

**La declaratoria de nulidad absoluta del contrato estatal por objeto ilícito derivada del  
desconocimiento de los principios de la contratación pública**

**Sofia Giraldo Moreno**

**Nicolás Restrepo Noreña**

**Escuela de Derecho, Universidad EAFIT**

**Trabajo de grado para optar por el título de abogados**

**Cristian Andrés Díaz Díez**

**3 de febrero de 2022**

## Tabla de Contenido

La declaratoria de nulidad absoluta del contrato estatal por objeto ilícito derivada del desconocimiento de los principios de la contratación pública.....	5
Sección I.....	6
<i>Subsección I: Análisis de los principios en el derecho administrativo</i> .....	6
1. Introducción: ¿Una cuestión de principios? .....	6
2. Aclaración conceptual: ¿De qué hablamos cuando hablamos de principios generales del derecho?.....	7
3. ¿Qué son los principios generales del derecho? Concepto contemporáneo de la figura.	9
4. La evolución del concepto de principios en el Estado Social de Derecho colombiano .....	13
5. La fuerza normativa de los principios en el Derecho Administrativo .....	20
6. El paradigma de los deberes: la aplicación concreta de los principios.....	24
7. Conclusión de la primera subsección .....	29
<i>Subsección II: Línea jurisprudencial sobre la nulidad absoluta por objeto ilícito por inobservancia del principio de planeación</i> .....	31
1. Introducción de la segunda subsección.....	31
2. El fallo de la Sección Tercera .....	32
3. Fallo de tutela en primera y segunda instancia.....	38
4. Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Exp. 24809A) en cumplimiento del Fallo de Tutela.....	41

5. Análisis jurídico de la línea jurisprudencial .....	42
6. Pronunciamiento del Consejo de Estado del 8 de junio de 2018. ....	47
7. Pronunciamiento reciente de la Sección Tercera del Consejo de Estado: una aproximación insatisfactoria al debate sobre los principios .....	48
8. Conclusión de la segunda subsección.....	51
Sección II .....	52
<i>Subsección I: El Objeto Ilícito</i> .....	52
1. La normativa que regula el objeto contractual en el Código Civil colombiano...52	
2. Doctrina y jurisprudencia en el derecho civil frente al concepto de objeto contractual54	
3. De la ilicitud del objeto contractual .....	71
4. Conclusión de la primera subsección: ¿Objeto contractual u objetos contractuales? .....	75
5. Teoría del objeto ilícito en el marco de la contratación estatal.....	77
6. Conclusiones.....	84
<i>Subsección II: El Objeto ilícito como consecuencia de la inobservancia de principios de la contratación estatal</i> .....	86
1. Admisibilidad jurídica de la aplicación del concepto de objeto ilícito a la inobservancia de los principios de la contratación estatal .....	86
2. Análisis del caso concreto .....	92
Conclusiones finales .....	101
Referencias.....	104

<i>Normativa</i> .....	104
<i>Jurisprudencia</i> .....	105
<i>Doctrina</i> .....	107

## **La declaratoria de nulidad absoluta del contrato estatal por objeto ilícito derivada del desconocimiento de los principios de la contratación pública**

El presente trabajo de grado se motiva por la creciente necesidad de un examen detallado, riguroso y profundo de las consecuencias que puede tener sobre el contrato estatal la inobservancia del principio de planeación por parte de las entidades estatales contratantes y sus contratistas.

Dicha problemática, surgida desde el año 2013 en la jurisprudencia del Consejo de Estado, involucra de forma transversal al derecho administrativo, la teoría del derecho y el derecho civil. En particular, exige el estudio de las nociones de principios, objeto contractual, objeto ilícito, planeación del contrato estatal, conservación del contrato, prevalencia del interés general, entre otros. En consecuencia, consideramos que una de las falencias principales de las tesis sostenidas por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo recae en un análisis incompleto de las instituciones que tienen un origen teórico por fuera del ámbito del derecho administrativo que, como argumentaremos, son el marco principal sobre el cual debería versar esta discusión. Incluyendo entre estas instituciones, dos conceptos esenciales para el análisis del problema jurídico: los principios generales y el objeto contractual y su ilicitud.

En la primera parte de este escrito abordaremos el tema de los principios en el sistema jurídico colombiano. En particular, buscamos dar respuesta a las preocupaciones elevadas por los distintos sectores sobre las decisiones judiciales tomadas con el sustento normativo del principio de planeación, en particular por su carácter general y abstracto y porque este no se encuentra establecido en disposiciones normativas de orden constitucional, legal o reglamentario, de manera expresa, en nuestro ordenamiento. Acto seguido, analizaremos la línea jurisprudencial

del Consejo de Estado sobre la nulidad por inobservancia del principio de planeación, donde intentaremos identificar los debates jurídicos relevantes y sobre los que consideramos se requiere mayor profundidad.

En la segunda parte, se analizarán las distintas nociones del objeto contractual y del objeto ilícito, tema central en la línea jurisprudencial sobre el principio de planeación, buscando una conceptualización adecuada del objeto contractual que permita entender la teoría del objeto ilícito. Finalmente, revisaremos la línea jurisprudencial a partir de las nociones estudiadas, integrando además conceptos propios del derecho administrativo, como lo son la conservación del contrato estatal y la prevalencia del interés general. Todo esto con el objetivo de contestar la siguiente pregunta: ¿Es jurídicamente admisible que la inobservancia de los principios del derecho administrativo constituya objeto ilícito del contrato estatal?

## **Sección I**

### ***Subsección I: Análisis de los principios en el derecho administrativo***

#### **1. Introducción: ¿Una cuestión de principios?**

En los últimos años hemos identificado que la doctrina especializada en derecho administrativo se ha preocupado por una serie de fallos emitidos por el Consejo de Estado a partir del 2013, cuyo objeto es la declaratoria de nulidad del contrato estatal por inobservancia del principio de planeación.

Dichos fallos, que tienen como protagonistas principales a los consejeros de Estado Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Enrique Gil Botero, han despertado especial interés entre académicos y doctrinantes. En estas providencias se discute la posibilidad de la declaratoria de

nulidad absoluta del contrato estatal por objeto ilícito cuando la Administración desconoce el principio de planeación propio de la actividad contractual. Hemos notado que una parte considerable de doctrina ha centrado la discusión en el carácter de los principios como mandatos de optimización y si a partir de estos conceptos jurídicos, de naturaleza abstracta y general, es posible derivar la declaratoria del objeto ilícito.

Sin embargo, consideramos que el debate debería centrarse más en la concepción del objeto contractual y en particular del objeto ilícito dentro de la disciplina del derecho administrativo contemporáneo, que en la discusión frente a los principios. La primera sección de este trabajo se enfocará en explorar el concepto de los principios como concepto jurídico, en el marco del Estado Social de Derecho.

Inicialmente describiremos la evolución del concepto “principios generales del derecho” en su concepción contemporánea, a partir de autores como Ronald Dworkin y Robert Alexy, hasta su rol en el Estado Social de Derecho actual, con la finalidad de demostrar que los principios, al menos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, son normas de fundamental importancia, que establecen deberes o parámetros de conducta generales a la Administración y que, consecuentemente, su vulneración podría llevar a la declaratoria de nulidad por objeto ilícito.

## **2. Aclaración conceptual: ¿De qué hablamos cuando hablamos de principios generales del derecho?**

Al abordar las problemáticas dentro de la línea jurisprudencial objeto de estudio, observamos preliminarmente que gran parte de las críticas realizadas al razonamiento del Consejo de Estado se originan en la aplicación del principio de planeación, norma que por un

lado es de carácter amplio, abstracto e indeterminado y por el otro no está consagrada directamente en el ordenamiento jurídico como fundamento de derecho para la declaratoria de nulidad del contrato estatal por objeto ilícito.

La preocupación que hemos observado parte inclusive del propio texto constitucional en el artículo 230, donde se establece que los principios generales del derecho son fuente auxiliar de la actividad judicial. (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 230). ¿Cómo es posible entonces, a partir de una norma que el propio texto constitucional caracteriza como fuente auxiliar, declarar la nulidad absoluta del contrato estatal por objeto ilícito?

Para dar respuesta a esta interrogante, consideramos necesario un estudio detallado sobre la naturaleza de los principios dentro de la teoría general del derecho, del ordenamiento colombiano y en la disciplina del derecho administrativo. Preliminarmente afirmamos lo siguiente: la aplicación de los principios dentro de la práctica judicial colombiana ha ido más allá de lo establecido en el artículo 230 constitucional y se han convertido en verdaderos parámetros imperativos de conducta, vinculantes para todos los actores dentro del sistema jurídico colombiano.

Inicialmente debemos advertir que, dentro del rastreo doctrinario realizado para el desarrollo del presente trabajo, encontramos que dentro de la teoría general del derecho no existe una definición clara del concepto de principios, ni consenso frente a sus funciones dentro de un ordenamiento jurídico. Sumado a esto, encontramos que se hace referencia a los términos “principios”, “principios generales del derecho”, “principios jurídicos”, entre otros, sin una clara distinción teórica común entre los autores. Autores como Estrada Vélez (2016) argumentan que

el concepto de principios generales del derecho es polisémico, en tanto se ha abordado desde distintas perspectivas, predominando el iusnaturalismo y el iuspositivismo. (p.50-51).

Consideramos que estas distinciones entre tipos de principios tienen una importancia fundamental, toda vez que hacen referencia a las distintas funciones y alcances de los principios que integran un ordenamiento jurídico, a saber: si se tratan de normas extra sistemáticas o parte del sistema jurídico positivo, criterios auxiliares de interpretación o criterios esenciales, normas de carácter constitucional o de otro nivel de jerarquía en el ordenamiento, entre otros. Se buscará, consecuentemente, mantener una claridad conceptual frente a qué nos referimos cuando hablamos de los principios a partir de sus características y no de su denominación.

### **3. ¿Qué son los principios generales del derecho? Concepto contemporáneo de la figura.**

Dentro de la teoría general del derecho, la concepción contemporánea del concepto de principios o principios generales del derecho se atribuye a las obras de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Los autores se centran en determinar la distinción entre principios y reglas, como tipos de normas que se diferencian en forma tanto cualitativa como cuantitativa.

Dworkin (1977) expone su teoría en la obra *Taking Rights Seriously*, donde narra que en los tribunales se encontraban dificultades para resolver ciertos procesos por inexistencia de una norma que regulara la situación fáctica particular o porque, existiendo una norma, esta no llevaría a un resultado satisfactorio. Estos casos son denominados por Dworkin como “casos difíciles”.

Frente a este tipo de casos, la teoría del derecho ha planteado distintas respuestas, entre estas la denominada discrecionalidad judicial, la cual consiste en la facultad de decisión libre del

juez cuando se encuentra frente a un caso difícil. Dworkin es crítico respecto a esta idea, planteando dos argumentos: primero, que el juez actúa claramente como legislador cuando hace uso de la discrecionalidad judicial, vulnerando la separación de poderes base del Estado de Derecho, y segundo, que el juez en uso de la discrecionalidad crea una norma nueva que aplica de forma retroactiva a unos hechos que ya ocurrieron.

Como lo establece Dworkin, ambas críticas se solucionan admitiendo que el derecho consiste no solo en un conjunto de normas positivas sino también en principios, que funcionan de una manera distinta a las reglas. Las reglas se aplican a través de una lógica de todo o nada, mientras que los principios funcionan como líneas directrices que el juez debe tener en cuenta a la hora de decidir. Además, los principios no pueden identificarse con la norma de cierre del sistema positivo, es decir, su validez no está condicionada a la norma de cierre del sistema. En otras palabras, los principios son, para Dworkin, normas extrasistemáticas. (p. 146-208)

En este sentido, Dworkin tiene una perspectiva iusnaturalista de los principios. Otros autores, como Riccardo Guastini, tienen una visión diferente del papel que deberían tener los principios en el ordenamiento jurídico. Guastini (1999) considera que la identificación de los principios no es una cuestión teórica ni filosófica sino un problema de derecho positivo. Determina como verdaderos principios los que se derivan de preceptos normativos, identificando, por un lado, los que son caracterizados expresamente como principios en la norma y, por el otro, los que son tales en virtud de una valoración del intérprete. No reconoce, finalmente, a los principios extrasistemáticos como verdaderos principios como sí lo hacen autores como Dworkin. (p.39-40)

Dworkin además caracteriza a los principios, en contraposición a las reglas, como normas que no siguen una lógica subsuntiva: en un caso donde dos principios choquen, el juez debe considerar el peso relativo de cada uno de ellos y ponderar. En contraste, si se tratase de normas tipo regla, solo una de ellas podría ser válida. (Dworkin, 1995, pp 61-101)

Un ejemplo de esto es el famoso caso *Riggs vs Palmer* en Estados Unidos. En este caso, un hombre, para obtener la herencia de su abuelo, lo asesina. El juez, al observar las normas positivas, encuentra que el testamento es perfectamente válido y ninguna norma impide que el nieto herede, sin embargo, en virtud del principio de que nadie puede aprovecharse de su propia culpa, decide que el nieto quedará desprovisto de la herencia. (Dworkin, 1995, pp 61-101).

Por su parte, Robert Alexy (1993) aborda la problemática en su obra “Teoría de los derechos fundamentales”. Define los principios como normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades reales y jurídicas existentes. Para hacer referencia a este concepto utiliza el término mandatos de optimización y afirma que los principios pueden cumplirse en diferente grado, dependiendo de las condiciones reales y jurídicas. (pp. 81-104)

La distinción fundamental entre reglas y principios se centra en que los conflictos entre reglas solo pueden solucionarse declarando una norma como inválida de las dos o excluyendo su aplicación; mientras que, con los principios, bajo ciertas circunstancias del caso concreto, uno precede al otro, sin que por ello el otro pierda su validez o deje de pertenecer al sistema. Este método es conocido como juicio de ponderación. (Alexy, 1993, pp. 81-104)

Como ejemplo, Alexy plantea el caso donde se debía decidir sobre la celebración de un juicio oral contra un inculpado con peligro de sufrir un ataque al corazón. Aquí entran en

colisión dos principios: el derecho fundamental a la vida y el deber del Estado de mantener un eficiente funcionamiento del sistema penal. Explica que el tribunal determinó que no existía una relación de primacía entre ambas normas, sino que se generaba una tensión donde uno de los principios debe ceder al otro, sin que se le considere inválido. (Alexy, 1993, pp. 81-104)

Frente a lo expuesto, planteamos que existen diferencias fundamentales entre las teorías de Dworkin y Alexy, por un lado, y lo que encontramos en el ordenamiento jurídico colombiano, por otro. Inicialmente, el ordenamiento colombiano es rico en principios en todos los niveles de jerarquía normativa: leyes, jurisprudencia, actos administrativos, códigos, etc. y se caracteriza por la positivización de la figura de los principios. Esto se contrapone con los sistemas que describen Dworkin y Alexy: los autores se centran en principios de carácter extra sistemático, no identificables con la norma de cierre del sistema jurídico, más cercanos al denominado iusnaturalismo.

Además, podemos argumentar que la práctica judicial en Colombia no limita la aplicación de los principios constitucionales a los denominados casos difíciles. Consideramos que su primacía en el ordenamiento ha causado que no sean aplicados como última opción -es decir, ante ausencia de reglas concretas que resuelvan la situación fáctica- sino como parte central del razonamiento jurídico del juez en cualquier tipo de caso. Ejemplo de esto es la aplicación de los principios constitucionales en sede de tutela.

Adicional a esto, a través de la aplicación de los principios positivos del ordenamiento colombiano, el juez parece actuar como legislador, crítica que hacía Dworkin al concepto de discrecionalidad. Es un debate que encontramos recurrente en los escenarios académicos y profesionales: la facultad del juez dentro del ordenamiento jurídico colombiano de crear derecho

en procura de la protección de los fines del Estado Social. Así mismo, el juez en estos casos crea una norma posterior a los hechos en el contexto del proceso judicial, materializando la segunda crítica que realiza Dworkin.

En conclusión, pese a que podemos describir el concepto jurídico de principios como mandatos de optimización y adherirnos a la noción de que se trata de normas que ordenan cumplir algo en la mayor medida de lo posible, consideramos que la concepción de Dworkin y Alexy es insuficiente para describir la aplicación y caracterización de los principios dentro del Estado Social de Derecho colombiano, noción que comparten, a su vez, autores como Estrada Vélez y Vidal Perdomo.

#### **4. La evolución del concepto de principios en el Estado Social de Derecho colombiano**

El cambio de paradigma frente a los principios dentro del Estado Social de Derecho puede atribuirse a distintos motivos. Estrada Vélez (2016) afirma que entre estos podemos encontrar el neoconstitucionalismo propio de la posguerra, la voluntad del constituyente de que los principios sean verdaderos límites al ejercicio del poder, la tendencia legislativa de incluirlos en la ley como normas de carácter prevalente en el ordenamiento, el reconocimiento de ellos como criterios de decisión en sentencias de casación y la importancia excepcional que adquieren en el Estado Social, conforme con la sentencia T-406/1992. (pp. 53-75)

En esencia, consideramos necesario que el significado de los principios dentro del Estado Social de Derecho mute de las nociones descritas anteriormente, en particular por las exigencias de justicia material y protección de los sujetos sometidos al régimen constitucional. El Estado Social de Derecho exige nuevas formas y tendencias de entender los conceptos fundamentales de un sistema jurídico para asegurar la consecución de los fines que se propone.

Sin embargo, encontramos problemático que el propio texto constitucional establezca en su artículo 230 que los principios generales del derecho son normas de carácter auxiliar de la actividad judicial. ¿Cómo armonizar entonces el fundamento constitucional de los principios generales del derecho en el artículo 230 de la Carta con las exigencias del nuevo marco constitucional?

Para responder a esta interrogante debemos preguntarnos a qué se refiere específicamente el artículo 230 cuando hace referencia a los principios generales del derecho. Estrada Vélez (2016) propone clasificar los principios en dos tipos: principios jurídicos y principios del derecho natural. (pp. 53-75)

Los principios jurídicos son normas que se caracterizan por ser criterios de validez material para el resto de las normas del sistema jurídico junto con los derechos fundamentales, permiten la consecución de la plenitud del ordenamiento jurídico colombiano, complementan el modelo de normas tipo regla, entre otras funciones. Estos principios pueden ser reconocidos por el constituyente y el legislador, estos son los llamados explícitos (es decir, de carácter sistemático y que se pueden identificar con la norma de reconocimiento). Pero también pueden ser reconocidos por el juez, en ejercicio de la analogía iuris, y estos son llamados implícitos. Existen otro tipo de principios, denominados principios del derecho natural, que tienen carácter moral, son extrasistemáticos y cumplen funciones auxiliares, en consonancia con el artículo 230 constitucional. (Estrada Vélez, 2016, pp. 53-75)

En este orden de ideas, el autor, para armonizar el texto constitucional con la aplicación que se le ha dado a los principios, parece afirmar que el sistema de fuentes colombiano reconoce en su artículo 230 una concepción iusnaturalista del derecho, ya que este artículo hace referencia

no a los principios jurídicos sino a los principios del derecho natural. (Estrada Vélez, 2016, pp. 53-75)

Sin embargo, consideramos que estas dos categorías no son suficientes para describir en su totalidad el fenómeno de los principios dentro del ordenamiento jurídico colombiano. En tanto la jurisprudencia ha reconocido principios que se fundamentan en otros principios de carácter positivo en el ordenamiento. Ejemplo de esto son los principios de planeación y de confianza legítima, que se derivan de los principios de economía y transparencia, y legalidad respectivamente.

Esta situación no se corresponde ni con los principios jurídicos positivos o desarrollados mediante la analogía iuris, ni con los principios del derecho natural. Por ende, es necesario añadir a la teoría presentada por Estrada Vélez una tercera categoría, la cual denominaremos principios derivados, donde encontraríamos aquellos que se han desarrollado por parte de la jurisprudencia a partir de principios existentes. En este sentido, al derivarse de principios jurídicos, tendrían una naturaleza más cercana a estos que a aquellos provenientes del derecho natural. Esto es similar a lo que Guastini (1999) denomina construcción de principios no expresos (pp. 41-42)

La caracterización de los principios dentro del ordenamiento jurídico colombiano no ha sido pacífica. Como hemos advertido en la introducción del presente capítulo, la idea de imperatividad de los principios ha sido inquietante y polémica para académicos, jueces y operadores jurídicos. Estrada Vélez (2016) reconoce que dentro del debate frente al rol de los principios en el ordenamiento jurídico colombiano han existido principalmente dos posiciones: (pp. 55-75)

La posición débil argumenta que los principios no son normas jurídicas, son normas extrasistemáticas, morales, por fuera del derecho, que solo asumen una función auxiliar frente a las normas realmente jurídicas y que solo se aplican en los casos difíciles. Ejemplos en Colombia de esta concepción son el artículo 4 de la Ley 153 de 1887 y la sentencia C-083 (1995), con ponencia de Carlos Gaviria Díaz, donde se define el concepto de principios generales del derecho.

Por su parte, la posición fuerte asume que los principios hacen parte de las normas jurídicas junto con las reglas (es decir, son normas sistemáticas), en la medida en que son parte de un proceso de inducción del mismo ordenamiento jurídico. Esta posición puede, a su vez, ser fuerte-débil, que asume a los principios como normas jurídicas, pero que solo ejercen funciones subsidiarias, como la de interpretar, integrar y crear derecho, como por ejemplo establece el artículo 230 Constitucional. También existe la concepción fuerte-fuerte, que entiende los principios como normas jurídicas que priman sobre las restantes normas del ordenamiento. (Estrada Vélez, 2016, pp. 55-75)

El autor presenta tres argumentos principales para sustentar que la posición fuerte-fuerte es la adecuada dentro del marco del Estado Social de Derecho:

Inicialmente, plantea un argumento de carácter ontológico: los principios son normas jurídicas, las más importantes del ordenamiento, que condicionan la validez de las demás normas. Consideramos problemático este argumento en tanto esto es meramente la definición de la posición fuerte-fuerte, más no una razón para determinar esta afirmación como correcta. Esto es una falacia argumentativa conocida como argumento circular o petición de principio, donde de forma indebida se repite el argumento sin llegar a demostrarlo (Parga, s.f.).

Posteriormente, plantea un argumento funcional: los principios han sido la principal motivación de la decisión de sentencias de las altas cortes. Este argumento, reposa en la práctica judicial de las altas cortes en Colombia y su facultad de establecer precedente jurisprudencial. Como ejemplo de esto, el principio de planeación en materia de contratación pública ha sido motivo de fallos por parte del Consejo de Estado, asunto que trataremos en capítulos posteriores.

Finalmente, el autor introduce un argumento lógico: por mandato del legislador prevalecen los principios sobre las demás normas del ordenamiento, como lo determinan, por ejemplo, el artículo 13 del Código Penal, 26 del Código de Procedimiento Penal, 21 de la Ley 734 de 2002, entre otros. (Estrada Vélez, 2016, pp. 55-56). Quisiéramos añadir dos anotaciones: primero, entre estas normas encontramos el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, donde se establece que todas las entidades públicas deben seguir los principios de la función administrativa, entre los cuales se encuentran los principios en los cuales se fundamenta el principio de planeación. Segundo, que esta serie de normas podrían llevarnos a inferir que el artículo 230 constitucional no hace referencia a los principios jurídicos y derivados, sino a aquellos propios del derecho natural.

Consideramos que este último argumento es sumamente interesante, pues encontramos como tendencia general que la mayoría de las normas dentro del sistema jurídico colombiano cuentan con un capítulo dedicado a los principios que rigen la materia. Sin embargo, nos preguntamos si podrían actuar como criterios de validez de las demás normas, como lo sostiene la posición fuerte-fuerte, en aquellos casos donde no se diga de forma explícita que priman sobre ellas.

La concepción y clasificación de los principios en el ordenamiento colombiano se adecuan a la realidad de la práctica judicial y a la forma de estructurarse las normas en Colombia, además de ser una concepción coherente con las necesidades y finalidades del Estado Social de Derecho. En nuestro sentir, interpretar los principios de esta forma es la consecuencia natural de la evolución de los sistemas normativos contemporáneos y de los nuevos paradigmas de la actividad judicial.

Sin embargo, consideramos que la argumentación expuesta por Estrada Vélez para sustentar su concepción de los principios no es completamente acertada. Además de lo ya expuesto, no podemos ignorar que la posición frente a los principios dentro del sistema colombiano con soporte normativo explícito es la posición débil: tanto la Ley 153 de 1887 en su artículo 4 y la sentencia C-083 de 1995 establecen que los principios dentro del sistema jurídico colombiano son normas que actúan como criterios auxiliares para la actividad judicial. Sumado a esto, el fundamento constitucional vigente en materia de principios se acerca más, como lo admite el propio Estrada Vélez, a la posición fuerte-débil.

Finalmente, consideramos que tampoco se alcanza en la sentencia T-406 (1992) un concepto claro de la función de los principios en el Estado Social de Derecho Colombiano, toda vez que esta resalta su importancia, mas no se adscribe directamente a la posición fuerte-fuerte planteada por Estrada Vélez.

Además, a diferencia de lo establecido por el autor, los principios de rango legal tienen una divergencia en su ámbito de aplicación a los principios constitucionales, en tanto los principios legales abarcan un solo conjunto de normas específico o un ámbito del derecho determinado, mientras que los constitucionales permean todo el ordenamiento.

En síntesis, a pesar de que la concepción que soporta que los principios son normas superiores, vinculantes, imperativas y centrales en el ordenamiento se adecua de mejor manera al marco del Estado Social, esta no cuenta con un soporte normativo o jurisprudencial sólido que permita esta conclusión. Este argumento se basa más en un análisis ex post de la práctica judicial colombiana y en la estructura de las normas jurídicas del ordenamiento, que en un precedente judicial o una norma concreta que así lo regule

Consideramos que dentro de la jurisprudencia aún no se ha definido un concepto claro de principios ni una clasificación de los mismos. Encontramos entonces necesario que, por vía jurisprudencial, se definan y clasifiquen los distintos tipos de principios en el ordenamiento jurídico colombiano, conforme a los mandatos y necesidades del Estado Social de Derecho.

Los principios han aumentado su influjo en el derecho colombiano porque la Corte Constitucional, a partir de una Constitución que ahonda en principios en su preámbulo y en normas que protegen libertades y derechos, apoyándose en los principios jurídicos, ha declarado la constitucionalidad o inexecutable de normas y protegido derechos fundamentales a través de la acción de tutela. (Vidal Perdomo, 2008, pp. 38-40)

Consecuentemente, dentro de la argumentación de la jurisdicción constitucional, existe una clara tendencia a la aplicación de los principios como normas de carácter imperativo. Sin embargo, surge la duda de si entonces esta concepción de los principios también existe dentro de la especialidad del derecho administrativo.

La duda nace porque, entre otras cuestiones, el derecho administrativo se establece como una materia paradigmática para lo anteriormente planteado. Por un lado, el derecho administrativo tiene una especial preocupación por la protección de las garantías ciudadanas y la

materialización del Estado Social de Derecho, finalidad que exige la aplicación de los principios como normas imperativas y, por el otro, se basa en un fuerte marco de legalidad, también como garantía de una aplicación equitativa del derecho. Esta última noción entra en conflicto con el concepto mismo de principios, por su carácter de normas abstractas, generales e indeterminadas, que el juez aplica a partir de una lógica distinta a la de las reglas. Este choque de conceptos nos lleva a preguntarnos cómo se deberían aplicar los principios en el contexto del derecho administrativo y en el marco del Estado Social de Derecho.

### **5. La fuerza normativa de los principios en el Derecho Administrativo**

Los principios generales del derecho, según Santofimio (2017), son la base ideológica del derecho administrativo, pues otorgan criterios de interpretación y aplicación de las normas. El autor afirma que el derecho no puede agotarse en la ley como lo propone la perspectiva del positivismo legalista. Para entender nuestro Estado Social de Derecho se debe acoger una visión dinámica y material del derecho administrativo, que incluya los principios y valores edificantes del ordenamiento jurídico para identificar los principios finalmente aplicables al derecho administrativo. (pp. 188-219).

En ese orden de ideas, Santofimio intenta armonizar la aplicación de los principios en la disciplina del derecho administrativo de una forma similar a como lo hacen, ya de forma general, Vidal Perdomo y Estrada Vélez. La perspectiva del derecho desde la estricta legalidad no puede identificarse con el Estado de Derecho, según Santofimio. El principio de legalidad se acerca más a un acatamiento al bloque de legalidad que recoge todos los elementos del sistema jurídico, entre estos, los principios, y no a un mero y estricto acatamiento de la ley. La concepción del Estado Material de Derecho soporta esta tesis pues “el constituyente plasmó el concepto de

"Estado de derecho" y no de "Estado legal", en donde la expresión Estado de derecho debe ser entendida en su sentido amplio y no exclusivamente desde la perspectiva de una de sus fuentes como es la ley." (Santofimio, 2017, p.188).

El argumento de Santofimio, pese a basarse en elementos observados en los autores anteriores, no describe con exactitud el fenómeno de los principios. No identificamos en su planteamiento a qué hace referencia exactamente al referirse a los principios, si a los consagrados de forma positiva en el ordenamiento o a principios de carácter extrasistemático.

No obstante, la tesis de Santofimio podría aplicarse de la misma forma a todos los principios sistemáticos del ordenamiento, tanto jurídicos como derivados. Incluso podríamos afirmar que la voluntad del constituyente para la tipificación de principios en todos los niveles y especialidades del ordenamiento jurídico, en particular el derecho administrativo, hace alusión a lo planteado por Santofimio: una visión amplia, dinámica y material de la aplicación del derecho para satisfacer las necesidades de los administrados de justicia material efectiva.

La revisión crítica de la concepción del Derecho como un "conjunto sistemático y cerrado de normas positivas", que excluye toda referencia al valor material de justicia y atiende sobre todo al legislador como operador jurídico, tuvo una evolución importante. Eduardo García de Enterría (1963) la desarrolla a partir de cuatro ideas fundamentales:

1. Los límites de los supuestos de hecho contemplados por la ley frente a la realidad variable que expone lagunas en el orden jurídico.
2. La necesidad de criterios prepositivos que tiene el intérprete a la hora de aplicar una ley positiva, atendiendo a una voluntad del legislador no pétrea sino institucionalmente valorada.

3. Que en toda decisión judicial hay necesariamente un proceso de creación del Derecho como confrontación valorativa de las normas.
4. La desvalorización social y moral de la ley que gozaba del "gran ideario ilustrado de la legalidad", pero que comenzó a ser considerada como un simple medio técnico de organización que no tiene una conexión esencial con la justicia y que puede, por su neutralidad, convertirse en una amenaza para la libertad.

Estas cuatro ideas fundamentales condujeron al mundo occidental a una concepción distinta del Derecho, menos formal y más sustancial (pp. 189-244).

El autor argumenta que el derecho administrativo, quizá mejor que cualquier otra rama de esta disciplina, demuestra la importancia de esta concepción del derecho de manera ejemplar por dos razones. La primera se refiere al carácter del derecho administrativo como rama que se desarrolla a partir de normas fugaces y contingentes. El derecho administrativo se enmarca en el campo de lo provisional, de lo revocable y lo viajero, mientras que el campo del derecho civil se caracteriza por lo perpetuo y definitivo (Hauriou, 1933, como se citó en García de Enterría, p.203). Esta característica particular del derecho administrativo parece tener tres causas.

Por un lado, el derecho administrativo tiene una cercanía intrínseca a la vida social, que es, en sí misma, dinámica, lo cual previene una formalización definitiva del derecho que rige sobre ella. Además, se trata de una rama del derecho en la que los poderes normativos de las autoridades son de un uso particularmente fácil y rápido. Por último, la provisionalidad característica del derecho administrativo también se explica por la responsabilidad que tiene la administración de atender problemas específicos, como una situación de paro o una calamidad

pública; mientras que las normas que regulan otros campos responden a situaciones generales y típicas, no particulares. (García de Enterría, 1963, p. 202 y 203)

La segunda razón que propone García de Enterría (1963) para la prevalencia especial de los principios en el derecho administrativo es que la legalidad formal en la relación entre administración y administrados no es suficiente para asegurar la libertad individual y la justicia social. Los poderes de la Administración pública deben ser aplicados bajo garantías individuales y sociales que sean efectivas y que solamente se pueden alcanzar a partir de los principios. Como establece Hans Huber, la discrecionalidad en un Estado de Derecho es el Caballo de Troya del derecho administrativo, por donde toda la estructura de este puede derrumbarse. (García de Enterría, 1963, p. 204 y 205)

A partir de este análisis se puede concluir que, cuando se está ejerciendo el poder en un Estado Social de Derecho, no es posible desarrollar el derecho administrativo como una ciencia exegética. En este sentido, los dos argumentos principales del autor parecen concentrarse en la visión normativa del derecho administrativo y en una visión relacional, enfocada en las facultades de la administración frente a los administrados. Desde ambas perspectivas se encuentra una necesidad de principios generales que rijan el actuar de la administración, por enmarcarse en normas dinámicas y cambiantes y relaciones determinadas por una fuerte discrecionalidad de las autoridades. Se encuentra, entonces, una necesidad derivada de la naturaleza misma de esta rama del derecho, que no podría practicarse sin recurrir a criterios prepositivos.

Más que en parte alguna resulta aquí evidente que sin un esqueleto de principios generales capaz de insertar y articular en un sistema operante y fluido ese caótico y en

perpetuo fieri agregado de normas, el derecho administrativo, ni como ordenación a aplicar ni como realidad a comprender, ni, consecuentemente, como ciencia, sería posible. (García de Enterría, 1963, p. 204)

Además, se halla una necesidad de la perspectiva principialista en un Estado de Derecho, analizando al derecho administrativo no solamente en sí mismo (desde su funcionalidad como ciencia aplicada), sino también como parte esencial de una institucionalidad concreta, determinada por la protección de las libertades individuales y la justicia social ante el poder otorgado a la administración.

En síntesis, encontramos que la concepción de los principios como normas protagónicas dentro de la especialidad del derecho administrativo se basa en una situación de necesidad. El protagonismo de los principios para la consecución de los fines del Estado Social de Derecho, como la protección de los derechos y garantías ciudadanas, la prevalencia del interés general, la materialización de los preceptos constitucionales, la efectiva prestación de servicios públicos, la consecución de las finalidades de la función administrativa, entre otros; no es una situación de mero capricho, casualidad o arbitrariedad. Por el contrario, es un precepto fundamental para la aplicación de esta rama del derecho en una realidad cambiante, exigente e incierta, donde la administración debe enfrentarse constantemente a las imperiosas necesidades de sus administrados.

## **6. El paradigma de los deberes: la aplicación concreta de los principios**

Establecidos los puntos anteriores, surge el interrogante de cuándo podemos determinar que se está vulnerando un principio. Por ejemplo, nos podemos preguntar lo siguiente, frente a la línea jurisprudencial que se centra en si la inobservancia del principio de planeación constituye o

no objeto ilícito por contravenir el derecho público de la nación: ¿Cómo podemos determinar cuándo se da esta inobservancia? ¿Cómo realizar este análisis a partir de conceptos abstractos, amplios y generales como los principios?

Además, dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al principio de planeación, recurrentemente se hace referencia a este como deber de planeación y no como principio. ¿Cuándo se habla de un deber necesariamente se está haciendo referencia a una norma tipo regla? ¿Son el concepto deber y el concepto principio excluyentes entre sí?

El sistema normativo está conformado por principios y reglas. Como hemos descrito anteriormente, las diferencias entre ambas figuras no se centran en su imperatividad, sino en su estructura: las reglas son de carácter cerrado, con una lógica subsuntiva en su aplicación, mientras que los principios son de estructura abstracta y abierta, y siguen una lógica de ponderación. Los deberes, conforme lo explica Oviedo (2016), imponen la realización de una conducta, de tal forma que la no realización de esta sea el supuesto fáctico de una norma cuya consecuencia es una sanción. En este orden de ideas, si analizamos el contenido de las normas tipo regla y tipo principio, encontramos que ambas pueden establecer deberes, en el sentido de que llaman a un sujeto de derecho a realizar una conducta y, de no realizarse, el ordenamiento prevé una sanción para esta inobservancia. Cuando hablamos de que una norma es imperativa, afirmamos que ella puede contener un deber. (pp. 93-105)

Tomemos por ejemplo el principio de planeación. La definición del principio de planeación, conforme a la sentencia del Consejo de Estado (2012) es la siguiente:

Se persigue que los contratos del Estado deben ser "debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público" (...) Se trata de

exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales. (Radicado 85001233100020000020201 (19730), 2012)

En la mencionada norma podemos identificar lo siguiente: (i) la imposición de un deber en cabeza de la administración pública de atenerse al principio de planeación, (ii) que dicho deber está contenido dentro de un principio que exige, en forma abstracta y general, la debida planeación de los negocios jurídicos estatales y (iii) que, pese a no encontrarse directamente en la disposición citada, en el ordenamiento se han designado distintas consecuencias a la inobservancia de la mencionada disposición. En este sentido, encontramos que el principio citado cumple con la estructura de un deber.

Dicho esto, no podemos afirmar que las categorías “principio” y “deber” sean excluyentes. Al contrario, los principios típicamente son contentivos de deberes, cuya inobservancia acarrea sanciones específicas.

Ahora bien, queda el interrogante de cuándo podemos afirmar que se da la inobservancia de estas disposiciones generales y abstractas. Inicialmente podríamos considerar que algunos principios, como el principio de planeación, contienen una mera disposición general sin verdadero valor, que se desarrolla en normas de carácter específico. Es decir, el principio actúa como una especie de esfera de contenido que se desarrolla en otras normas. Esta posición implicaría que, para fines de aplicación judicial, una norma que se denomine principio es únicamente los elementos que la componen.

El Consejo de Estado, en sentencia del 24 de abril de 2013, identifica que el principio de planeación se desarrolla en disposiciones como los numerales 6, 7, 11 a 14 del artículo 25, el numeral 3 del artículo 26 y los numerales 1 y 2 del artículo 30 de la Ley 80, el artículo 2 del Decreto 01 de 1984, así como los artículos 209,339 y 341 de la Constitución (Radicado 68001231500019980174301 (27315), 2013).

Frente a esta posibilidad encontramos dos problemáticas. La primera es que definir a un principio solamente como las normas tipo regla establecidas en el ordenamiento nos quita la posibilidad de realizar, previo a la aplicación de estas normas, un juicio de ponderación. Si el principio solamente es un enunciado general con un conjunto de reglas, esto desnaturaliza la idea del principio mismo: sería equivalente simplemente a aplicar las normas tipo regla de forma directa.

Una segunda objeción podría ser que esto implicaría ignorar la otra característica que se les asigna a los principios, en especial en el marco del derecho administrativo: constituirse como una norma de carácter amplio, precisamente para abarcar las distintas situaciones a las que se enfrenta la administración. Si afirmamos que un principio es solo una disposición general que únicamente se compone de otras disposiciones tipo regla en la ley, podría presentarse el caso en el que el juez se enfrente a la situación donde no exista una disposición que resuelva el caso concreto y se encontraría desprovisto de una herramienta para dar una solución al proceso.

Por lo tanto, el planteamiento expuesto no es el más acertado para describir el fenómeno. Nuestra propuesta podría ser que el juez u operador jurídico, a la hora de considerar la aplicación de un principio, deba inicialmente: (i) realizar un juicio de ponderación entre los principios que colisionan en la situación específica, dando mayor peso a uno de ellos. (ii) A partir de esto,

aplicar normas de tipo regla que desarrollen el principio al cual le dio mayor peso, que pueden encontrarse dentro del ordenamiento jurídico en distintos desarrollos normativos o podrían plantearse como una nueva regla creada por el juez a partir de la interpretación de la disposición general y (iii) analizar si estas normas, que tienen una lógica de todo o nada, están o no siendo incumplidas, aplicando la consecuencia que le dispone el ordenamiento jurídico. Esta aplicación sería similar a lo que Guastini (1999) denomina “concretización”. (p. 41)

En este orden de ideas, observamos que, por ejemplo, en la sentencia del Consejo de Estado con radicado 07001233100019990054601 (21489), (2012) se determina que, entre las reglas derivadas del principio de planeación, se encuentra que en los estudios previos se incluya un estudio técnico para determinar la viabilidad de la obra pública.

En abstracto, tomemos el caso hipotético de un contrato estatal donde este estudio se realice de forma defectuosa o insuficiente. El juez, a la hora de aplicar el derecho, encuentra que el principio de planeación entra en colisión con el principio de conservación del contrato estatal. Tras un juicio de ponderación, determina que para la situación concreta es debido dar primacía a la planeación contractual, por lo que procede a derivar de este principio una regla que exige la correcta realización de este estudio. El juez, al analizar las disposiciones y la situación fáctica, determina que no se cumple con dicha regla, por lo cual aplica la sanción que destina el ordenamiento.

Sin embargo, encontramos que dentro del ordenamiento jurídico existen normas catalogadas como principios que no siguen esta lógica, porque su estructura, contenido y aplicación se asemejan más a las reglas. Frente a esto, consideramos que, similar a lo planteado por Guastini (1999), la identificación de una norma como regla o principio no se basa

únicamente en su denominación, sino en factores como su estructura lógica, su posición en el ordenamiento jurídico, entre otros. Destaca además la importancia de la interpretación judicial, a tal punto de que una misma disposición podría interpretarse como regla o principio dependiendo del caso (p. 40).

En síntesis, los deberes pueden estar contenidos en una estructura normativa de principio o de regla, siendo siempre imperativos. Consecuentemente, los principios son mandatos de optimización que pueden ser deberes y, tras un ejercicio de ponderación, a través de su aplicación al caso concreto por los jueces y operadores jurídicos, de ellos se extraen normas tipo regla que son típicamente deberes sin reducirse a ellos. Estas normas tipo regla pueden existir previamente en el ordenamiento jurídico o haber sido consecuencia de la interpretación judicial del principio como norma abstracta. En este sentido, es evidente que los deberes que se deriven de los principios del ordenamiento jurídico y su aplicación a casos específicos implican un papel protagónico del juez como intérprete del derecho. Es él quien tiene el mandato de llenar de contenido las disposiciones caracterizadas como principios para dar solución a las controversias específicas a las cuales se enfrenta.

## **7. Conclusión de la primera subsección**

A lo largo de este primer capítulo, hemos intentado dar una base teórica general para comprender el fenómeno de los principios dentro del Estado Social de Derecho y la especialidad del derecho administrativo. Pese a que existen preocupaciones y argumentos en contra de las tesis planteadas, la aplicación de los principios como normas imperativas, centrales del ordenamiento, que actúan como criterios de validez de las demás normas, responde a las necesidades propias del Estado Social de Derecho. Como hemos observado, además, es una

práctica recurrente en los fallos de los Altos Tribunales y en la estructura de las normas del ordenamiento.

Sin embargo, al asumir esta postura vemos necesario distinguir entre los principios de carácter jurídico, los derivados y los del derecho natural, y definir de forma certera lo que caracteriza a cada uno. En nuestra visión, los principios jurídicos y derivados se asemejan en su imperatividad, su función validadora de otras normas, integradora del ordenamiento, entre otros; diferenciándose únicamente en su origen. Por su parte, los principios del derecho natural, de aceptarse su existencia, serían principios de carácter extrasistemático, auxiliares de la actividad judicial, entendiendo que a este tipo de principios hace referencia el artículo 230 constitucional.

No nos parece entonces descabellado ni novedoso que el menoscabo de los principios sistemáticos (los jurídicos y los derivados) pueda originar la figura del objeto ilícito. La objeción principal frente a la posibilidad de que el supuesto fáctico de la violación de un principio pueda tener la consecuencia jurídica del objeto ilícito parece basarse en que los mandatos de optimización, por su abstracción y generalidad, no deberían ser considerados como imperativos. Sin embargo, dentro de un Estado Social de Derecho, a partir de la práctica judicial en lo contencioso administrativo que reconoce la importancia de los principios como garantías y límites al poder y entendiendo que los principios pueden contener deberes, los principios en el derecho administrativo colombiano no pueden excluirse del derecho público de la nación, cuya vulneración, según el artículo 1519 del Código Civil podría derivar en un objeto ilícito.

Por ende, consideramos que el debate debe centrarse en el proceso de aplicación de los principios, pero no en el primer paso (ponderación de principios para su aplicación, como normas de carácter vinculante) ni en el segundo (concretización, es decir, establecimiento de

normas tipo regla concretas para el caso específico). El debate se debe enfocar en el tercer paso, la asignación de consecuencia jurídica, noción que encontramos en las sentencias del Consejo de Estado.

## ***Subsección II: Línea jurisprudencial sobre la nulidad absoluta por objeto ilícito por inobservancia del principio de planeación***

### **1. Introducción de la segunda subsección**

La discusión expuesta acerca de la naturaleza jurídica de los principios, la consecuencia de su inobservancia y su papel en el derecho administrativo colombiano encuentra uno de sus momentos más paradigmáticos en la línea jurisprudencial del Consejo de Estado frente al principio de planeación. En estas providencias, se emiten decisiones con enfoques diferentes frente a la declaratoria de la nulidad absoluta del contrato estatal por inobservancia del principio de planeación.

La discusión se origina en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 24 de abril de 2013, con radicado 68001231500019980174301 (27315), (2013), cuyos argumentos son reiterados a su vez en las sentencias del 13 de junio de 2013, con radicado 66001233100019990043501 (24809), (2013) y con radicado 66001233100019980068501 (23367), (2013). En estos fallos se abordan supuestos fácticos similares, pues versan sobre contratos de obra celebrados entre una entidad estatal y un particular, en los cuales la entidad contratante no adquirió previamente los terrenos para llevar a cabo las obras y, por ende, no fue posible ejecutarlos. Los contratistas demandaron a las entidades contratantes pretendiendo la

declaratoria de incumplimiento de los contratos y el reconocimiento de los perjuicios causados. Dichos procesos llegaron a la Sección Tercera en sede de apelación.

Como observamos anteriormente, el análisis relevante para la línea jurisprudencial expuesta recae en los efectos que le da el juez a la inobservancia de los principios. En este caso, la pregunta concreta que debemos realizarnos es si se da una correcta aplicación de los conceptos de objeto contractual, objeto ilícito o incumplimiento contractual en los fallos referidos, pues a partir de estas normas es que se determina la consecuencia jurídica de la inobservancia del principio de planeación.

## **2. El fallo de la Sección Tercera**

En este contexto, la Sección Tercera, a partir del artículo 365 constitucional y el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, afirma en las tres sentencias que la contratación estatal debe tener como objetivo la prestación de los servicios públicos, la cual persigue el cumplimiento de los fines sociales del Estado y debe ceñirse a los principios de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución Política (reiterados en el artículo 23 de la Ley 80). En este sentido, la contratación estatal debe realizarse observando, entre otros principios, los de transparencia y economía, los cuales dependen a su vez de la observancia de los deberes de planeación y selección objetiva (Radicado 68001231500019980174301 (27315), 2013; 66001233100019990043501 (24809), 2013 y 66001233100019980068501 (23367), 2013).

El principio de planeación ordena que los contratos del Estado no sean improvisados ni mediocres, lo cual contraría la esencia del interés general, sino bien estructurados y diseñados conforme a las necesidades del caso concreto. Este no debe limitarse a un cumplimiento de requisitos exigidos por ley, sino que exige la efectiva acción de la administración en la

contratación pública, a tal punto de incluir el seguimiento técnico al contrato e incluirse el plan de acción frente a eventos inesperados (Aponte Díaz, 2014).

La sentencia de la Sección Tercera más relevante para el análisis de esta línea jurisprudencial es la emitida por la Sala el 13 de junio de 2013 con Exp. 24809, la cual decidió sobre una controversia contractual entre la Sociedad Concreto S.A y el Instituto Nacional de Vías que recayó evidentemente sobre una falta de planeación en la etapa precontractual por parte de la entidad demandada (Radicado 66001233100019990043501 (24809), 2013).

Frente al principio de planeación que debía acatar INVIAS, la Sala expone que este principio no está consagrado directamente en la ley, sino que se extrae de los principios de transparencia y economía. La Sección Tercera desarrolla un análisis sobre qué conductas eran obligatorias en la contratación estatal a partir de este concepto protector del interés general.

La Sala además afirma que el principio de planeación vincula no solamente a la entidad estatal sino también al contratista. Argumenta que, conforme al artículo 2 de la Ley 80 de 1993, el deber de planeación también debe ser garantizado por los particulares como colaboradores de la administración, tanto dentro de la ejecución contractual para corregir los errores del Estado como evitando participar en los procesos de contratación donde se evidencie el desconocimiento de este deber (Radicado 66001233100019990043501 (24809), 2013).

En el caso concreto la entidad estatal había celebrado un contrato para la ejecución de una obra pública y llegado el momento de la celebración del mismo no había siquiera comenzado las negociaciones para la compra de los terrenos sobre los cuales se iba a ejecutar la obra, incurriendo claramente en una falta de planeación grave. La providencia, ante la gravedad de la inobservancia del deber de planeación entiende que, al hacerse evidente que el objeto del

contrato ya no podía ejecutarse, se demostró una infracción de la ley en la que incurrió no solamente la entidad contratante sino también el contratista, por haber celebrado el contrato bajo dichas circunstancias.

Es a partir de esta lógica argumentativa que la Sala concluye que, al tratarse de un caso en el que se contravienen normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que su objeto se pueda realizar y se satisfaga el interés general, el contrato bajo controversia adolece de un objeto ilícito.

El Consejo de Estado aclara, sin embargo, que no toda trasgresión del deber de planeación genera la nulidad del contrato por objeto ilícito, sino solamente aquellas fallas que hacen que se pueda observar desde la celebración del contrato: (i) que este definitivamente no podrá ejecutarse, (ii) que su ejecución depende de situaciones indefinidas o inciertas o (iii) que no se podrán cumplir con el objeto contractual en los plazos establecidos y que esto conduzca a mayores gastos para la entidad (Radicado 66001233100019990043501(24809), 2013).

Dentro de su argumentación para aplicar la figura del objeto ilícito, la Sala examina que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 establece en su numeral segundo que un contrato estatal será absolutamente nulo cuando “se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder” (Radicado 66001233100019990043501 (24809), 2013). La Sala aclara, sin embargo, que no toda transgresión de una prohibición legal cumple con la primera causal establecida, pues esta deberá ser una prohibición explícita que se encuentre dentro del régimen de prohibiciones. Una prohibición genérica o implícita podría llevar a una nulidad absoluta pero no por la causal del numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

La Sala utiliza entonces un fundamento diferente: el del derecho común. El mismo artículo de la Ley 80 dispone como regla general que la nulidad absoluta del contrato estatal puede declararse cuando se cumplan los mismos supuestos fácticos que llevan a la nulidad absoluta de un contrato en el derecho común. En consecuencia, la providencia fundamenta que el objeto ilícito se deberá declarar en el caso concreto por haberse incurrido en un acto que contraviene al derecho público, supuesto que, según el derecho común, genera dicha consecuencia jurídica (Radicado 66001233100019990043501(24809), 2013).

Finalmente, la sentencia analiza la consecuencia de esta declaratoria, que consiste en el pago de las prestaciones que se dieron en ocasión del contrato nulo solo hasta donde se reporte beneficio para la entidad contratante, conforme al artículo 48 de la Ley 80 y que, bajo esta lógica, en el caso concreto no hay lugar a ordenar restitución alguna.

La terna de sentencias que coincidieron en el concepto jurídico expuesto tuvo salvamentos de voto por parte del consejero de Estado Enrique Gil Botero, quien consideró que el precedente que generan estas sentencias es sumamente peligroso, al incrementar la rigidez del contrato estatal, prohibiendo su celebración sin antes adquirir los predios requeridos para ejecutarlo. Esta aproximación jurídica implicaría graves consecuencias prácticas, en particular frente a proyectos que son sumamente complejos.

Concluye entonces que la inobservancia del deber de planeación contractual no debe derivar en la nulidad del contrato estatal, pues, además de las consecuencias prácticas que traería este precedente, desde una perspectiva meramente jurídica, este deber se relaciona con el incumplimiento obligacional y no con la validez del contrato. El magistrado refuerza su posición

afirmando, finalmente, que el contratista no tiene por qué verse responsable y perjudicado por el desacato del deber de planeación de la entidad en la etapa precontractual.

En síntesis, esta providencia de la Sección Tercera parece escoger una lógica argumentativa relativamente simple. La Sala considera que hubo una violación al deber de planeación, en tanto se dio la infracción de varias normas legales y constitucionales y que esta inobservancia cumple con la causal de objeto ilícito determinada en el derecho común por tratarse de un acto que contraviene el derecho público y, según la cual, se debe declarar la nulidad absoluta del contrato.

Como reflexiones iniciales, encontramos dos grandes defectos en la decisión de la Sala. En primer lugar, no utiliza como fundamento de la nulidad la violación del principio, sino de otras normas que se relacionan con este deber de las entidades estatales pero que tienen estructura de regla y no de mandatos de optimización. Entre las normas citadas se encuentra el artículo 2 del Decreto 01 de 1984, los numerales 6, 7, 11 a 14 del artículo 25, el numeral 3 del artículo 26 y los numerales 1 y 2 del artículo 30 de la Ley 80. También hace referencias a otros principios contenidos en preceptos constitucionales como los artículos 209, 339 y 341, pero como fundamento del principio de planeación y no en ponderación con este.

Es decir, la Sección Tercera reduce al principio de planeación a una serie de normas tipo regla, omitiendo (al menos en el texto de la sentencia) la ponderación entre el principio y otros que afectan la actividad contractual, como lo son la protección del patrimonio público, el interés general y la conservación del contrato estatal. Como describimos anteriormente, esta aplicación del principio de planeación desnaturaliza el mismo concepto de la figura.

Podría argumentarse, sin embargo, que la limitación que realiza la Sala para la declaratoria del objeto ilícito a tres situaciones específicas (que el contrato no se pueda ejecutar, que su ejecución dependa de situaciones indefinidas o inciertas o que no se pueda cumplir con el contrato en el plazo establecido, generando mayores gastos para la entidad) surge de la ponderación del principio de planeación con otros principios como los mencionados en el párrafo anterior. Sin embargo, la Sala no afirma esto de forma explícita, ni menciona en la sentencia la realización de ponderación alguna. Observamos además que esta limitación es un ejercicio de lo descrito en la subsección anterior cuando hacemos referencia a la creación de nuevas normas tipo regla por parte del juez.

En segundo lugar, la Sala en sentencia no conceptualiza lo que es el objeto contractual del contrato estatal previo a la declaratoria del ilícito, asunto que es nuestra principal objeción frente al contenido de esta línea jurisprudencial.

La utilización de los vocablos “deber” y “principio” dentro del texto de la sentencia es una cuestión que puede generar inquietud, en particular porque el Consejo de Estado no se ha detenido a definirlos. Sin embargo, es un asunto que logramos resolver en la subsección anterior, dejando como anotación el valor que tendría una sentencia del máximo tribunal constitucional precisando estos conceptos.

La Sala, pese a afirmar que el principio de planeación es vinculante, no establece la naturaleza del principio de planeación como principio derivado de otras normas, ni si debemos interpretarlo como un principio sistemático o extrasistemático. Como expusimos anteriormente, consideramos que este, al ser un principio derivado, tiene carácter sistemático y por ende

imperatividad, sin embargo, no es un asunto que haya resuelto el máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

### **3. Fallo de tutela en primera y segunda instancia**

Posteriormente, frente a esta controversial decisión expedida el 13 de junio de 2012 por la Sección Tercera, la Sociedad Concreto S.A interpuso una acción de tutela que fue resuelta por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en primera instancia y en segunda instancia por la Sección Quinta (Radicado 11001031500020130191900, 2014 y Radicado 11001031500020130191901, 2014).

Por un lado, la Sección Cuarta se ocupó principalmente de determinar si existió defecto sustantivo en la sentencia, al examinar si el deber de planeación se instituye como principio rector de la contratación estatal, si su inobservancia tiene como consecuencia la nulidad por objeto ilícito y cuáles serían los efectos de esta declaratoria de nulidad.

Esta Sección acepta que el deber de planeación es un imperativo de la contratación estatal que vincula tanto a la entidad como a los contratistas y que esto se puede concluir a partir de una interpretación integral del ordenamiento jurídico. A partir de esta conclusión determina que en ese aspecto la sentencia demandada de la Sección Tercera no incurre en defecto sustantivo alguno (Radicado 11001031500020130191900, 2014).

Frente a la declaratoria de nulidad absoluta, afirma que esta es la máxima sanción que se puede imponer a un contrato y que, por ende, solo puede declararse por las causales expresas en la ley, las cuales son taxativas y deben interpretarse de forma restrictiva. Esta Sección, en concordancia con la sentencia que estudia, expone que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993

establece que entre las causales de nulidad del contrato estatal se incluyen las causales de nulidad del derecho común, entre ellas el objeto ilícito. Y que, conforme a los artículos 1519 y 1523 del Código Civil, el objeto ilícito se configura cuando se contraviene el derecho público de la nación o en caso de que el acto jurídico esté prohibido por la ley.

Sin embargo, la Sección Cuarta no parece objetar ni el sustento normativo del objeto ilícito ni la contravención del derecho público en el caso concreto, pero sí considera que, para poder predicar la ilicitud del objeto del contrato, lógicamente es necesario examinar el objeto contractual. En la conceptualización del objeto, tema que se estudiará más adelante, la Sala hace una aproximación somera pero necesaria, admitiendo, en principio, que el objeto ilícito es un concepto jurídico indeterminado pero que no por ello el juez debería tener completa discrecionalidad al decidir si existe o no objeto ilícito en un contrato específico.

Para aclarar este concepto acude a Ospina Fernández, doctrinante civilista, determinando que el objeto del contrato son las prestaciones contractuales. A partir de esa definición del objeto, el fallo concluye que la inobservancia del principio de planeación no configura objeto ilícito, toda vez que este principio se asocia con la etapa precontractual y no tiene relación con las prestaciones contractuales que constituyen el objeto del contrato. Sin embargo, un poco más adelante la Sala se refiere a las obligaciones como el objeto contractual y no a las prestaciones, como lo había determinado antes, y luego también parece referirse a las cláusulas del contrato como el objeto, inclusive analizándolas una a una para concluir que ninguna de ellas parece recaer en una ilicitud.

A pesar de esta confusión entre el objeto de las obligaciones, las obligaciones en sí mismas y el contenido del contrato (cláusulas contractuales), ante cualquiera de estas hipótesis la

Sala parece tener una base sólida para concluir, como efectivamente lo hace, que la planeación indebida constituye incumplimiento contractual imputable a quien incurre en esta y no una nulidad por objeto ilícito. Aclara, a su vez, que la violación al principio de planeación no puede ser una causal autónoma de nulidad absoluta y que este límite no implica la impunidad de su vulneración pues la suscripción imprudente de un contrato, según el concepto de la Sala, podría generar responsabilidad compartida, aunque no implique una afectación a la validez del contrato (Radicado 11001031500020130191900, 2014).

En consecuencia, ordena a la Sección Tercera en fallo de tutela volver a pronunciarse sobre este asunto. La segunda instancia de tutela fue fallada por la Sección Quinta en el mismo sentido (Radicado 11001031500020130191901, 2014).

Frente a estas decisiones, de forma preliminar precisamos que la Sección Cuarta y Quinta en sede de tutela aciertan a la hora de abordar la problemática, centrándose no en la aplicación de los principios como normas imperativas, sino en el objeto contractual y el objeto ilícito.

Sin embargo, encontramos que es imprecisa a la hora de determinar el objeto del contrato. La Sala, que consulta a la doctrina civil, pareció limitarse en referenciar el objeto del contrato a la etapa contractual, separándolo del principio de planeación, pero no es precisa a la hora de definir en qué consiste el objeto contractual. Además, no se cuestiona frente a la ausencia de un juicio de ponderación por parte de la Sección Tercera, con el agravante de que en instancia de tutela las Salas actuaban en sede constitucional.

#### **4. Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Exp. 24809A) en cumplimiento del Fallo de Tutela**

En la providencia de la Sección Tercera del 20 de octubre de 2014, la Sala cumple con lo ordenado por el fallo de tutela y se pronuncia nuevamente frente al mismo asunto. Sin embargo, no modifica su decisión, argumenta, en cambio, que es necesario realizar una interpretación sistemática de las disposiciones que hacen referencia al objeto ilícito. De esta forma, expone que la trasgresión de una norma imperativa o prohibición legal configura el vicio de nulidad por objeto ilícito y afirma que en esta premisa se deben incluir los principios del ordenamiento jurídico colombiano, en tanto son normas de carácter imperativo que rigen la actividad contractual del Estado (Radicado 66001233100019990043501 (24809A), 2014).

La Sala además argumenta, frente a lo expuesto en sede de tutela, que:

Finalmente, jamás debe confundirse el objeto del contrato con el objeto de la obligación puesto que el primero, el del contrato, es el derecho o interés que es materia de la regulación mediante el respectivo negocio jurídico, al paso que el segundo, el de la obligación, es la prestación que no es otra cosa que la conducta comisiva u omisiva que el deudor debe desplegar en favor del acreedor (Radicado 66001233100019990043501 (24809A), 2014).

En este sentido, la Sala considera que la declaratoria de objeto ilícito debe analizarse desde el objeto contractual y no desde la prestación, el cual debe ser identificado con el derecho o interés materia de regulación. Condena, a su vez, la visión según la cual el objeto contractual se entiende como las obligaciones creadas por el mismo (posición que, según la Sala, asume el fallo

de tutela) pues el contrato, como lo establece el artículo 864 del Código de Comercio, además de crear obligaciones, las extingue o regula.

A partir de este análisis, la Sala concluye que existe objeto ilícito en un contrato cuando se celebra en circunstancias contrarias a las mandadas por el ordenamiento jurídico, caso tal del deber de planeación. Y considera que la no identificación de un objeto ilícito en estos casos representa una confusión conceptual del objeto contractual que no debería entenderse como las obligaciones ni las prestaciones del contrato, sino como los derechos o el interés materia de regulación (Radicado 66001233100019990043501 (24809A), 2014).

## **5. Análisis jurídico de la línea jurisprudencial**

Como advertimos en la conclusión de la subsección primera de la presente sección, nos centraremos en dos asuntos fundamentales: la concepción de los principios y el uso del objeto ilícito como causal para la declaración de nulidad absoluta, que nos permitirán desarrollar con mayor profundidad el problema objeto de estudio.

Frente al primer punto, la concepción de los principios asumida por el Consejo de Estado en las sentencias que constituyen esta línea jurisprudencial no es muy clara. Se ha establecido que existen ciertos principios, como el de planeación, que no se encuentran de forma explícita en el ordenamiento jurídico, sino que se derivan de otras normas que, en el caso del principio de planeación, serían principalmente los principios de economía y transparencia.

Inicialmente consideramos que no existe claridad frente a los principios dentro del sistema de fuentes en Colombia. Como expusimos anteriormente, la importancia de una distinción adecuada de los principios recae en conocer su funcionamiento y cómo vinculan a los

sujetos sometidos al régimen constitucional. Pese a las opiniones de autores como Sandoval Peña (2015), consideramos que el principio de planeación es de carácter sistemático, pues, al derivarse de principios consagrados en la ley y su función como norma rectora de la contratación estatal, debe ser estimado como un principio de carácter sistemático y de obligatorio cumplimiento para las entidades estatales y los contratistas. La línea jurisprudencial examinada no parece presentar mayores objeciones frente al asunto (pp.4-23).

Sin embargo, encontramos que en las sentencias se realiza un esfuerzo por determinar qué es el principio de planeación y cuáles son sus fuentes normativas, pero no se halla una determinación concreta de este tipo que explique su naturaleza, qué determina la imperatividad del principio y si este es autónomo o depende de ciertos preceptos normativos.

El estudio sobre la imperatividad de los principios se evidencia sobre todo en la sentencia inicial de la Sección Tercera, porque la sentencia de tutela de la Sección Cuarta no se opone a que, a partir de una interpretación integral del ordenamiento jurídico, el principio de planeación sea un imperativo de la contratación estatal que vincula tanto a la entidad como a los contratistas, sino que critica, sobre todo, el uso de la figura del objeto ilícito en el caso concreto (Radicado 11001031500020130191900, 2014).

En este sentido, se hará una crítica enfocada en la sentencia del 13 de junio del 2013. Como se evidenció anteriormente, la aproximación de esta providencia al papel de los principios está muy enfocada en la contratación estatal y los fines del Estado que esta debe perseguir. Es a partir de esta idea que la Sala le da una verdadera importancia al principio de planeación, considerándolo esencial para la ulterior realización de los fines estatales y el interés general por ser indispensable para que el resto de los principios que rigen la actividad contractual del Estado

se puedan cumplir. Este análisis, sin embargo, consideramos es insuficiente pues no tiene en cuenta el sistema de fuentes constitucional, establecido en el artículo 230 ni el resto de los elementos planteados en la subsección anterior.

Además, queda en duda un aspecto esencial: la autonomía de este tipo de principios. Aunque la Sala se encamina hacia la concepción de un principio autónomo, al final de la providencia se apoya en otras normas que se relacionan con el principio de planeación para la declaratoria de la nulidad absoluta. Consecuentemente, como ya se estableció, la referencia al principio de planeación como autónomo pierde fuerza argumentativa y se termina entendiendo como un principio dependiente de otras normas con estructura de regla o con principios establecidos explícitamente en preceptos normativos para su aplicación efectiva.

Pese a que mencionamos que, dentro de la concretización de los principios para aplicación al caso concreto puede hacerse referencia a otras normas del ordenamiento, es preocupante la ausencia de un juicio de ponderación con otros principios que rigen la actividad contractual pública. En otras palabras, el Consejo de Estado en sentencia reduce el principio de planeación a otras normas del ordenamiento, que pensamos incluso pudo aplicar directamente.

Dicho esto, la conclusión sigue siendo similar: pese a las diferencias en la conceptualización del principio de planeación y su aplicación al caso concreto que tenemos con el Consejo de Estado, compartimos la visión planteada frente a su imperatividad. Por ende, independientemente de que el Consejo de Estado aplicase el principio a través del método que propusimos (donde eventualmente se llega a la aplicación de reglas) o lo realice haciendo referencia directa a una regla, nos debemos preguntar si la inobservancia de dicha norma específica constituye o no objeto ilícito.

En este contexto es posible diferenciar dos posiciones claras dentro del Consejo de Estado. Por un lado, la Sección Tercera considera que la consecuencia de la inobservancia del principio de planeación debe acarrear la nulidad absoluta del contrato estatal, toda vez que se trata de una norma de carácter imperativo cuya inobservancia implica contravenir el ordenamiento jurídico. En este sentido, conciben que el objeto contractual como el derecho o interés materia de regulación, y no solo las obligaciones del mismo.

Por otro lado, la Sección Cuarta y Quinta argumentan que el objeto se relaciona con las prestaciones del contrato, concepto que no se asocia con la planeación del negocio y, por ende, implicaría que la inobservancia del principio de planeación debería desembocar en la declaratoria del incumplimiento del contrato.

Según ambas posturas es claro que la discusión de si se debería declarar nulidad por objeto ilícito por vulneración de un principio en la actividad contractual no se da en torno a los principios y su aplicabilidad como normas imperativas, sino a la consecuencia de su inobservancia. Por consiguiente, es necesario entender las consecuencias jurídicas alternativas que se podrían declarar dado este supuesto. Entre ellas encontramos la nulidad absoluta por objeto ilícito y el incumplimiento contractual, siendo la primera opción congruente con lo determinado por la Sección Tercera en esta línea jurisprudencial y pudiéndose identificar la segunda con la determinación de las Secciones Cuarta y Quinta. Sin embargo, hay tesis que no caben dentro de estas dos categorías. Hay quienes, por ejemplo, consideran que la violación del principio de planeación debería derivar en nulidad absoluta, pero no por objeto ilícito. Estas perspectivas se analizarán con mayor profundidad más adelante en la investigación.

Por otra parte, la sentencia de la Sección Tercera con expediente 24809 parece usar como fundamento para la declaratoria del objeto ilícito dos puntos esenciales, uno más implícito y el otro más explícito en la providencia. El primer argumento, implícito en todo el desarrollo de la decisión, es que la falta en la planeación de las entidades y el contratista llevó a que el objeto se hiciera imposible de ejecutar, por lo que debió declararse objeto ilícito. Este hecho, aunque completamente cierto y válido, no constituye una causal de objeto ilícito, pues este concepto no se asocia con la imposibilidad de realizar el objeto contractual, sino en su contravención del ordenamiento jurídico (Radicado 66001233100019990043501 (24809A), 2014).

En segundo lugar, la Sala establece que el derecho común designa como causal de objeto ilícito todo acto que contravenga el derecho público, haciendo referencia al artículo 1519 del Código Civil. Esto, aunque pueda no ser evidente, es necesariamente falso, siendo ilógico considerar que hay una ilicitud en el objeto cuando se haya incurrido en una ilicitud durante el desarrollo, la ejecución o la liquidación del contrato. La ilicitud se debe predicar del objeto contractual y no de los comportamientos de las partes durante la etapa precontractual, contractual o poscontractual. En este sentido, debe haber un estudio riguroso de si la ilicitud recae efectivamente sobre el objeto contractual o es una realidad en el contrato que no afecta su validez, aunque cause la imposibilidad de ejecutar el objeto (Radicado 66001233100019990043501 (24809A), 2014).

Dicho esto, es evidente que, para descartar en definitiva la conclusión propuesta por la Sección Tercera en esta línea jurisprudencial, nos debemos centrar en la conceptualización del objeto contractual. Como se pudo evidenciar en la exposición de las sentencias la jurisprudencia del Consejo de Estado, la jurisdicción contencioso-administrativa no es precisa a la hora de identificar qué es el objeto contractual y el objeto ilícito, pues no distingue de forma clara los

siguientes conceptos: objeto de la obligación (prestaciones), obligaciones, interés contractual, contenido y objeto del contrato.

#### **6. Pronunciamiento del Consejo de Estado del 8 de junio de 2018.**

El 8 de junio de 2018, el Consejo de Estado, en el marco de una disputa contractual entre R.y.L LTDA y la Empresa de Comunicaciones de Bogotá, aborda tangencialmente la materia de la nulidad por planeación.

En esta oportunidad, el Consejo de Estado da un enfoque diferente al planteado en 2013, evitando completamente la discusión acerca de la ilicitud del objeto, y centrándose en los deberes específicos que se derivan de la planeación contractual. La Sala concluye que, si bien el contratista además tiene las cargas de diligencia, rigor, seriedad, previsión y sagacidad en la estructuración de ofertas públicas, el principio de planeación no puede llevarlo a suplir a la entidad contratante, actuación que no sería propia de la actividad contractual, regida por el principio de buena fe, y contrariando el principio de economía. Por ende, los errores cometidos en la etapa de planeación del contrato estatal no pueden ser imputados al contratista (Radicado 25000232600019990198801 (38120), 2018).

La Sala no hace mayores avances en este pronunciamiento; sin embargo, esta sentencia nos permite observar que el principio de planeación efectivamente vincula a las partes contratantes, solo que, en diferente grado, de tal forma que no se puede condenar o perjudicar a una de las partes contractuales por la conducta negligente de la otra.

## **7. Pronunciamiento reciente de la Sección Tercera del Consejo de Estado: una aproximación insatisfactoria al debate sobre los principios**

En el año 2021, la Sección Tercera aborda nuevamente la problemática de la planeación como causal de nulidad dentro de la controversia suscitada entre el Consorcio Barbacoas 2011, el Instituto de Desarrollo de Antioquia -IDEA y el Instituto Nacional de Vías-INVIAS.

El INVÍAS y el IDEA suscribieron un convenio interadministrativo y en ejecución de este se celebró el contrato 698 de 2011 con el Consorcio Barbacoas para el suministro e instalación de campamentos, contenedores y otros elementos para el Ejército Nacional, requeridos para la reconstrucción y pavimentación de la carretera Junín Barbacoas. La parte demandante alega que las entidades contratantes desconocieron el principio de planeación, al no entregar la información relacionada con la estructuración del presupuesto oficial del contrato, además de que solo se ejecutó el 41% de los ítems contractuales inicialmente pactados, de tal forma que el resto de la ejecución consistió en a ítems no previstos, sobre los cuales la entidad no atendió el deber de fijar el precio de los costos indirectos de común acuerdo con el contratista.

El Consorcio Barbacoas pretendió entonces que se anulara el contrato celebrado por la inobservancia del principio de planeación y, aplicando el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, se le reconociera el valor total de los ítems ejecutados, incluidos aquellos ítems no previstos inicialmente.

El Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Martín Bermúdez Muñoz, afirma en esta ocasión que el desconocimiento del deber de planeación no es causal de nulidad absoluta de los contratos estatales y, por ende, desestima la pretensión del demandante. La Sección Tercera sustenta su posición en que solo el legislador puede definir las causales de nulidad del contrato

estatal, de tal forma que la trasgresión a un principio no puede llevar a invalidar el contrato (Radicado 52001233300020140016401 (63117S), 2021).

La Sala estima que entender la inobservancia del principio de planeación como causal de nulidad del contrato estatal implica la creación de una causal de invalidez por parte del juez. Afirma la Sección Tercera que esto no es admisible, en tanto implicaría que la nulidad dependa de la interpretación y alcance que el juez otorgue al principio de planeación a cargo de la entidad. En este sentido, conforme lo establece en la sentencia, “la validez del negocio jurídico no puede estar sujeta al alcance que un juez le otorgue posteriormente al cumplimiento de un deber o un principio” (Radicado 52001233300020140016401 (63117S), 2021).

Debemos ser, particularmente, críticos de la reciente sentencia del Consejo de Estado respecto al principio de planeación. A partir de la teoría desarrollada en este trabajo de investigación, cuestionamos los siguientes aspectos en la sentencia de la Sección Tercera:

- (a) El uso inadecuado de la terminología “deber” y “principio”.
- (b) La inadecuada interpretación de la causal de nulidad invocada.
- (c) La posición asumida frente a la aplicación judicial de las normas de carácter abierto en un caso concreto.

Frente al primer asunto, el Consejo de Estado continúa utilizando los conceptos de deber y principio sin una clara diferenciación entre los conceptos, refiriéndose en distintos apartados de la sentencia a la planeación como un deber y en otros como un principio. El Consejo de Estado desperdició una nueva oportunidad para realizar un análisis profundo sobre las instituciones de norma tipo regla, norma tipo principio y deber jurídico; conceptos que consideramos claves a la hora de entender la naturaleza misma del principio de planeación o, al menos, la forma en la cual

se interpreta esta disposición para el caso concreto por el operador judicial (Radicado 52001233300020140016401 (63117S), 2021).

En segundo lugar, el Consejo de Estado interpreta de forma errónea lo dispuesto frente a la nulidad del contrato estatal por inobservancia de los principios, establecida por esta misma corporación en el año 2013 y 2014. En la presente sentencia, la Sala afirma que no es procedente la declaratoria de nulidad del contrato estatal por la inobservancia de los principios que rigen la actividad contractual, puesto que el juez no está habilitado para crear nuevas causales de nulidad del contrato distintas a las que se encuentran en la Ley (Radicado 52001233300020140016401 (63117S), 2021). Sin embargo, a través de las sentencias del año 2013 no se creó una nueva causal de nulidad, sino que se determinó que la inobservancia del principio de planeación constituía un objeto ilícito, causal de nulidad del contrato tipificada por el legislador. El debate, como hemos adelantado, se debe centrar en si se da una correcta aplicación de las figuras de objeto y objeto ilícito. La interpretación aquí presentada por parte de la Sección Tercera es un claro retroceso en el debate, en tanto se trata de un abordaje poco riguroso de los conceptos jurídicos en torno al principio de planeación.

Finalmente, la sentencia enfatiza que la nulidad del contrato estatal no puede depender del alcance que el juez otorgue a un principio (Radicado 52001233300020140016401 (63117S), 2021). No compartimos esta interpretación. Se trata de una visión que no es compatible con el sistema jurídico colombiano, dentro del marco del Estado social de derecho. Precisamente, el sistema jurídico colombiano asumió que la Ley, a partir de normas de estructura tipo regla, no podría predecir todas las situaciones de hecho a regularse, de tal forma que dotó al ordenamiento jurídico de normas con estructura abierta.

Por otro lado, y como hemos detallado anteriormente, las normas tipo principio existen como mecanismo para la protección de los intereses constitucionales y legales perseguidos por el sistema jurídico colombiano, en el caso particular siendo estos los fines de la contratación pública. Además, a partir del ejercicio de concretización, el juez puede aplicar las normas tipo principio a un caso concreto. En este orden de ideas, y como hemos expuesto previamente, los principios pueden llegar a ser la norma cuya inobservancia conduce a la declaratoria de nulidad del contrato, sin que resulte inadecuado o contrario al Estado social de derecho la aplicación de estos.

#### **8. Conclusión de la segunda subsección**

Como hemos expuesto, superado el debate respecto a la naturaleza de los principios dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la discusión debe entonces centrarse en la admisibilidad de las concepciones del objeto contractual expuestas por la Sección Tercera (es decir, la noción de que el objeto se predica de los derechos o intereses que son materia de regulación mediante el negocio jurídico) o de las Secciones Cuarta, Quinta y los salvamentos de voto interpuestos por Enrique Gil Botero (es decir, la concepción del objeto como las obligaciones del contrato).

A partir de un entendimiento adecuado del concepto del objeto contractual podremos realizar un análisis crítico acertado respecto a lo dictaminado por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo. Para este fin, y de forma similar a lo realizado por el Consejo de Estado, es necesario acudir a la doctrina del derecho civil para comprender esta institución, propia de la mencionada disciplina.

Este estudio nos permitirá hacer un análisis crítico de la línea jurisprudencial presentada frente a las consecuencias jurídicas de la inobservancia del principio de planeación y, paralelamente, responder a nuestra pregunta problema de forma más general: ¿Es jurídicamente admisible que la inobservancia de los principios del derecho administrativo constituya objeto ilícito del contrato estatal?

## **Sección II**

### ***Subsección I: El Objeto Ilícito***

#### **1. La normativa que regula el objeto contractual en el Código Civil colombiano**

A partir de las dos tendencias jurisprudenciales divergentes del Consejo de Estado, se hace evidente la necesidad de una definición concreta y clara del objeto ilícito contractual. En este sentido, se debe recurrir a la fuente primaria del derecho contractual y del concepto de objeto: el derecho civil.

Este análisis no busca reducir la discusión del objeto ilícito en la contratación estatal a la perspectiva del derecho civil de los contratos, ni desconocer las importantes diferencias que existen entre el derecho público y el privado; sin embargo, ante la necesidad de una base sólida para el desarrollo de la discusión, se debe acudir a la rama del derecho de la cual surge el concepto de objeto contractual. Se debe tener en cuenta que la misma normativa del derecho administrativo hace esta remisión al derecho privado en el artículo 13 de la ley 80 de 1993, el cual indica que los contratos que celebren las entidades estatales se rigen por derecho civil y

comercial, salvo lo especialmente regulado en aquella. Además, el artículo 44 de esta misma ley establece que a los contratos estatales les son aplicables las causales de nulidad del derecho común, entre ellas el objeto ilícito.

Inicialmente, debemos indicar que el objeto contractual y el objeto ilícito se regulan en los artículos 1502 y 1517 a 1523 del Código Civil. El artículo 1502 del Código establece como requisito para que una persona se obligue a otra la existencia de un objeto lícito. El artículo 1517 del mismo cuerpo normativo se refiere a la declaración de voluntad, estableciendo que esta última debe tener por objeto una o más cosas, que se traten de dar, hacer o no hacer. Afirma, además, que el mero uso de la cosa o su tenencia pueden a su vez ser el objeto de la declaración.

Por otro lado, el artículo 1518 del Código Civil establece que el objeto puede referirse no solo a las cosas que existen sino también a aquellas que puedan llegar a existir, siempre y cuando se determine por lo menos su género y sean comerciales. Por otro lado, si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. La posibilidad moral del objeto hace referencia a que el hecho no esté prohibido por las leyes, el orden público y las buenas costumbres.

El artículo 1519 del mismo código, por su parte, regula el objeto ilícito, estableciendo que este se presenta en todo lo que contravenga el derecho público de la nación. Lo complementan otros artículos del Código Civil, como los artículos 1520 a 1523, que imponen una serie de prohibiciones para modalidades contractuales específicas, determinando además que existe objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

Ante este articulado encontramos una dificultad inicial para determinar qué es el objeto del contrato dentro de la legislación civil, aunque parece haber mayor claridad en cuanto a la ilicitud de dicho objeto. A partir de la lectura del Código Civil evidenciamos que hace referencia a distintos conceptos a la hora de determinar qué constituye el objeto contractual; entre ellos el objeto material de la prestación, las prestaciones del contrato (conductas de dar, hacer o no hacer), entre otros. Frente al concepto de objeto ilícito, el Código Civil señala que este se presenta cuando un contrato, en su objeto, contraviene el derecho público de la nación (artículo 1519), cuando se celebra un contrato prohibido por las leyes (artículo 1523) o contrario al orden público y las buenas costumbres (artículo 1518).

## **2. Doctrina y jurisprudencia en el derecho civil frente al concepto de objeto contractual**

### ***2.1 Del objeto contractual.***

Para abordar el asunto, nos acercamos a las distintas concepciones frente al objeto contractual y al objeto ilícito expuestas por algunos autores dentro de la disciplina del derecho civil, buscando una definición que sea satisfactoria para definir dichas instituciones jurídicas, de una forma similar a como la Sección Cuarta del Consejo de Estado acudió a la doctrina para la conceptualización del objeto.

La discusión respecto a qué constituye el objeto contractual tiene además un problema de lenguaje: los términos propios de la discusión (objeto, prestación, obligación, objeto de la obligación, objeto de la prestación, entre otros) no son uniformes dentro de la doctrina y jurisprudencia colombianas, pues hacen referencia a distintos conceptos.

Por ende, decidimos acudir a Campos Micin (2019), quien, en su obra, explica las distintas concepciones del objeto contractual y el objeto ilícito. La finalidad de este ejercicio es desarrollar un lenguaje común que podamos usar para identificar y distinguir las variadas nociones del objeto contractual desarrolladas en Colombia. Este autor, a partir de un estudio sobre el objeto ilícito en los contratos de adhesión dentro del ordenamiento jurídico chileno, identificó cinco de las nociones que ha desarrollado la doctrina civilista frente al objeto del contrato. Este se ha entendido entonces como los bienes materiales o comportamientos regulados por el contrato, la prestación acordada, las obligaciones creadas, los intereses de las partes o como el contenido mismo del contrato. En este estudio el autor pretende encontrar la noción del objeto contractual que mejor se acomode a la figura del objeto ilícito.

Para mayor claridad en los conceptos que se van a utilizar, entendemos, preliminarmente, que una obligación es una relación jurídica entre dos sujetos, acreedor y deudor, donde este último queda vinculado respecto al primero para realizar una conducta. Esta conducta es lo que llamamos una prestación, también denominada el objeto de la obligación, y puede ser de dar, hacer o no hacer. El objeto de la prestación, por su parte, se refiere a la cosa material o al hecho sobre el cual recae la prestación.

## ***2.2 El objeto del contrato como el objeto de la prestación.***

En primer lugar, Campos Micin (2019) expone la noción del objeto como los bienes materiales o comportamientos invocados y regulados en el contrato. Esta definición determina al objeto del contrato como el objeto de las prestaciones debidas (p. 64).

Las críticas a esta posición, desarrolladas por autores como Ospina Fernández (2018), han argumentado que, aunque tienden a confundirse, hay importantes diferencias entre estos dos conceptos (el objeto contractual y el objeto de la prestación). Principalmente, se acude a la idea de que cada uno de estos conceptos determina su significación en momentos distintos. Por un lado, el objeto del contrato es necesario para la determinación inicial de la voluntad, es su punto de referencia externo que se convierte en un requisito para que finalmente el contrato tenga efectos jurídicos. En cambio, el objeto de la prestación se refiere propiamente al bien, comportamiento o derecho que se puede llegar a definir gracias al objeto del contrato, a la representación programática que describe ese bien, comportamiento o derecho sobre el que recaerá la prestación (p. 238).

En este sentido, el objeto contractual no se puede identificar con el objeto de la prestación debida porque esta se materializa más adelante en el contrato, pues no se refiere a la representación de lo que será el objeto de la prestación sino al bien, comportamiento o derecho. (Campos Micin, 2019, p. 65)

Esta crítica nos introduce a una de las discusiones fundamentales respecto a la identificación del objeto del contrato: determinar si el objeto del contrato debe hacer referencia a un aspecto externo, asociado a la manifestación de voluntad inicial, o si debe hacer referencia al contenido del contrato, discusión que abordaremos más adelante.

Otra de las críticas a esta noción está relacionada con la imposibilidad de determinar la ilicitud del objeto bajo esta lógica. Ospina Fernández (2018) argumenta que,

(...) para apreciar la licitud o la ilicitud del objeto de los actos jurídicos, no es necesario tener en cuenta la naturaleza de las cosas que son materia de estos (...) las cosas, en sí mismas, escapan de toda calificación jurídica o moral; es el destino que los hombres les dan y los actos que sobre ellas realizan los que pueden ser lícitos o ilícitos. (p. 244)

Finalmente, el objeto de la prestación se traduce en una cosa, hecho o derecho que no es susceptible, en sí mismo, de ilicitud. Compartimos plenamente esta crítica, y consideramos que esta no es la noción más adecuada para determinar el concepto de objeto, pese a la similitud entre esta y el artículo 1518 del Código Civil. Sin embargo, este análisis es más sencillo cuando el objeto de la prestación es una cosa, como sucede cuando la obligación es de dar, o cuando es un derecho, como en la cesión de derechos hereditarios, y se complejiza frente a los casos en los que el objeto de la prestación es un hecho, pues este parece confundirse con la prestación misma.

### ***2.3 El objeto del contrato como la prestación misma.***

Una segunda conceptualización del objeto contractual identifica esta figura ya no con el objeto de la prestación sino con la prestación misma, en la conducta concreta de dar, hacer o no hacer respecto al otro sujeto. Como adelantamos, los conceptos de prestación y objeto de las obligaciones son sinónimos.

Esta definición concibe al objeto como un mecanismo jurídico y técnico que permite materializar el interés de las partes. Sin embargo, niega la premisa de que el objeto es un elemento necesario de la estructura del contrato para que este nazca y produzca efectos, pues confunde el objeto contractual con el objeto de las obligaciones, que son un efecto del contrato y no su condición necesaria de existencia (Campos Micin, 2019, p. 66).

Ripert y Boulanger (1964) desarrollan una respuesta a esta crítica indicando que, aunque la prestación es ulteriormente el objeto de las obligaciones del contrato, esta es necesaria para su estructuración, porque sin ella las partes no hubieran pensado siquiera en formar el contrato. (como se citó en Campos Micin, 2019, p. 66)

No compartimos la crítica planteada por Ripert y Boulanger, en tanto la prestación solamente puede existir cuando ha nacido una obligación, que es por excelencia el efecto jurídico del contrato. La existencia de las prestaciones en el pensamiento de las partes previa al perfeccionamiento del acto jurídico no implica que estas existan jurídicamente. Es solamente a

partir de la celebración del contrato, que crea las obligaciones, que las prestaciones nacen en el mundo jurídico.

#### ***2.4 El objeto del contrato como sus obligaciones.***

También existe cierta tendencia a definir el objeto del contrato como las obligaciones mismas que se crean a partir del acuerdo. Sin embargo, Campos Micin (2019) admite que esta concepción tiene pocos adherentes, pues son muchas las críticas que ha recibido, principalmente vinculadas con el hecho de que las obligaciones son los efectos por excelencia de un contrato y no su objeto (p. 66-67).

Además, a esta tesis se le reprocha el haberse alejado considerablemente del interés del contrato, del punto de referencia externo de la declaración de voluntad. Un concepto más cercano al interés podría ser la prestación, pues representa el mecanismo técnico que permite satisfacer dicho interés, lo cual no es atribuible a la obligación como tal.

#### ***2.5 El objeto del contrato como la materia o interés regulado.***

La cuarta noción de objeto se refiere a la materia o los intereses regulados en el contrato. Estas son referencias externas al contrato, no como la obligación o la prestación debida. Campos Micin reconoce la ventaja en esta concepción de que permite una mayor versatilidad del

concepto de objeto contractual, pues los intereses contractuales pueden ser de muchos tipos y no limitarse a un bien, comportamiento o derecho.

Sin embargo, esta ventaja reviste, a su vez, una crítica, que encuentra en esta definición un grado de abstracción tal que no permite identificar un contenido contractual que admita la consecución del interés. Con esta definición de objeto no se logra captar ni el mecanismo técnico que satisface el interés ni la forma en la que el contrato mismo se conecta con los intereses o la materia del acuerdo (Campos Micin, 2019, p. 67).

### ***2.6 El objeto del contrato como el contenido del acuerdo.***

Por último, existe otra noción del objeto contractual que lo identifica como el contenido del acuerdo o, concretamente, el contenido dispositivo del contrato que ha sido autónomamente determinado por las partes. El objeto, en este sentido, no incluiría ni las partes del contenido del acuerdo, que son meramente enunciativas, ni lo determinado por normas supletivas o imperativas.

El autor argumenta que esta concepción del objeto es la más adecuada jurídicamente, pues admite una noción amplia del contrato que no se reduce a la creación de obligaciones sino también a todo el reglamento contractual que autónomamente desarrollen las partes. En este se podría incluir, entonces, la creación de modalidades, la asunción o renuncia de riesgos e, incluso, la renuncia de derechos (Campos Micin, 2019, p. 67-70).

A partir de lo anterior, esta última definición del objeto logra llenar el vacío de la anterior, pues delimita la forma en la que el interés contractual se conecta con el contrato. El interés, o el bien buscado por las partes, solamente se alcanza a través de la distribución de riesgos y los mecanismos que se pueden encontrar precisamente al evaluar todo el programa o el contenido del acuerdo y no solamente las obligaciones, las prestaciones o el objeto de las prestaciones que este determina.

Ante todo, el argumento a favor de esta noción, que parece ser más relevante para nuestro estudio, recae en que la identificación del objeto contractual con el contenido del acuerdo es la única definición que admite concebir la licitud o ilicitud del objeto. Así lo explica Campos Micin (2019):

(...) la única noción de objeto respecto a la cual se puede predicar licitud o ilicitud es aquella que lo concibe como el contenido de la declaración de voluntad. La tutela que el ordenamiento jurídico dispensa a toda declaración de voluntad depende de la conformidad de esta con la ley, el orden público y las buenas costumbres, siendo en consecuencia reduccionista limitar la ilicitud a las obligaciones que la declaración de voluntad se propone crear, a las prestaciones objeto de estas o al hecho o cosa objeto de aquellas. Si acaso la licitud del objeto es un requisito para la validez de una declaración de voluntad, el examen habrá de encontrar como referencia a las disposiciones realizadas por esta. (p. 69)

Además, opina que solo bajo esta noción se podría declarar el objeto ilícito de la totalidad del acuerdo, pero también se podría declarar exclusivamente la ilicitud de una cláusula o estipulación del contrato. Así como puede ser ilícito el contenido de un contrato en su integridad puede ser ilícito también el contenido de una de sus cláusulas.

Este enfoque frente al objeto permite, además, darle mayor fuerza al límite de la autonomía privada determinado por la ley, el orden público y las buenas costumbres y no confundir el examen de la ilicitud con la imposibilidad moral de un hecho. El autor determina que:

Cualquiera sea el razonamiento jurídico que permita arribar a una causal amplia y genérica de objeto ilícito, no debiesen existir dudas acerca de su pertinencia y necesidad, pues el ordenamiento jurídico no puede tutelar una declaración de voluntad que en su contenido dispositivo no respete los límites de la ley, el orden público y las buenas costumbres. (Campos Micin, 2019, p. 82)

Como ayuda práctica para entender las nociones de objeto contractual de Campos Micin, elaboramos la siguiente tabla:

Noción de Objeto Contractual	Concepto
La materia o interés regulado	Lo que buscan conseguir las partes

	ulteriormente con el contrato como medio.
El contenido del contrato	El clausulado dispositivo del contrato que ha sido autónomamente determinado por las partes.
Las obligaciones	La relación jurídica entre dos sujetos, acreedor y deudor, donde este último queda vinculado respecto al primero para realizar una conducta.
La prestación (el objeto de las obligaciones)	La conducta concreta de dar, hacer o no hacer respecto al otro sujeto.
El objeto de la prestación	Los bienes materiales o comportamientos invocados y regulados en el contrato (cosa, acción u omisión).

Ante esta visión general que nos otorga el autor, se hace necesario explorar más a fondo cuáles han sido las posturas de los doctrinantes colombianos sobre la cuestión del objeto contractual. Para este estudio se acudirá, sobre todo, a la doctrina del derecho civil y a sus desarrollos frente a los elementos del negocio jurídico. En primer lugar, se hará un recuento de las reflexiones sobre la definición del objeto contractual y en un segundo momento se desarrollará las concepciones que se tienen del objeto ilícito.

Juan Carlos Cárdena Mejía (2021) afirma que hay muchas maneras de entender el objeto del contrato desde la dogmática jurídica. Se puede concebir como la operación jurídica mirada en su conjunto, como la prestación propósito que ordena el contrato o, incluso, se podría llegar a decir que realmente el contrato no tiene un objeto, sino, simplemente, efectos (las obligaciones) (p. 152).

Cárdenas Mejía (2021) propone que, desde un punto de vista puramente teórico, se puede llamar *objeto* a tres conceptos diferentes: el objeto del contrato, el objeto de la obligación y el objeto de la prestación. Sin embargo, el autor considera que no es relevante analizar cuál de estas concepciones es la más adecuada en abstracto (como se concluyó a partir de la teoría de Campos Micin). Lo que tiene mayor peso es a cuál de ellas se refiere el Código Civil en su articulado, específicamente en el artículo 1502, que establece que el contrato debe recaer sobre un objeto lícito, y en el artículo 1517, que determina la necesidad de toda declaración de voluntad de tener por objeto una prestación de dar, hacer o no hacer (p. 153).

Concluye el autor de estas disposiciones que “en esta materia lo más apropiado es estudiar el objeto principal de las obligaciones que surgen del contrato.” (Cárdenas Mejía, 2021, p. 153) Es decir, el autor acoge como la noción más adecuada de objeto aquella que hace referencia a la prestación.

Ospina Fernández (2018), por su parte, considera que se debe distinguir entre el objeto general del contrato y su objeto específico. Mientras el objeto general del acto es la "intención abstracta de participar en la regulación de las relaciones sociales, en el ejercicio de la facultad que para ello confiere a los particulares el postulado de la autonomía de la voluntad privada" (p. 237), el objeto específico hace referencia al "contenido específico de cada acto, determinado por las regulaciones voluntarias de los agentes o, en su defecto, por las normas destinadas a completar o a suplir la voluntad deficiente o faltante, según la naturaleza del mencionado acto." (p. 237).

El autor expone que frente a la discusión del objeto contractual se debe analizar el concepto del objeto específico y no general del contrato. En este sentido, Ospina Fernández (2018) también recurre al Código Civil para dilucidar la verdadera definición del objeto específico del contrato (p. 238-239).

En principio, critica la forma en la que el Código Civil reguló el objeto del contrato sin determinar en primer lugar una noción general de lo que se debe entender por objeto específico. Identifica una confusión en el texto normativo del objeto como las prestaciones propias de las obligaciones de los contratos y, en otras ocasiones, con las cosas materia de los actos o con los actos mismos.

En conclusión, Ospina Fernández (2018) distingue tres acepciones distintas que le atribuye el Código Civil al objeto contractual en su articulado. En primer lugar, el artículo 1517 identifica al objeto contractual con el objeto de las obligaciones: dar, hacer o no hacer. La segunda acepción, que parte del artículo 1518, se refiere al objeto contractual como las cosas sobre las cuales recaen las prestaciones debidas.

La tercera acepción, por su parte, se encuentra en el artículo 1523, que parece equiparar el objeto del contrato al acto jurídico mismo. De esta forma, del artículo 1523 se deriva que podría haber ciertos actos jurídicos que son ilícitos en su conjunto, aún teniendo prestaciones y finalidades que resultan acordes al ordenamiento. Un ejemplo de esto sería un acuerdo en virtud

del cual un sujeto se obliga a pagarle al otro una suma de dinero si el segundo se abstiene de cometer un ilícito (p. 238-239).

En síntesis, Ospina Fernández (2018) concibe un objeto general, que debe entenderse como la materia o interés regulado por el contrato, y un objeto específico, entendido como el contenido contractual determinado por las partes, con la salvedad de que este último incluye también las cláusulas imperativas y supletivas, a diferencia de lo establecido por Carlos Micin. Se podría concluir, además, que todas las concepciones que identifica el autor en el Código Civil sobre el objeto contractual caben dentro de su noción de objeto específico y no de objeto general. Esto con excepción de aquella que hace referencia al acto jurídico mismo, la cual consideramos que amerita una tercera categoría.

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 9 de diciembre de 2004, reitera esta distinción en su jurisprudencia, exponiendo que hay un objeto en sentido genérico y otro en sentido específico. Sin embargo, aunque considera que el objeto en sentido genérico se refiere al querer o intención de las partes en la formación de un contrato, cuando se refiere al objeto en sentido específico, afirma que este se reduce a las prestaciones que surgen del contrato, consistentes en una conducta de dar, hacer o no hacer, y los hechos o cosas materialmente consideradas (Expediente 2206-01, 2004).

Visto así, se podría concluir que la Corte, en esta sentencia, se adhiere a tres de las nociones del objeto contractual: la que los identifica con el interés de las partes (objeto general),

la que considera que el objeto es lo mismo que las prestaciones contractuales y la que equipara al objeto contractual con el objeto de las prestaciones (objeto específico).

Fernando Hinestrosa (2015), como los autores mencionados anteriormente, también presenta las diferentes concepciones que se tienen del objeto contractual, dividiéndolas así:

1. La prestación debida o el objeto de la obligación.
2. El objeto de la prestación o la cosa debida: lo que se debe dar, hacer o no hacer.
3. El interés al que la prestación se refiere. La porción del mundo exterior útil para el hombre.
4. El compromiso asumido por las partes.
5. La función práctico-social que caracteriza al negocio específico (p. 295).

Hinestrosa (2015) considera que la discusión recae sobre si el objeto, como presupuesto de validez del negocio jurídico, es el objeto de la obligación, el objeto de la prestación o el objeto del contrato o negocio (p. 295).

Aunque el autor admite que la legislación genera esta incertidumbre, al no distinguir al utilizar el vocablo "objeto", concluye, a su vez, que son equivalentes los conceptos de "objeto" e "interés", advirtiendo la diferencia entre el objeto y los términos del contrato, que se referirían, con mayor precisión, a su contenido. Desde su concepción el objeto es externo, extrínseco al negocio, como un presupuesto del negocio que lo antecede; mientras que el contenido del negocio es la materialización del acto, el tenor de sus cláusulas y todo aquello que está escrito en él. Es así como define el objeto contractual como "el interés dispuesto, el bien, el esfuerzo, la

situación, patrimonial o no, regulada mediante el ejercicio de la autonomía..." (Hinestrosa, 2015, p. 114).

No obstante, para determinar la idoneidad del objeto, Hinestrosa (2015) afirma que el concepto, desde esta perspectiva, "(...) en últimas remite a la prestación en los negocios jurídicos obligatorios, y genéricamente, al interés o los intereses materia de la disposición." (p. 296). En este orden de ideas, para Hinestrosa (2015), a la hora de determinar la ilicitud del objeto, debemos hacer referencia tanto al objeto general como al objeto específico del contrato (al cual denomina "contenido"), contrario a lo planteado por Ospina Fernández (2018), quien se centra únicamente en el objeto específico.

Marcela Castro (2009), por su parte, considera que el objeto "consiste en el conjunto de efectos perseguidos por la voluntad, los cuales pueden comprender la creación, modificación o extinción de una relación jurídica." (p. 537). Es decir, la autora defiende una concepción del objeto referente a las obligaciones contractuales.

En síntesis, podemos encontrar en los desarrollos doctrinarios en Colombia, frente a la definición del objeto contractual, ciertas convergencias. En primer lugar, se evidencia una crítica importante a la codificación civil que no define con claridad el concepto y se contradice en su articulado con la utilización más o menos arbitraria del vocablo "objeto". Además, varios autores desarrollan las diferentes acepciones del objeto que han generado esta ambigüedad normativa.

Parece ser que, por un lado, solamente Cárdenas Mejía (2021) se inclina a aceptar que el objeto contractual se refiere al objeto de la prestación, esto es, a la cosa, acción u omisión sobre la cual recaen las obligaciones del negocio. Ospina Fernández (2018) critica directamente esta visión del objeto, considerando que, de una cosa, de una acción u omisión en sí mismas no se puede predicar la ilicitud, como sí es posible del objeto contractual (p. 244). También se evidencia un rechazo generalizado frente a la equivalencia del objeto contractual con la función social que estos podrían cumplir.

Es posible dividir en tres teorías las concepciones de los doctrinantes colombianos respecto al objeto de los contratos. Por un lado, están aquellos que asocian el concepto de objeto contractual con el derecho o interés materia de regulación, como elemento externo y previo al contrato que permite su estructuración. El principal defensor de esta teoría es Hinestrosa (2015), aunque también hacen referencia a este concepto Ospina Fernández (2018) y la Corte Suprema de Justicia (Expediente 2206-01, 2004) en su noción de objeto general del contrato.

En segundo lugar, encontramos aquellos autores que asocian el objeto contractual con el contenido del acuerdo, obligaciones, prestaciones, cláusulas, entre otros. A esta posición se adhiere Cárdenas Mejía (2021) y Marcela Castro (2009), así como Ospina Fernández (2018) y la Corte Suprema de Justicia (Radicado 2206-01, 2004), al hacer referencia al objeto específico del contrato.

Una tercera tesis, que se puede entender más como un complemento que como una tesis independiente, es aquella expuesta por Ospina Fernández (2018). El autor propone que, a pesar

de parecer una tesis contraria a la lógica, en casos excepcionales el objeto debe ser entendido como el acto mismo. Esta consideración es necesaria para justificar la ilicitud de algunos negocios jurídicos en los que el acto es ilícito en su conjunto, aunque sus prestaciones y finalidades sean lícitas; tomando como ejemplo “la convención en cuya virtud una persona se obliga a pagar a otra una suma de dinero para que esta se abstenga, a su vez, de realizar un hecho ilícito” (Ospina Fernández, 2018, p. 239).

Debemos concluir lo siguiente: no es posible en este punto del análisis, a partir de lo expuesto por los autores citados, decantarnos por una concepción del objeto contractual adecuada. Esto en tanto que el análisis de la concepción de objeto, a partir de las nociones normativas del Código Civil que lo sustentan, debe partir de un supuesto fundamental: de la concepción del objeto contractual se debe poder predicar tanto el surgimiento de la relación contractual (artículo 1502 Y 1517 CC) como la licitud o ilicitud del objeto (artículo 1519 a 1523 CC).

Sin embargo, es posible sentar una hipótesis inicial. Respecto al objeto como requisito para el surgimiento de un negocio jurídico, nos debemos acercar a una concepción del objeto contractual como el objeto general, el interés o la materia de regulación; mientras que, el análisis de la idoneidad del objeto (licitud o ilicitud) parece exigir un estudio desde la concepción del objeto específico o contenido del contrato. Para determinar si esta hipótesis es admisible jurídicamente se procederá a estudiar la institución de la licitud o ilicitud del objeto contractual.

### 3. De la ilicitud del objeto contractual

Teniendo estas concepciones básicas del objeto contractual, se procederá a analizar la construcción doctrinaria de la ilicitud del objeto, cuándo se configura y en qué normativa se soporta. Marcela Castro (2009) expone que, por un lado, el objeto ilícito se configura en los casos en los que las prestaciones del negocio son violatorias de alguna norma de orden público, pero también se puede presentar objeto ilícito en algunos eventos específicos en los que la ley prohíbe determinados contratos (p.563).

Según Fernando Hinestrosa (2015), la ilicitud de un negocio no es una simple transgresión del derecho con posibilidades de lesionar derechos individuales ajenos, sino una concreta disposición de intereses que contradicen preceptos imperativos del ordenamiento. La ilicitud del negocio tiene lineamientos propios y, en este sentido, consecuencias específicas; no se puede, entonces, abusar del vocablo “ilicitud”. El autor considera que este abuso se advierte a veces en los contratos estatales en los cuales se recurre al argumento de aquello que "contraviene el derecho público de la nación" (Hinestrosa, 2015, p. 156).

En su clasificación de las materias susceptibles de configurar el objeto ilícito, incluye los siguientes: las cuestiones relativas a la salud y a la libertad, las materias relativas a la moral sexual, el juego de suerte y azar, la recompensa por cumplimiento o incumplimiento de deberes legalmente sancionados y la utilización indebida de información (Hinestrosa, 2015, p. 335-339).

Hinestrosa (2015) aclara, además, la diferencia entre la ilicitud del objeto de la obligación, que se trata normalmente de una prestación delictiva, y la ilicitud del contrato tomado en su conjunto, cuando es contrario al orden público (art 1516 CC) (p. 334). Esto, en concordancia con las teorías de Ospina Fernández (2018), anteriormente mencionadas, destaca en casos particulares la necesidad de definir el objeto contractual como el acto jurídico mismo.

El autor entiende entonces que la única consecuencia de la ilicitud del negocio podrá ser la privación de efectos al contrato, es decir, la nulidad del acto. La nulidad es una sanción que consiste en la privación al negocio de todos los efectos que está llamado a producir, por no reunir los requisitos considerados esenciales en general y específicamente, para la figura correspondiente. Esta figura de la nulidad busca asegurar un nivel mínimo de legalidad y de moralidad en el ejercicio de la autonomía privada. (Hinestrosa, 2015, p. 708)

Marcela Castro (2009) precisa que “el objeto ilícito solo se configura cuando el pacto contraviene una disposición de carácter imperativo” (p. 563), lo cual parece ser respaldado por Hinestrosa (2015), quien considera que para la aplicación de la nulidad absoluta de un negocio jurídico se debe determinar qué se entiende por una norma imperativa. Para lo cual se debe identificar que exista: imperatividad (norma inderogable y de interés público) y una protección del interés general (que no excluye la posibilidad de tutelar a un privado trascendente). Esto podría incluir normas prohibitivas, pero también normas ordenadoras. La pregunta que surge ante esta definición es si una norma imperativa, que por serlo puede implicar la nulidad de un contrato, debe estar en una norma legal específica o si podría tratarse de una previsión general frente a todo contrato contrario a la ley (p. 752-753).

Para aclarar la respuesta a este interrogante es necesario remitirse a la distinción que hace Hineirosa (2015) entre las nulidades textuales y virtuales. Mientras que las nulidades textuales se sustentan en una norma específica e imperativa, en muchas oportunidades se aplica la nulidad a partir de cláusulas generales cuyo contenido singular corre de cuenta del juez, quien puede ir más allá para evitar la violación de principios sociales básicos. Las nulidades de este segundo tipo son las virtuales y, según el autor, son más abundantes y fluidas que las textuales. Este concepto rompe con el principio de *pas de nulité sans texte*<sup>1</sup>, que exige la existencia de una norma particular que exprese la causal de nulidad específica para que esta pueda operar en el caso concreto (p. 727-728).

Para aterrizar estas ideas al ordenamiento jurídico colombiano, Ospina Fernández (2018) recalca que para que un acto jurídico sea ilícito no se necesita que haya una prohibición especial y concreta referente a dicho acto, pues es suficiente que en el sistema exista una norma general que determine su ilicitud. El artículo 16 del Código Civil refleja esto al prohibir la derogación de disposiciones de orden público o que protejan las buenas costumbres. De ello se puede concluir que nuestro Código no acogió la concepción del orden público legal e inmutable que determina la necesidad de una prohibición de la ley para la ilicitud de un acto. Bajo esta lógica, los jueces pueden controlar los actos jurídicos que consideran lesivos para el orden público y las buenas costumbres, aunque no haya expresa prohibición legal (p. 245 y 246).

Hineirosa (2015) lo plantea así:

---

<sup>1</sup> No hay nulidad sin texto

Al tratar el problema de la ilicitud negocial se pone de relieve cómo la conducta dispositiva puede pecar por contrariedad con el ordenamiento o las buenas costumbres, ya en las cláusulas en que se vierte, ya en la cosa o servicio a que se refiere, ya por motivación descarriada, y como tales transgresiones pueden generar nulidad de plano del negocio por ilicitud del contenido, del objeto o de la motivación. (p. 333)

En este orden de ideas, debemos analizar si las concepciones del objeto ilícito estudiadas, junto con el desarrollo de la materia en el Código Civil, son compatibles con la noción de objeto como interés o materia objeto de regulación, previo y externo al surgimiento del contrato, y presupuesto indispensable del mismo.

El Código Civil en su articulado referente al objeto ilícito se dirige, de forma predominante, al contenido del contrato. Esto lo podemos observar en aquellas disposiciones que se refieren a la posibilidad moral de las prestaciones y a la prohibición de ir en contra del derecho público de la nación, al orden público y a las buenas costumbres. No obstante, se podría también predicar que estas últimas tres categorías son causales de ilicitud del objeto general (o el interés regulado). Por ende, debemos concluir que, del contenido del articulado del Código Civil, referente a la ilicitud del objeto, no es posible deducir una noción unívoca de objeto contractual.

Debemos acercarnos a las caracterizaciones que ha realizado la doctrina sobre el objeto ilícito, para decantar la noción adecuada sobre el concepto. En particular, Campos Micin (2019) argumenta que la ilicitud debe poder predicarse de una sola de las cláusulas del contrato, así

como de la totalidad de su contenido (p. 69). En este orden de ideas, la única concepción que permite esto es aquella referente al objeto del contrato como el contenido del mismo, acercándonos a una concepción del objeto, al menos desde la óptica de su ilicitud, como objeto específico. Esta visión de la ilicitud es compartida por autores como Ospina Fernández (2018).

#### **4. Conclusión de la primera subsección: ¿Objeto contractual u objetos contractuales?**

Extraer la noción de objeto, como han planteado los distintos autores consultados y la doctrina civil, implica la realización de un ejercicio interpretativo de las disposiciones del Código Civil. La ley no trae una noción clara, concisa y explícita del concepto de objeto contractual y de ilicitud, razón por la cual se explica la divergencia entre los conceptos de objeto contractual.

El objeto contractual es un concepto jurídico indeterminado. Similar a las nociones de función pública, función administrativa, servicio público, interés general, entre otras propias del derecho administrativo. Encontramos que el derecho civil, universo de lo certero y concreto, también contiene este tipo de conceptos.

Como hemos planteado, parece haber dos necesidades a satisfacer para nuestra definición adecuada del objeto contractual: (a) que este pueda constituirse de forma previa, extrínseca al

negocio jurídico y actúe como presupuesto de existencia del mismo y (b) que pueda predicarse la ilicitud del objeto, de tal forma que también pueda ser ilícita una sola cláusula contractual<sup>2</sup>.

La dificultad que encontramos, entonces, es que ni las concepciones que hacen referencia al objeto como interés o materia de regulación ni aquellas referentes a su contenido satisfacen estas necesidades por sí solas. Por ende, debemos adoptar una tesis mixta, similar a la expuesta por la Corte Suprema de Justicia y el doctrinante Ospina Fernández. Por un lado, encontramos el objeto general y, por el otro, el objeto específico.

La tesis que se plantea es que el concepto del objeto general es idóneo para predicar que el objeto actúa como presupuesto de existencia del negocio jurídico y el concepto de objeto específico permite predicar su licitud o ilicitud. En este sentido, cuando se trata de un análisis dirigido a determinar si el objeto es lícito en un contrato, se deberá estudiar si el contenido del mismo (sus prestaciones, obligaciones y clausulado) son lícitas o ilícitas y no el interés o materia reguladas por el acuerdo.

Se debe aclarar que cuando la ilicitud del objeto pueda predicarse directamente del interés perseguido, como es el caso del contrato mediante el cual se persigue cometer un homicidio a cambio de un pago. Sin embargo, en estos casos también es predicable la ilicitud del contenido

---

<sup>2</sup> La ilicitud de una cláusula puede tener como consecuencia un contrato con objeto ilícito, pero este no siempre es el caso. La ilicitud del objeto contractual que parte de la ilicitud de una cláusula dependerá de si dicha estipulación es esencial para el negocio jurídico. Un ejemplo de esta distinción se encuentra en el artículo 44 del Estatuto del Consumidor, el cual determina que “La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces.” (Ley 1480, 2011, Art. 44).

Esta aclaración será desarrollada con mayor claridad más adelante.

del contrato y sus prestaciones, como hemos planteado anteriormente, por lo cual se cumple la regla general.

Existe, sin embargo, una excepción a esta regla general. En ocasiones, como lo plantea Ospina Fernández (2018), hay objeto ilícito y este es predicable del acto mismo, aún cuando sus cláusulas y prestaciones, analizadas individualmente, sean lícitas. Un ejemplo de lo anterior es aquel contrato donde se acuerde no cometer un ilícito por una contraprestación (p. 239).

A partir de las noción de objeto como contenido del contrato aquí propuesta, debemos analizar la concepción del objeto en la contratación estatal de tal forma que podamos determinar si la definición del objeto como contenido contractual es compatible con la realidad diversa que nos presenta la contratación estatal.

## **5. Teoría del objeto ilícito en el marco de la contratación estatal**

Para la consecución de la finalidad expuesta al final del capítulo anterior, debemos observar las distintas precisiones de las altas cortes respecto al objeto de los contratos estatales, tomando como referencia las discusiones jurisprudenciales alrededor de la posibilidad de modificar este tipo de negocios jurídicos. Es así como podremos analizar si estas concepciones se asemejan a la posición asumida en la presente investigación respecto al objeto como contenido del contrato a partir de la normativa, jurisprudencia y doctrina del derecho civil.

***5.1 La Corte Constitucional: el objeto como concepto determinado por la Ley y las partes y el problema de los límites conceptuales***

En primer lugar, es preciso analizar una de las decisiones de la Corte Constitucional que más ha reflejado su postura frente al objeto del contrato en el ámbito del derecho administrativo. A través de la sentencia C-300/12 la Corte Constitucional resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra el primer inciso del artículo 28 de la ley 1150 de 2007, por vulneración a los artículos 209, 273 y 333 de la Constitución. El inciso demandado determina lo siguiente:

En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial (Ley 1150, 2007, Art. 28).

El demandante encuentra en este inciso una excepción al artículo 40 de la ley 80 de 1993, que determina, como regla general, que a un contrato estatal solamente se le puede adicionar máximo el 50% de su valor inicial, expresado en salarios mínimos, legales, mensuales, vigentes. El artículo 28, según el demandante, habilita al concesionario a ejecutar obras públicas nuevas que no se previeron en el objeto inicial del contrato, aunque estén relacionadas con este, sin que

medie un proceso de selección. En consecuencia, hay, desde su perspectiva, una vulneración al principio de igualdad, al principio de libre competencia y al artículo 273 de la Constitución, que hace referencia a la licitación pública (C-300, 2012).

Ante este fundamento de la demanda la Corte se ve en la obligación de acoger un concepto determinado del objeto contractual para poder establecer si la adición en concesiones públicas, permitida por el artículo demandado, implica la introducción de un nuevo objeto o puede constituir una simple modificación que no afecte, finalmente, la esencia del contrato.

La Sala decide que el artículo 20 de la Ley 1150 es exequible condicionalmente, considerando que pueden existir dos interpretaciones del mismo:

1. La primera entiende que la disposición demandada no permite modificar el objeto contractual adicionando obras completamente nuevas, sino únicamente complementarlo, sin que este se desfigure, para poder lograr el objeto inicial de la concesión.
2. La segunda interpretación, en cambio, concluye que el artículo abre la posibilidad de ejecutar obras nuevas que no se previeron en el objeto inicial, con el único limitante de que estas versen sobre el mismo corredor vial.

A partir de su definición del objeto y el análisis de los principios presentados, la Sala concluye que la primera interpretación es la única coherente con los preceptos constitucionales (C-300, 2012).

La visión del objeto acogida por la Corte en esta sentencia parte inicialmente de una definición formal de la figura, entendiéndolo como un elemento esencial de los contratos estatales que se define a partir de lo establecido en la ley. Particularmente parece analizar el objeto desde la perspectiva de los contratos típicos definidos en el artículo 32 de la ley 80 de 1993. En este caso, el objeto de todo contrato de concesión estaría delimitado por el numeral cuarto del artículo 32 de la ley 80, que establece una definición de esta tipología contractual enfocada en su objeto:

(..) Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público (...). (Ley 80, 1993, Art. 32)

Sin embargo, la Corte admite que la estructuración del objeto en un caso concreto no puede depender únicamente de lo que determina la ley para esa tipología de contrato, sino que en cada supuesto fáctico su definición deberá partir de cómo las partes estructuren las prestaciones en el negocio jurídico. "Esto lleva a la Corte a recordar que el objeto de un contrato debe analizarse en cada caso, a la luz de la normativa que rige cada tipo de negocio y de las cláusulas pactadas y los demás documentos que hacen parte del contrato." (Corte Constitucional de Colombia, C-300, 2012)

En este sentido, se podría concluir que, aunque la definición de la Sala parte de una estructuración legal previa del objeto según el tipo de negocio, se admite que este depende también de la voluntad de las partes que, finalmente, se manifiesta en el contenido contractual, incluyendo las cláusulas y los demás documentos.

Ahora, dentro de este análisis parece haber una incongruencia entre la definición del objeto aportada por la Corte y la conclusión a la que llega frente a la posibilidad de modificar el objeto contractual por medio de una adición. Resulta incompatible afirmar que el objeto del contrato se encuentra en su contenido (delimitado por lo establecido en la ley, las cláusulas pactadas por las partes y otros documentos del contrato) y luego indicar que una adición, que es necesariamente un cambio en el contenido del contrato, no constituye una modificación del objeto contractual.

Este punto es esencial para el desarrollo del presente trabajo de investigación y para la argumentación de la Corte, por eso resulta crítico resolverlo antes de concluir. Ante todo, debemos precisar que una visión ilimitada del objeto sería conceptualmente ilógica y prácticamente inútil. Cualquier definición adoptada deberá tener límites. En nuestro caso, al acoger una definición del objeto como contenido encontramos, como lo hizo la Corte en esta sentencia, que las fronteras son necesarias.

Por razones que hemos analizado con profundidad anteriormente, sabemos que definir el objeto como solamente las obligaciones acordadas por las partes, las prestaciones o el objeto de

las prestaciones, resulta insuficiente desde la perspectiva normativa para la aplicación del concepto de objeto ilícito aportado por el Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia. Es por esto, que una visión más amplia del objeto como el contenido del negocio jurídico se hace admisible y necesaria jurídicamente. Sin embargo, esta perspectiva y el problema expuesto por la sentencia C-300/12 arroja una pregunta ineludible: ¿Cuál es el núcleo esencial del objeto?

En nuestro concepto, el núcleo esencial del objeto podría definirse como aquella zona límite que al modificarse supondría un objeto contractual distinto. Sin la determinación de este núcleo se podría caer en el absurdo de que cualquier cambio al contenido del contrato implicara un objeto diferente. En cambio, si se determina cuál es el núcleo esencial del objeto, los cambios al contenido podrían dividirse en esenciales o accidentales; ejercicio que hace la Corte Constitucional, de manera implícita, en la decisión que estudiamos, al defender que algunas adiciones son simples “complementos” al objeto y no suponen un nuevo objeto o una obra diferente.

La respuesta a cuál es el núcleo esencial del objeto no puede ser genérica, dependerá de cada tipología contractual, de la estructura estipulada por las partes en el contrato y de la interpretación judicial de estos elementos. Un buen ejemplo de esto es el análisis que hace la Corte frente al contrato de concesión, que, aunque logra un mayor nivel de especificidad por estar estudiando una tipología contractual concreta, no puede determinar la esencia del objeto, porque no se trata de una decisión frente a un contrato específico (C-300, 2012). Sin embargo, aunque no podamos definir en abstracto cuál es la esencia del objeto contractual, sí podemos

concluir que tiene algunos elementos esenciales y otros accidentales, lo cual define un límite conceptual necesario.

***5.2 El Consejo de Estado y la Contraloría General de la República: la inmodificabilidad del objeto mediante el uso de las potestades unilaterales de la Administración***

El Consejo de Estado, por su parte, ha abordado en diversas oportunidades la problemática de la definición del objeto contractual, al delimitar la facultad de modificación unilateral del contrato estatal que poseen las entidades contratantes. La Sección Tercera, en Sentencia del 31 de agosto de 2011, aclara que la facultad de modificación de la Administración es limitada, de tal forma que debe respetar la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto; en tanto una modificación extrema puede significar un contrato diferente (Radicado 25000232600019970439001 (10808), 2011).

A la hora de fijar los límites materiales del *ius variandi*, esta Alta Corte ha afirmado que no es procedente modificar aspectos sustanciales del pliego de condiciones, incluidos entre estos el objeto del contrato estatal (Radicado 19970534601 (23966), 2012), so pena de la declaratoria de nulidad del mismo (Radicado 25000232600019971397801 (25802), 2013).

No obstante, debe considerarse que la limitación establecida por el Consejo de Estado parece ambigua. La Contraloría General de la República logra mayor claridad al definir en sede de consulta que los contratos estatales no pueden ser modificados de tal forma que se afecte su

esencia, es decir, que se conviertan en un negocio jurídico distinto, pues ya no se trataría de una modificación sino de un nuevo contrato. En este sentido, el ente de control afirma que el objeto del contrato puede ser complementado, mas no sustituido en su totalidad (Concepto 197, 2017).

En conclusión, encontramos lo siguiente: el Consejo de Estado ha tenido una línea jurisprudencial que determina la imposibilidad que tienen las entidades estatales de modificar el objeto contractual a partir del uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 80 de 1993, más no ha definido un concepto claro del objeto en este contexto. Por lo tanto, acudimos a lo expuesto por la Contraloría en el Concepto 197 de 2017 y la Corte Constitucional en la sentencia C-300/12 ya analizada para entender que, para la materia de las modificaciones del contrato estatal, el objeto del negocio jurídico: (a) ha sido entendido como contenido del contrato (aunque no sea de manera explícita) y (b) tiene a su vez un núcleo esencial, es decir, unos elementos sin los cuales se trataría de un contrato distinto; y una serie de aspectos accidentales que la entidad estatal estaría facultada para modificar, en consonancia con lo expuesto anteriormente.

## **6. Conclusiones**

La perspectiva de la jurisprudencia y de los entes de control frente a los límites a la modificación del contrato, por facultad unilateral de las entidades estatales o por común acuerdo, nos permite hacer una distinción importante para analizar el concepto del objeto como contenido del contrato. La Corte Constitucional y la Contraloría General de la República aportan un límite

al concepto del objeto, determinando que este tiene un núcleo esencial y elementos accidentales, siendo el primero inmodificable.

Esta diferencia nos permite soportar la definición del objeto como contenido contractual sin que esta implique que cualquier ilicitud en las cláusulas del contrato o documentos anexos deba llevar a un objeto ilícito y, por ende, una nulidad absoluta del negocio. Con esta aclaración, podemos definir, finalmente, que existen elementos del contenido cuya ilicitud es independiente de la ilicitud del objeto del contrato; esta es la parte del contenido que se debe considerar como el elemento accidental del objeto. Por otro lado, está el núcleo esencial del mismo, que es el contenido contractual cuya ilicitud llevaría necesariamente a un objeto ilícito del contrato.

Es importante aclarar que este no es un análisis ajeno a la teoría general del negocio jurídico. La posibilidad de declarar la nulidad o ineficacia de parte del contenido de un negocio jurídico, sin que esto implique la ineficacia o nulidad de la totalidad del acuerdo, ha sido aceptada en el derecho civil. Un ejemplo común de esta distinción se encuentra en el artículo 44 del Estatuto del Consumidor, el cual determina que “La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces.” (Ley 1480 de 2011, Art. 44).

En consecuencia, si se entiende por objeto el contenido contractual, esta disposición representaría un fundamento a la tesis de que el objeto tiene elementos accidentales que pueden ser anulados, sin que esto implique la nulidad del contrato; puesto que el núcleo esencial del objeto no se considera afectado.

Como se determinó anteriormente, no hay un criterio genérico que nos permita identificar en el contenido cuál es ese núcleo esencial del objeto, esto dependerá de cada tipología contractual, de la estructura estipulada por las partes en el contrato y de la interpretación judicial de estos elementos.

### ***Subsección II: El Objeto ilícito como consecuencia de la inobservancia de principios de la contratación estatal***

#### **1. Admisibilidad jurídica de la aplicación del concepto de objeto ilícito a la inobservancia de los principios de la contratación estatal**

El desarrollo argumentativo que se ha llevado en el presente trabajo tiende a la resolución de la pregunta problema propuesta: ¿Es jurídicamente admisible que la inobservancia de los principios del derecho administrativo constituya objeto ilícito del contrato estatal?

Desde esta perspectiva hemos estudiado los diferentes puntos clave del problema jurídico para elaborar una conclusión coherente. En primer lugar, revisamos la naturaleza de los principios generales del derecho y su función normativa en el Estado Social de Derecho colombiano, para luego adentrarnos en el alcance de la obligatoriedad de los principios en el

derecho administrativo y la aplicación de los mismos como normas imperativas de carácter abierto, a través del proceso de “concretización” que propone Guastini (1999).

Este primer estudio se enfocó en analizar la naturaleza de los principios, aplicados en un Estado Social de Derecho y en el contexto del derecho administrativo, para determinar si su inobservancia debería tener la potencialidad de ser el supuesto fáctico que genera la consecuencia jurídica del objeto ilícito de un contrato.

En este sentido, los principios en el derecho administrativo colombiano, por ser vinculantes, hacen parte del derecho público de la nación, cuya vulneración, según el artículo 1519 del Código Civil podría derivar en un objeto ilícito. En consecuencia, la vulneración de un principio, desde la perspectiva de su naturaleza normativa, podría llevar a un objeto ilícito en el contexto del derecho administrativo colombiano.

En síntesis, de esta primera parte del estudio podemos definir tres conclusiones claras:

1. Los principios son vinculantes en la contratación estatal en el Estado Social de Derecho colombiano y se pueden aplicar a los casos concretos a partir del método de concretización de Guastini (1999).
2. Los principios sistemáticos, tanto jurídicos como derivados, hacen parte del derecho público de la nación.
3. La vulneración del derecho público de la nación, según el artículo 1519 del Código Civil, podría derivar en un objeto ilícito.

Estas tres conclusiones nos permiten definir la siguiente tesis:

- A. La inobservancia de un principio en un Estado Social de Derecho y en el contexto de la contratación estatal, desde la perspectiva de su naturaleza normativa, puede constituir potencialmente un objeto ilícito.

Sin embargo, es pertinente recalcar que la tesis **A** se refiere a una mera posibilidad, no a una circunstancia necesaria. Es decir, aunque la inobservancia de un principio en la actividad contractual del Estado pueda ser el supuesto fáctico que tiene como consecuencia jurídica el objeto ilícito, esto no significa que siempre vaya a ser así. El supuesto **A** nos permite invalidar la tesis de que únicamente la vulneración de una norma tipo regla puede generar un objeto ilícito, pero no nos indica cuándo se cumplen los requisitos para que la inobservancia de un principio sea efectivamente la causa de un vicio de nulidad por objeto ilícito.

En efecto, en la actividad contractual puede haber una vulneración al derecho público de la nación por la inobservancia de un principio, pero esta no siempre recaerá sobre el objeto y, en consecuencia, sólo en algunos casos el contrato estará viciado por objeto ilícito. Un ejemplo de esto podrían ser los casos de incumplimiento contractual imputable a las entidades estatales que generalmente implican la vulneración de algunos principios; como el principio de eficacia, el de reciprocidad de prestaciones e, incluso, en algunos casos, el principio de planeación o el de transparencia. Al ser un incumplimiento del contrato y recaer sobre las actuaciones de las partes después de la contratación y su respuesta a un acuerdo establecido legalmente, no podría haber

un objeto ilícito, aunque existiera una inobservancia de uno o varios principios de la contratación estatal.

Es por esto que se ha buscado una conceptualización más rigurosa del objeto ilícito, entendiendo que, en un caso concreto, para saber si la inobservancia de un principio vicia el contrato por objeto ilícito, es necesario no solamente admitir la posibilidad de que la tipología de norma vulnerada lleve a esa consecuencia, sino también entender qué es el objeto y cuándo se considera que este es ilícito.

Para este ejercicio de investigación se tomaron inicialmente los conceptos de objeto desarrollados en el derecho privado desde su normativa, doctrina y jurisprudencia, encontrando que puede haber cinco nociones diferentes del objeto contractual: el interés regulado, el contenido del contrato, las obligaciones, las prestaciones y el objeto de las prestaciones. Concretamente, para el análisis de la ilicitud del objeto, se acogió la noción del objeto como contenido del contrato por ser la perspectiva más compatible con los artículos del Código Civil que regulan la ilicitud del objeto y con una visión del negocio jurídico que incluya las estipulaciones que determinen las partes en ejercicio de su autonomía privada, como, por ejemplo, una distribución de riesgos.

Esta perspectiva se acotó con desarrollos jurisprudenciales del derecho público de la contratación estatal, que revelaron una perspectiva interesante: el objeto como contenido contractual delimitado por una división entre el núcleo esencial del objeto y sus elementos accesorios. En cada caso concreto los operadores jurídicos deberán hacer un análisis para

dilucidar el núcleo esencial de dicho objeto, cuya ilicitud implicaría un vicio por objeto ilícito, a diferencia de la ilicitud de uno de sus elementos accidentales.

Este apartado se puede resumir en una segunda conclusión central:

**B.** Para analizar la licitud o ilicitud del objeto contractual se debe acoger la noción del objeto como el contenido del contrato (sus cláusulas, obligaciones y prestaciones) que consta de un núcleo esencial, cuya ilicitud implica objeto ilícito, y elementos accesorios, cuya ilicitud no implica objeto ilícito.

Las premisas **A** y **B**, la primera referente a la naturaleza de los principios y su aplicabilidad como referentes normativos para la declaratoria de nulidad absoluta por objeto ilícito en los contratos estatales y la segunda al concepto de objeto contractual que debería ser acogido para el análisis de la ilicitud; nos permiten dilucidar la siguiente conclusión, compuesta por una regla general y una excepción:

**Regla general:** La inobservancia de los principios puede ser el supuesto de hecho que tenga como consecuencia jurídica la declaratoria de nulidad del contrato estatal por objeto ilícito si el contenido esencial del contrato refleja dicha violación.

**Excepción:** puede haber objeto ilícito por violación a un principio que se predique del acto mismo, aun cuando sus cláusulas y prestaciones, analizadas individualmente, sean lícitas.

Un ejemplo de lo anterior es aquel contrato donde se acuerde no cometer un ilícito por una contraprestación.

Respondemos entonces afirmativamente a la pregunta de si es jurídicamente admisible que la inobservancia de los principios del derecho administrativo constituya objeto ilícito del contrato estatal, en el entendido de que la inobservancia debe recaer sobre el contenido esencial del contrato (teniendo siempre en cuenta la excepción propuesta).

Un caso concreto que nos puede ayudar a entender esta respuesta es una sentencia reciente del Consejo de Estado, que fue expedida el 23 de abril de 2021. Esta providencia declara la nulidad absoluta por objeto ilícito de un contrato por incluir en su contenido disposiciones contractuales que fijaban sobrepuestos y vulneraban, en consecuencia, el principio de conmutatividad. En este caso se aplica la regla general presentada: se trata de una violación a un principio sistemático de la contratación estatal (la conmutatividad) que se encuentra en un elemento del contenido esencial del contrato (el precio) y que implica, según el artículo 1519 del Código Civil, una ilicitud en el objeto contractual (Radicado 5000233600020120049401 (50317), 2021).

Será útil también estudiar, a la luz de las conclusiones acogidas, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la nulidad absoluta por objeto ilícito como consecuencia de la inobservancia del principio de planeación.

## 2. Análisis del caso concreto

### *2.1 Conclusión del análisis de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la nulidad absoluta por objeto ilícito por inobservancia del principio de planeación (2013-2014)*

El análisis de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la nulidad absoluta por objeto ilícito por inobservancia del principio de planeación es, para la presente investigación, una oportunidad para aplicar la tesis expuesta a un caso concreto.

Como hemos afirmado, la problemática tiene dos etapas de análisis. La primera está enfocada en determinar si el principio de planeación en general hace parte del derecho público de la nación y si su inobservancia podría generar, en consecuencia, un objeto ilícito. Y la segunda está dirigida a definir si la inobservancia del principio de planeación en el caso concreto recae sobre el objeto del contrato. La discusión entre las salas del Consejo de Estado se centra en la segunda etapa del análisis, orientándose hacia un estudio respecto al objeto del contrato y dando por sentado que el principio de planeación es una norma vinculante para las partes del contrato estatal.

Desde esta perspectiva, encontramos inicialmente una aplicación indebida del concepto de objeto contractual por parte de las distintas secciones de la alta corte. La Sección Tercera hace clara referencia al objeto general de los contratos, mientras que las secciones Cuarta y Quinta aluden al objeto específico. Pese a citar a la doctrina civilista, las secciones no fueron precisas a la hora de entender la teoría del objeto contractual, toda vez que comprendieron al objeto general y al objeto específico como entidades que se excluyen entre sí, cuando son complementarias y sirven distintas funciones dentro de la teoría del negocio jurídico.

El remedio que encontramos a esta falta de precisión fue un estudio más profundo del objeto ilícito que desembocó en la conceptualización del objeto desde dos perspectivas. (a) Como objeto general para predicar que el objeto actúa como presupuesto de existencia del negocio jurídico y (b) como objeto específico para la determinación de su licitud o ilicitud. Como se dijo anteriormente, cuando se trata de un análisis dirigido a determinar si el objeto es lícito en un contrato, se deberá estudiar si el contenido del mismo (sus prestaciones, obligaciones y clausulado) son lícitas o ilícitas y no el interés o materia reguladas por el acuerdo.

Determinar que para el estudio de licitud del objeto se debe entender al objeto contractual como el contenido del acuerdo, nos permite llegar a la conclusión de que si la violación al principio de planeación no se logra identificar en el contenido del contrato (sus obligaciones, prestaciones y cláusulas) no es posible que se constituya un objeto ilícito. En este sentido, solamente cuando se presente la violación del principio por una conducta que se vea reflejada en el contenido contractual (por ejemplo, que las partes pacten directamente no realizar el estudio de suelos en un contrato de obra pública) hablaríamos de un objeto ilícito.

Si se viola el principio de planeación, pero este vacío no se ve reflejado en la cláusulas del contrato se llegaría a consecuencias jurídicas distintas al acaecimiento del objeto ilícito. Este es el caso de la línea jurisprudencial citada, en el cual la entidad pública es clara en que es necesario obtener los terrenos para la ejecución de las obras materia de la contratación, pero omite hacerlo. La Sección Cuarta y Quinta aciertan entonces en que, a la hora de examinar la existencia de un objeto ilícito, no encuentra en ninguna cláusula del contrato estatal ilicitud alguna, sino que detectan el incumplimiento de las obligaciones propias de la entidad estatal.

La inobservancia del principio de planeación podría acarrear otro tipo de sanciones a los funcionarios públicos que, a partir de su conducta omisiva, desconocieron lo ordenado por este principio, mas no siempre conduce a la ilicitud del objeto contractual. No en todo caso que se presente una transgresión de lo ordenado por este principio se debe llegar al objeto ilícito.

En este sentido, parece más cercana a una conclusión admisible aquella expuesta por la Sección Cuarta (Radicado 11001031500020130191900, 2014) y Quinta (Radicado 11001031500020130191901, 2014) del Consejo de Estado, que hizo un análisis de las prestaciones del contrato estatal y de su contenido para determinar que se presenta un incumplimiento obligacional que lleva a la responsabilidad contractual del Estado.

## *2.2 Consecuencias jurídicas alternativas*

Como se dijo anteriormente, es posible diferenciar dos posiciones frente al problema abordado en esta línea jurisprudencial. Por un lado, están aquellos que consideran que la consecuencia de la inobservancia del principio de planeación debe ser la nulidad absoluta del contrato estatal y por el otro están quienes argumentan que debería desembocar en la declaratoria del incumplimiento del contrato.

Hay algunos autores, como Sandoval Peña (2015), que acogen la primera postura, pero niegan que la nulidad absoluta debería ser por objeto ilícito. Consideran que la violación del principio de planeación debería derivar en nulidad absoluta porque es necesario que esta inobservancia tenga una consecuencia clara (p. 20).

Sandoval Peña (2015) propone que es necesario acudir a otras causales de nulidad absoluta, en particular a la nulidad por desviación de poder, pues considera que se emplearon las atribuciones de una autoridad administrativa para alcanzar fines distintos a los establecidos por el ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, según el autor, proyectar un contrato que al final no se pueda ejecutar por falta de planeación implica la aplicación de esta figura, toda vez que la administración actúa dirigiéndose no a lograr la correcta ejecución del contrato, sino a impedir los fines de la contratación (p. 22).

La desviación de poder es una causal de nulidad absoluta del contrato estatal según el numeral tercero del artículo 44 de la ley 80 de 1993. El Consejo de Estado la ha definido

(...) como aquella función administrativa que ejercida por un servidor público se dirige a favorecer los intereses de un tercero o de sí mismo, dejando de un lado el cumplimiento de las finalidades estatales para las cuales se le otorgaron determinadas competencias en ejercicio de la actividad contractual (...) (Radicado 25000232600020020224001 (29473), 2015).

En contraste, se percibe que Sandoval Peña (2015) propone una conceptualización excesivamente amplia de la desviación de poder. Desde dicha perspectiva esta causal de nulidad podría ser aplicada a cualquier negocio en el que haya un incumplimiento por parte de la Administración Pública, pues sería sencillo considerar que la actuación se opone a la eficacia del negocio jurídico.

Las faltas de las entidades públicas en su actividad contractual en ocasiones evitan que se alcancen los fines de la contratación estatal y esto no debería implicar automáticamente que exista una desviación de poder. No puede ser suficiente demostrar una falla de la Administración para que exista desviación de poder y, en el caso que está siendo analizado, no se demuestra que se haya perseguido un fin diferente al mandado por la ley. En consecuencia, esta sanción no es admisible.

En el estudio de esta línea jurisprudencial hay una preocupación recurrente de la doctrina que teme que la falta de planeación quede impune si se considera que esta no debería tener como consecuencia la nulidad absoluta. Sin embargo, tal y como lo determina la Sección Cuarta, la

suscripción imprudente de un contrato podría generar responsabilidad de una o ambas partes, aunque no se afecte la validez del contrato mismo (Radicado 11001031500020130191900, 2014).

Hay múltiples consecuencias que podría tener la vulneración de un principio de la contratación estatal, por fuera de la nulidad absoluta de un contrato, que pueden ser aún más disuasivas y que no afectarían el interés general como si lo hace la declaratoria de nulidad absoluta. Entre ellas están las sanciones disciplinarias, fiscales y penales, y la responsabilidad por incumplimiento contractual.

El incumplimiento contractual no es en sí mismo una sanción, claro está, pero sí es un posible resultado de una falta de planeación que implica diferentes sanciones según el caso. Cuando una de las partes no cumple de manera completa, sin defectos y oportuna con sus obligaciones y además este incumplimiento le es imputable existe un problema que no tiene nada que ver con la validez del contrato sino con su ejecución, pues su configuración se da en la etapa contractual.

En el caso que nos compete la violación del principio de planeación implica precisamente eso, un incumplimiento de la entidad estatal que evita la ejecución satisfactoria del negocio. Equiparando al objeto contractual como contenido encontramos que la falta de planeación no se refleja en ninguna de las estipulaciones del contrato. Así lo corroboró la Sección Cuarta en su análisis, revisando cada una de las cláusulas pactadas y concluyendo que ninguna de ellas

parecía desvelar una ilicitud por inobservancia del principio de planeación (Radicado 11001031500020130191900, 2014).

La Sección Cuarta lo explica de una forma muy clara en la sentencia de tutela:

No necesariamente la violación del principio de planeamiento conduce a la nulidad por objeto ilícito. Lo sería sí, luego, al pactar las cláusulas estas resultan ilícitas y si dicha ilicitud vendría a ser la consecuencia del desconocimiento del principio de planeamiento. Cosa que no se demostró en el caso de autos. Si esas obligaciones no se pudieron cumplir en los plazos inicialmente acordados por falta de previsión o por fallar al deber de planeación, en lo que atañe a la adquisición de predios necesarios para la obra, lo que se revela es un caso de incumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato (...). (Radicado 11001031500020130191900, 2014)

En conclusión, en el caso concreto el análisis del contenido del contrato descarta la posibilidad de que exista un objeto ilícito, permite al observador decantarse por un incumplimiento contractual por parte de la entidad estatal que no logró cumplir con la adquisición de los predios necesarios para la ejecución de la obra y el cumplimiento de las obligaciones de ambas partes. Esto mantiene la validez del contrato intacta, pero compromete la responsabilidad patrimonial de la Administración si se prueba un daño antijurídico causado al contratista.

Este caso nos sirve para reforzar la teoría general expuesta en esta investigación pues se observa que, aunque la violación del principio de planeación tiene la potencia de conducir a la nulidad por objeto ilícito como norma de obligatorio cumplimiento, no siempre lo hace. Este es el caso solamente en los contratos cuyo contenido manifiesta una ilicitud. Las actuaciones de las partes que contrarían el principio de planeación, aunque implica una vulneración del derecho público de la nación, no conlleva un objeto ilícito cuando estas actividades no reflejan su ilicitud en obligaciones, prestaciones o cláusulas contractuales.

### ***2.3 ¿Una concepción amplia del objeto ilícito en el marco del derecho administrativo?***

Se podría analizar, a la hora de revisar estas sentencias, la posibilidad de que el derecho administrativo y la contratación estatal acojan una interpretación propia del concepto de objeto contractual y objeto ilícito, que permitiese su declaratoria por la inobservancia del principio de planeación en cualquier circunstancia, fundamentada en los fines que persigue la administración pública y la contratación estatal.

No obstante, no compartimos esta visión. Contrario sensu, debe darse una aplicación restrictiva que busque proteger el (a) el interés general y (b) el contrato estatal, a partir del principio de conservación del contrato. Estudiaremos sumariamente estas figuras.

Ambas figuras, como indica la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en la sentencia del 5 de julio de 2016, buscan que la contratación estatal se oriente hacia los fines

estipulados en la ley y la Constitución. El principio de conservación del contrato estatal ordena que, no obstante, puedan presentarse imperfecciones en el curso de la ejecución del contrato, a las partes, que tienen interés en mantener vigente el negocio, se les impone el deber de hacer lo necesario para que el objeto contratado se cumpla, a partir de la aplicación de los mecanismos y procedimientos pertinentes para resolver las situaciones que se presenten. Esto, como afirma la Sala, sin desconocer el principio de legalidad que rige la actividad de la administración (Radicado 11001030600020160000100 (2278), 2016).

El interés general, por su parte, es un concepto jurídico abstracto, que se define en cada caso concreto en el cual se aplicará, teniendo como disposición central que este prevalecerá sobre el interés particular (Corte Constitucional de Colombia, C-053 de 2001). El concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil afirma que la contratación estatal se asocia directamente con el interés general, en tanto es instrumento para que el Estado cumpla con sus finalidades (Radicado 11001030600020160000100 (2278), 2016).

A partir de estas premisas, consideramos inadecuado que una noción de objeto contractual propia del derecho administrativo sea de carácter incluso más amplio que la acogida por el derecho privado para facilitar la declaratoria de nulidad del contrato estatal. Precisamente, los principios que rigen la materia buscan que el contrato estatal cumpla su finalidad de la forma menos traumática posible, logrando así los cometidos estatales. Una visión del objeto que amplíe las posibilidades de anular el contrato estatal lograría exactamente lo contrario.

## Conclusiones finales

Como conclusiones finales presentamos las siguientes:

1. Es necesario que, por vía legal o jurisprudencial, se defina claramente el rol de los principios jurídicos en el sistema de fuentes colombiano. No obstante, las exigencias del Estado social de derecho y la constante aplicación de estos principios como normas vinculantes que fundamentan las decisiones judiciales de los altos tribunales son indicativos de que estos principios son obligatorios y, por ende, hacen parte del derecho público de la nación.
2. Por tratarse de normas que hacen parte del derecho público de la nación, la inobservancia de un principio que rigen la materia del derecho administrativo y, en particular, de la contratación estatal, en un Estado social de derecho, desde la perspectiva de su naturaleza normativa, puede constituir potencialmente un objeto ilícito.
3. La dificultad recae entonces en la aplicación de la figura del objeto contractual y el objeto ilícito, conceptos que han sido utilizados de forma imprecisa por parte del Consejo de Estado en su línea jurisprudencial sobre el principio de planeación.
4. La doctrina y jurisprudencia civilista ha determinado, en términos generales, que el objeto de los contratos hace referencia a dos conceptos distintos: un objeto general y un objeto específico. Estos son complementarios entre sí y cumplen distintas funciones dentro de la teoría del negocio jurídico. Mientras que el objeto general

actúa como presupuesto para el nacimiento del negocio jurídico, el objeto específico es aquel que debe examinarse para determinar la licitud o ilicitud del objeto.

5. Dentro de las concepciones del objeto específico, la noción del objeto como contenido del contrato (sus prestaciones, obligaciones y clausulado) es la perspectiva más compatible con los artículos del Código Civil que regulan la ilicitud del objeto y con una visión del negocio jurídico que incluya las estipulaciones que determinen las partes en ejercicio de su autonomía privada.
6. La jurisprudencia, en materia de contratación estatal, ha indicado que dentro del objeto contractual específico debemos diferenciar entre el núcleo esencial del objeto y sus elementos accidentales. Este núcleo esencial depende de la naturaleza de cada contrato, de tal forma que una modificación a algún elemento de este núcleo implique un contrato distinto.
7. Para que se presente la ilicitud del objeto por inobservancia de un principio debe poder identificarse la trasgresión de este en el núcleo esencial del objeto contractual. De esta forma, la nulidad absoluta del contrato se convierte en una posible consecuencia jurídica, mas no en la consecuencia jurídica necesaria de la trasgresión de los principios de la contratación estatal. El objeto, siendo este entendido como el contenido esencial del contrato estatal, debe reflejar la violación de los principios superiores para que se dé esta consecuencia jurídica.
8. Finalmente, debemos afirmar que el tema no está resuelto. Sentencias recientes del Consejo de Estado han traído a discusión nuevos elementos (las cargas de la buena fe, la vinculatoriedad de los principios, etc.) a la ya compleja discusión sobre la nulidad por inobservancia de principios. La jurisprudencia en la materia genera inseguridad

jurídica para los partícipes en el sistema de compras públicas, y es una dificultad que no parece tener una solución próxima.

## Referencias

### *Normativa*

Decreto 01 de 1984. Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. Enero 02 de 1984. N/A.

Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N. 33.339.

Ley 84 de 1873. Mayo 31 de 1873. DO. 2.867.

Ley 153 de 1887. Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Agosto 24 de 1887. DO. N.7151.

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993. DO. N. 41094.

Ley 599 del 2000. Por el cual se expide el Código Penal. Julio 24 del 2000. DO. N. 44097.

Ley 734 de 2002. Por el cual se expide el Código Disciplinario Único. Febrero 5 de 2002. DO. N. 44708.

Ley 906 de 2004. Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Agosto 31 de 2004. DO. N. 45658.

Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Julio 16 de 2007. DO. N. 46691.

Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Octubre 12 de 2011. DO. 48.220.

***Jurisprudencia***

Consejo de Estado de Colombia. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia con radicado

11001-03-06-000-2016-00001-00(2278). (M.P. Germán Bula Escobar, Julio 5 de 2016).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia con radicado 25000-23-26-000-

1997-04390-01 (10808) (M.P. Ruth Stela Correa Palacio; Agosto 31 de 2011).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia con radicado 85001-23-31-000-

2000-00202-01 (19730) de 2012. (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 15 de febrero de 2012).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia con radicado 07001-23-31-000-

1999-00546-01(21489) de 2012. (M.P. Ruth Stella Correa Palacio; 28 de mayo de 2012).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia con radicado 19970534601 (23966)

(M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Junio 28 de 2012).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia con radicado 25000-23-26-000-

1997-13978-01 (25802) (M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Febrero 28 de 2013).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia con radicado 68001-23-15-000-

1998-01743-01(27315) de 2013. (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 24 de abril de 2013).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia con radicado 66001-23-31-000-

1998-00685-01 (23367) de 2013. (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 13 de junio de 2013).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia con radicado 66001-23-31-000-

1999-00435-01 (24809) de 2013. (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gambia; 13 de junio de 2013).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Cuarta. Sentencia con radicado

11001031500020130191900 de 2014. (M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; 21 de agosto de 2014).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia con radicado 66001-23-31-000-

1999-00435-01 (24809A) de 2014. (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gambia; 20 de octubre de 2014).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. Sentencia con radicado

11001031500020130191901 de 2014. (M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; 27 de noviembre de 2014).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia con radicado 25000-23-26-000-

2002-02240-01 (29473). (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Febrero 13 de 2015).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia con radicado 25000-23-26-000-

1999-01988-01 (38120) de 2018. (M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; 8 de junio de 2018).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia con radicado

50002336000201200494 01 (50317). (M.P. María Adriana Marín, Abril 23 de 2021).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia con radicado 52001-23-33-000-

2014-00164-01 (63117S) (2021). (M.P. Marín Bermúdez Muños; 11 de octubre de 2021).

Constitución Política de Colombia. Arts. 209, 230, 339, 341. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Contraloría General de la República. Concepto 197 d 2017. (Septiembre 28 de 2017).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-406 de 1992. (M.P. Ciro Angarita Barón; junio 5 de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-083 de 1995. (M.P. Carlos Gaviria Díaz; marzo 1 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-300 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Abril 25 de 2012).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Exp. 2206-01, (M.P. Silvio Fernando Trejos Buen; Diciembre 9 de 2004).

### ***Doctrina***

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.

Aponte Díaz, I. (2014). Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. *N.a. (11)*. 177-207.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3831/4024>

Cárdenas Mejía, J.P. (2021). *Contratos, notas de clase*. Legis Editores S.A.

Campos Micin, S.N. (2019). Hacia una noción más amplia y versátil del objeto ilícito. *Ars Boni et Aequi*, Año 15, N°2, pp. 60-94.

Castro de Cifuentes, M. (2009). *Derecho de las obligaciones: tomo I*. Editorial Temis.

Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Editorial Ariel S.A. Editorial Ariel S.A.

Estrada Vélez, S. (2016). Los principios generales del derecho en el artículo 230 de la Constitución Política. ¿Normas morales o normas jurídicas? *Opinión Jurídica, Volumen 15 (30)*, 47-66. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2018/1786>

Guastini, R. (1999). Principios del derecho y discrecionalidad judicial. Jueces para la democracia, *ISSN 1133- 0627 (34)*, 39-46.

[https://www.researchgate.net/publication/28177179\\_Principios\\_de\\_derecho\\_y\\_discrecion\\_alidad\\_judicial](https://www.researchgate.net/publication/28177179_Principios_de_derecho_y_discrecion_alidad_judicial)

Hinestrosa, F. (2015). Teoría general del contrato y del negocio jurídico: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ospina Fernández, G., y Ospina Acosta, E. (2018). Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Editorial Temis.

Oviedo-Vélez, M. (2013). Conceptos al derecho. *Un análisis de la distinción entre derechos personales y reales*. Universidad EAFIT.

Parga, S. (s.f). *Guía de Falacias Argumentativas* [Inforgrafía].

<https://leo.uniandes.edu.co/images/Guias/falaciasSP.pdf>

Ripert G. y Boulanger J. (1964). Tratado del Derecho Civil según el Tratado de Planiol. T. IV. las obligaciones (primera parte). Vol I (Trad. Delia García Daireaux, Buenos Aires, la Ley).

Sandoval Peña, V.A. (2015). Nulidad absoluta del contrato estatal por violación del deber de planeación. *Revista de derecho público*, (35) 4-23.

[https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechopub/pub545.pdf](https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub545.pdf)

Santofimio Gamboa, J. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.

Vidal Perdomo, J. (2008) *Derecho Administrativo*. Legis Editores S.A.