS- Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

El principio de buena fe, fortalece la institucional del Estado lo cual hace que la sociedad dinamice un mayor sentido de pertenencia y protección hacia los bienes que con sus dineros se adquieren y construyen, en razón de lo cual el Consejo de Estado ha precisado que, “(...) *la moralidad administrativa es una norma en blanco que debe ser interpretada por el juez bajo la hermenéutica jurídica y aplicada al caso concreto conforme a los principios de la sana crítica*⁶².

La moral administrativa, como principio constitucional está por encima de las diferencias ideológicas y está vinculada a que el manejo de la actividad administrativa se realice con pulcritud y transparencia, con la debida diligencia y cuidado que permitan que los ciudadanos conserven la confianza en el Estado y se apersonen de él. El funcionario público en el desempeño de sus funciones debe tener presente que su función está orientada por el interés general, el cumplimiento de la ley y el mejoramiento del servicio.

*Si el funcionario público o inclusive, el particular, actúan favoreciendo sus intereses personales o los de terceros en perjuicio del bien común, u omiten las diligencias necesarias para preservar los intereses colectivos, o transgreden la ley en forma burda, entre otras conductas se está ante una inmoralidad administrativa (...)*⁶³.

Consecuente con lo dicho por esta Corporación, el principio de buena fe se corresponde entonces con fundamentos éticos, y morales en el manejo de la política pública, y en su ejercicio no hay distinción ni color político ni credo ni preferencias; es decir, impera el principio de igualdad como presupuesto de la moral y ética públicas, de cuyo desarrollo corresponde al juez interpretar los hechos que motiven la demanda formal.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente AP-163. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁶³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: AP 760012331000200502130 01. Bogotá D.C., dos (02) de diciembre (12) de dos mil trece (2013). Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Pero, como lo ha dicho el Consejo de Estado en la sentencia con radicado número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767), anteriormente citada, el principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación, también, cuando este es objeto de violación, por tal hecho se habrá de declarar la nulidad del contrato estatal, tanto así que esta misma Corporación ha precisado, respecto del principio de planeación, de manera explícita y concreta que, “(...)De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad (...) *“La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato (...)*”⁶⁴.

Corolario de esta sentencia, es que los negocios y/o contratos estatales siempre deberán ser previamente sujetos a un proceso de planeación en los que se consulten las necesidades de la institución, pero también de la sociedad; en los que no exista improvisación alguna, en los que se garantice eficacia, y principios de economía en el resultado del contrato estatal; y esto conlleva a que se dispongan de términos de duración del contrato de manera que no se dilapiden los recursos públicos; de manera que cuando estos presupuestos legales no se tienen en el contrato estatal, señala el Consejo de Estado en la sentencia bajo análisis que, “(...)estará en presencia de un contrato con objeto ilícito porque se está contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales

⁶⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA). Bogotá D.C, veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013). Actor: JAIRO OSPINA CANO. Demandado: AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

*deben estar debidamente planeados*⁶⁵; y de ellos deberán responder tanto el funcionario públicos que firma el contrato como el contratista.

4.2 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Corresponde a la Corte Constitucional, cuando existe vulnerabilidad de alguna norma constitucional determinar el alcance de tal violación, y como quiera que en materia de contratación estatal, los actos administrativos deben llevarse a cabo en el marco de la Constitución Política y la Ley, es evidente que esta Corte tiene facultades que le otorga la Carta Magna para decidir al respecto.

Pues bien, según la Corte Constitucional, “(...) *la ley establece la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ya sea en ejercicio de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, o a través de la acción contractual, con el propósito de controvertir la validez de dichos actos administrativos precontractuales al margen de su alcance general o particular*”⁶⁶; sentencia esta en la que al decirse que “determinados actos...”; indica que no todos los actos de la administración son propios de la vía judicial, ya que muchos de ellos pueden dirimirse por la misma vía administrativa, (la derogatoria del acto administrativo, por ejemplo); pero cuando el acto afecta de manera determinante los principios de igualdad, economía, eficacia, como es el caso de los de planeación y buena fe, es evidente que corresponde a la justicia dirimir el asunto; esto es, conforme lo señala la sentencia de la Corte, debe acudirse ante la *Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*, ya que no puede la

⁶⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315).Ibid.

⁶⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA. Sentencia SU.713/06. Referencia: expediente T-851356. Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil seis (2006). Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

administración derogar el acto administrativo, el contrato estatal cuando ha procedido violando los principios de planeación y/o el de buena fe.

Y es que, como se ha venido sosteniendo, el principio de buena fe, por ser vinculante de condiciones morales y éticos, generan valor y confianza a la actividad contractual, de manera que como lo informa la Corte Constitucional, *“(...)El valor ético que introduce el principio de buena genera confianza como fundamento del contrato administrativo dándole relevancia particular porque contribuye a humanizar las relaciones entre la Administración y el administrado. Dada la supremacía jurídica de la Administración Pública es necesario que su conducta se someta a los dictados éticos de la buena fe; por ejemplo, en los contratos administrativos, que es el objeto de esta tutela, en los que el derecho le confiere a la Administración una posición de *potentior personae*, que se manifiesta no sólo en la atribución de las potestades de modificarlo, terminarlo o interpretarlo mediante el ejercicio de la decisión unilateral y ejecutoria, sino también en otros poderes y privilegios, tales como el de control y dirección, el de imponer sanciones, etc”*⁶⁷; de manera que bajo este principio, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han mantenido la misma línea jurisprudencial consistente en que dicho principio genera confianza en los administrados, razón por la cual la conducta de los funcionarios públicos se encuentran sometidos al escrutinio público.

Y aún más, de este mismo principio de la buena fe, la Corte sostiene que, *“(...) PRESUNCIÓN DE BUENA FE DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Como lo establece el artículo 83 de la constitución política, en las actuaciones de las autoridades públicas se presume la buena fe (sic). Así, los actos expedidos en ejercicio de sus funciones por las autoridades administrativas, nacen a la vida*

⁶⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA CUARTA DE REVISION. Sentencia T-209/06. Referencia: expediente T-1220297. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil seis (2006). Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

*jurídica amparados tanto de la presunción de legalidad, como también de aquella según la cual todo comportamiento de las autoridades administrativas, se lleva a cabo en beneficio de la colectividad y sin ánimo de causar daño o perjuicio a alguno de los administrados...Cuando se pretende desvirtuar la presunción de buena fe de las actuaciones administrativas, la persona interesada debe acudir a los medios jurídicos propios de la vía gubernativa o aquellos que permitan llevar a cabo ante las autoridades judiciales, siguiendo los trámites previstos en la ley y aportando los medios probatorios conducentes. Es decir, el ámbito jurídico común u ordinario para esta clase de debate se encuentra en la vía gubernativa o en las acciones judiciales (...)*⁶⁸.*

De conformidad con la sentencia transcrita, la buena fe en su connotación presunta, despliega todo un escenario de derechos los cuales encuentran refugio en los principios de inocencia y legalidad de las actuaciones públicas, por lo que para desvirtuar el mismo se impone el que deba desentrañarse la intención del funcionario actor con respecto al contrato estatal, y los efectos de este respecto de los administrados, lo cual, no obstante, según la sentencia bajo análisis, puede impetrarse bien ante la propia administración que expidió el acto administrativo, o por la vía judicial, según el caso, lo que determina la existencia de una garantía de legalidad tanto para el funcionario respectivo como para los administrados.

Corolario de lo venido en análisis se cita la sentencia de la Corte Constitucional, según la cual, “(...) *La nulidad absoluta del contrato hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada -o la cláusula pactada cuando el vicio de nulidad absoluta recae solamente sobre alguna de ellas-, para que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato anulado; cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual.*

⁶⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA. Sentencia T- 1142 de 2003. Bogotá, D.C, Mayo 13 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett,

En efecto, la declaración de nulidad absoluta de los contratos retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con anterioridad a la celebración de los mismos, y en consecuencia, se impone la obligación de reintegrar lo recibido, inclusive a modo de cumplimiento anticipado de las obligaciones que del contrato prometido emanan, en la hipótesis, claro está, de que tales obligaciones así contraídas se hubiesen empezado a ejecutar (...) pero es evidente que existen eventos en los cuales ello no es posible, no se pueden volver las cosas al estado anterior, como sucede por ejemplo, cuando no se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes, que es el caso de los contratos de tracto sucesivo, tales como los de suministro de bienes de consumo, prestación de servicios, obra pública, concesión, etc. etc., en los cuales las prestaciones se han cumplido y no pueden restituirse. A propósito de los contratos sobre los que versa el caso sub lite, se tiene que si bien las obras no fueron totalmente ejecutadas, la administración adelantó unos pagos a título de anticipo que fueron efectivamente cobrados, y el contratista incurrió en algunos gastos con ocasión del inicio de la ejecución de las obras. Así las cosas, la Sala entiende que el contratista habrá de restituir los anticipos y la administración habrá de reconocer los gastos probados en el proceso. (...) Los intereses son una prestación accesoria a la obligación principal de restituir un dinero debido. En el caso sub lite, no estamos frente al incumplimiento de una obligación contractual que obligue al pago de una suma de dinero, y en consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de intereses remuneratorios ni moratorios, pues al no existir la obligación principal, tampoco existen las accesorias”⁶⁹.

De esta sentencia se impone entonces que la responsabilidad por haberse declarado la nulidad del contrato estatal exige que las cosas regresen a las

⁶⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA SUBSECCION C. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-0867-01(17767). Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011). Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. Actor: CARLOS EDGAR MORENO RINCON. Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA; SECRETARIA DE HACIENDA

condiciones en que existían con anterioridad a los hechos que motivaron tal declaratoria, por lo cual todo aquello que hizo parte del contrato, e incluyendo desde luego, si fuere el caso, que cualquier anticipo o pago anticipado realizado al contratista, sea devuelto por este a la entidad contratante; pero si de dicho anticipo el contratista ha realizado pagos que deben ser cargados al objeto del contrato, los mismos deberán ser reconocidos y objeto de pago por parte de la administración.

5. CONCLUSION

De conformidad con el ordenamiento constitucional y legal, la doctrina y jurisprudencia, en el marco del análisis de la presente investigación, se concluye que tanto el principio de planeación como el de buena fe hacen parte del núcleo esencial de los contratos estatales, y cualquier de ellos que sea objeto de violación por parte de algunas de las partes contractuales, ocasiona en el documento contractual nulidad absoluta, la cual debe ser declarada, conforme a los elementos probatorios, por el juez administrativo correspondiente.

Ahora bien, no solamente las partes pueden impugnar el contrato estatal, también pueden hacerlo cualquier persona, natural o jurídica, lo que favorece el hecho que el funcionario público se vea limitado a utilizar la discrecionalidad como fundamento para convenir contratos estatales apartando su decisión de los principios de planeación y/o buena fe; es decir, no puede tal funcionario invocar el ejercicio de la discrecionalidad para eventualmente alegar que en virtud de ello le es posible firmar o convenir un contrato estatal al amparo de la discrecionalidad; de manera que si ello fuese así el contrato sería nulo; además por cuanto, cuando el funcionario público competente para convenir y firmar un contrato estatal con los particulares, lo hace desconociendo bien el principio de planeación o el de buena fe, no solamente ataca el aspecto ético y moral suyo y de la entidad, sino por igual el ordenamiento constitucional y legal, lo mismo que los principios de economía, eficacia, eficiencia, e igualdad contractual, entre otros, atentando de esta forma contra la institucionalidad estatal; lo anterior en razón a que, por ejemplo, el primero de los principios anotados reciben los beneficios o se afectan positivamente del principio de planeación en la medida en que a través de este, al planearse el contrato, su diseño, estructura y demás, es posible controlar y disminuir costos, al tiempo que se direcciona la selección objetiva.

Aun más, tanto el principio de planeación como el de principio de buena fe son de obligatorio cumplimiento por parte de la autoridad administrativa, y como tal, si esta se apartare del mismo, ocasionaría nulidad absoluta al contrato estatal, teniendo en cuenta que de estos se predica su estrecha vinculación e interdependencia, y ambos permiten ejercer control sobre la política de planeación del contrato, garantías del principio de transparencia, igualdad, economía, y selección objetiva, de manera que la validez legal o no del contrato estará en función o dependen, en su esencia o núcleo esencial del contrato, de estos dos principios; aunque no por ello se pueden excluir los demás principios, pero como quiera que de estos se derivan los demás, el hecho que se atente contra estos la nulidad invade a los demás principios, de ahí la nulidad absoluta del contrato que, como se ha dicho deberá ser declarada judicialmente.

Desde entonces, la nulidad del contrato estatal tiene el mismo fundamento jurídico por parte tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, en el sentido en que si se violan el principio de planeación y/o el de buena fe, se ocasiona nulidad absoluta en el contrato estatal.

6. BIBLIOGRAFIA

AMAYA RODRÍGUEZ, Carlos Fernando. ¿El Principio de Planeación, la piedra angular de la Contratación Estatal en Colombia? Documento facilitado por el autor en cita. Bogotá, D.C., Marzo de 2016

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. El registro de proponentes. Su nuevo régimen decreto 92 de 1998.. (3ª ed.) Santa Fe de Bogotá. 1998

CAMARGO, Luis. Legislación en Contratación Estatal. Bogotá, D.C, Edit. Ddigital e Impresiones SAS, 2016

CASTILLO Y CASTILLO, Fernando. La Subasta Inversa. Madrid, España.,Edit. Porrua, 2010

COLOMBIA. CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Bogotá, D.C., Edit. Ddigital e ImpresionesSAS, 2015,

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-324 de Agosto 12 de 2008. Bogotá, D.C., P. Dr. Manuel Cepeda

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Sentencia C-300/12 Referencia: expediente D-8699. Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012). Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-387/09. SALA OCTAVA DE REVISION. Referencia: expediente T- 2.146.854. Accionante: Métodos y Sistemas S.A. Demandado: Alcaldía Distrital de Barranquilla. Bogotá, D. C., veintiocho (28) de mayo de dos mil nueve (2009). Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 645 de junio 21 de 2009. Bogotá, D.C., .P., María Victoria Correa

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713/09. Referencia: expediente D-7663. Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil nueve (2009).Magistrada Ponente: Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). Referencia: ACCION DE CONTROVER-

SIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA). Actor: JAIRO OSPINA CANO. Demandado: AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA. Bogotá D.C, veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013). Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02693-01(23042). Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA). Actor: FUNDACION CARDIO INFANTIL - INSTITUTO DE CARDIOLOGIA. Demandado: CAJA DE PREVISION SOCIAL DE SANTA FE DE BOGOTA D.C. - EN LIQUIDACION Y OTRO. Bogotá D.C, veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013). Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015) Radicación número: 11001-03-15-000-2014-01114-01(AC) Actor: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER,

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 110010326000200900035 00-Referencia: 36601. Bogotá, D.C., Veinticuatro (24) de Marzo de dos mil once (2011). CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Radicación No. 1966 –SOLICITUD DE AMPLIACION - Expediente: 11001-03-06-000-2009-00049-00 .Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil diez (2010). Consejero ponente: William Zambrano Cetina

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA). Bogotá D.C, veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013). Actor: JAIRO OSPINA CANO. Demandado: AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

COLOMBIA DECRETO 2170 DE 2002. Edit. Dimaj, Bogotá, D.C., 2012.

COLOMBIA DECRETO 734 DE 2012

COLOMBIA. CODIGO CIVIL. Edit. Dimaj, Bogotá, D.C

COLOMBIA. CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Bogotá, D.C., Edit. Dimaj, 2015,

COLOMBIA.CONTRALORIA DISTRITAL DE BOGOTA, D.C. MANUAL DE CONTRATACION ESTATAL. Documento. Bogotá. D.C., 2009

COLOMBIA. Legislación Sobre Contratación Estatal en Colombia. Bogotá, D.C. Edit. Ddigital e ImPresionesSAS, 2015,

COLOMBIA. LEY 1437 de 2011. Edit. Dimaj, Bogotá, D.C., 2012

COLOMBIA. LEY 527 de 1999. Edit. Momo, 2001

COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. Manual de Buenas Prácticas para la Gestión de la Contratación Pública. Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP. Bogotá, diciembre de 2004

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Editorial Legis, Bogotá: 2.003

DEL CASTILLO RESTREPO, Edmundo. Editorial: Fundación Universitaria Empresarial de la Cámara de Comercio de Bogotá - Uniempresarial (Colombia). Cámara de Comercio de Bogotá. Certicámara. Bogotá, D.C. 2009.

DROMI, José Roberto. Citado por RODRIGUEZ, Gustavo, Nuevos Contratos Estatales. Edit. Librería Jurídica Wilchez, 1994

_____. Derecho Administrativo. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998.

ECHEVERRY GARZÓN, Juan Carlos, Presentación del documento: Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. Bogotá, D.C., 2002

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Legis Editores, Bogotá, D.C., 1999

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de derecho administrativo II. 4ª Ed. Civitas, Madrid, 1995.

GÓMEZ LEE, Iván Darío. Derecho de la Contratación Pública en Colombia. Análisis y comentarios al Decreto 1510 de 2013. Bogotá, D.C., Edit. Librería del Profesional.

HERNANDEZ, Pedro. Introducción a la Economía. Bogotá, Edit. Dimaj, 2000

LAGUADO GIRALDO, Roberto, La Contratación Pública Electrónica en Colombia, En: Revista Universitas No. No.108, p. 335-455. Bogotá: PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, 2008.

JEZE, Gaston. Citado por TAFUR GALVIS, Álvaro. Teoría del Acto Administrativo. Ed. Rosaristas, Bogotá, 1975

MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Bs. Edit. Machi.

NAVARRO MANJARREZ, Jairo A. Contratación Administrativa-Teoría y Práctica-Modalidades – Alcance Jurídico Medios electrónicos -Línea Jurisprudencial Hecho del Príncipe - Teoría de la Imprevisión. Bogotá, D.C, Edit. Ddigital e Impresiones SAS, 2016

OBANDO, José María, Aspectos impositivos de la ley de Comercio Electrónico en Colombia. Universidad Externado de Colombia, Memorias, Bogotá, 2000

PALACIOS HINCAPIE, Juan Ángel. La Contratación de las Entidades Estatales. Librería Jurídica Sánchez Ltda, sexta edición, Bogotá, D.C.

PINO RICCI, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá., D.C., 2005

Reforma al Régimen de Contratación Estatal. Compilador Felipe de Vivero Arciniega. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho, enero 2010

RENATO, Alessi. Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I. Casa Editorial Bosh. Barcelona, 1979.

Ruiz, Miguel Alberto. La Contratación Administrativa en Latinoamérica y los TLC: Causas y Efectos. Edit. FCE. México, 2010

RINCÓN CÁRDENAS ERICK, CUBILLOS RAMIRO, Introducción Jurídica al Comercio Electrónico”. Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez, 2002.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003.

Vargas, E. Interventoría de Obras Públicas. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2003

REVISTAS

BREWER CARIAS, Allan R. Sobre las Personas jurídicas en la Constitución del 1999, en Derecho Público Contemporáneo. Impresión Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela. 2003.

FANDIÑO GALLO, Jorge Eliécer. Revista Justicia Juris - Agosto de 2015. Bogotá, D.C

GORBANEFF, Yuri. Revista Universidad del Rosario (Portal de Revista UR) - Septiembre de 2015- Volumen 11 No. 10. Bogotá, D.C

_____. “Equilibrio económico y su efecto sobre la litigiosidad en la contratación pública en Colombia” Revista Universidad del Rosario (Portal de Revista UR), Vol. 11, núm. 10, Julio a Diciembre de 2015, Bogotá D.C.

GORBANEFF, Yuri. CABARCAS, Gina. Revista de Derecho. Bogotá, D.C., Impresiones ABC, Junio de 2015

MIER BARRIOS, Patricia. Revista de Derecho Público- Revista Indexada. Edición 31 - Universidad de los Javeriana, Agosto de 2015

_____. Revista Universidad de los Andes - Octubre de 2015

RINCÓN CÁRDENAS, Erick, IBÁÑEZ PARRA. Oscar, El acto administrativo electrónico y las nuevas tecnologías de la información. En: Revista Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

RINCÓN CÁRDENAS, Erick, Contratación electrónica y su aplicación a la contratación bancaria. En: Revista Universidad del Rosario, Serie Documentos, No. 38, Bogotá, 2005.

INFOGRAFIA

www.aon.com/colombia/about-aon/attachments/normatividad. SANCHEZ CASTRO, Manuel. Abogados Consultores y Asociados Ltda. La contratación Estatal en Colombia. Un nuevo reto con la Ley 1150 de 2007 y Sus Decretos Reglamentarios. 2008

Laguado R.. Política Pública y Nuevo Marco Regulatorio sobre Contratación Pública Electrónica en Colombia. Londres. Edición original: Chevening Fellowship Award – United Kingdom. Disponible en: Biblioteca virtual Luis Ángel Arango. Banco de la República. Diciembre 9 de 2008.