

**CELEBRACIÓN DE CONTRATOS SIN EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS
LEGALES ESENCIALES**

YÉSICA MARCELA GONZÁLEZ CANO

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2017**

**CELEBRACIÓN DE CONTRATOS SIN EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS
LEGALES ESENCIALES**

YÉSICA MARCELA GONZÁLEZ CANO

Monografía presentada para optar por el título de Abogado

Asesor: Juan Carlos Álvarez Álvarez

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2017**

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, agosto de 2017

CONTENIDO

	Pag.
INTRODUCCIÓN	7
1. ELEMENTOS DEL TIPO	10
1.1 SUJETO ACTIVO	10
1.2 BIEN JURÍDICO Y SUJETO PASIVO.....	12
1.3 OBJETO MATERIAL	12
1.4 VERBOS RECTORES	13
2. REGLAS METODOLÓGICAS	16
2.1 PRIMERA REGLA METODOLÓGICA: ELEMENTOS ESENCIALES, NATURALES Y ACCIDENTALES EN EL DERECHO PRIVADO	17
2.1.1 Inexistencia	18
2.1.1.1 Consentimiento	19
2.1.1.2 Objeto.....	19
2.1.1.3 Causa.....	20
2.1.1.4 Formalidades para la existencia.....	21
2.1.2 Nulidad absoluta.....	23
2.1.2.1 Capacidad	24
2.1.2.2 Objeto lícito	28
2.1.2.3 Causa ilícita y desviación de poder.....	40
2.1.2.4 Ratificación.....	44
2.1.2.5 Recapitulación.....	46
2.2 SEGUNDA REGLA METODOLÓGICA: PRINCIPIOS COMO ELEMENTOS ESENCIALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	48
2.2.1 Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia en relación con los elementos esenciales para la celebración, tramitación y liquidación del contrato estatal .	49
2.2.2 Primera Perspectiva	50
2.2.2.1 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 29285 de 2 de diciembre de 2008. M.P. Alfredo Gómez Quintero	51

2.2.2.2 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 27724 de 9 de abril del 2008. M.P. Javier Zapata Ortiz	53
2.2.3 Segunda Perspectiva	57
2.3 CORTE CONSTITUCIONAL.SENTENCIA C-917 DEL 2001. M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA	59
3. CONCLUSIONES	62
BIBLIOGRAFÍA	66

LISTA DE TABLAS

	Pag.
Tabla 1. Elementos del tipo	15
Tabla 2. Sentencias objeto ilícito	37

INTRODUCCIÓN

El tipo penal, *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales*, se encuentra regulado en el Título XV relativo a los Delitos contra la Administración Pública, artículo 410 del Código Penal Colombiano, tipificación que nace como consecuencia del “(...) *surgimiento de la actividad empresarial del Estado, el aumento considerable de las obras públicas y el desarrollo de actividades antes no contempladas (todo lo relativo a la radio, la televisión y las comunicaciones, por ejemplo), (...)*”¹.

Es así como, ante el desarrollo de la actividad empresarial del Estado, se hizo necesario tipificar ciertas conductas para garantizar y proteger el interés general y la función pública en los términos del artículo 209 de la Constitución Pública, y que a la fecha se encuentra regulado al siguiente tenor:

Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

Este es un tipo penal se encuentra dentro de la modalidad de tipo penal en blanco, definido por la Corte Constitucional “*como aquel en que el supuesto de hecho se encuentra desarrollado total o parcialmente por una norma de carácter extrapenal*”²,

¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Delitos de Celebración Indebida de Contratos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 179.

² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-442 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

por lo que en este caso la norma extrapenal que desarrolla el tipo sería la referida a los requisitos legales esenciales del respectivo contrato.

Por el carácter de tipo penal en blanco del delito objeto de estudio, es que este trabajo se realiza para verificar cuál es el contenido, partiendo de las reglas metodológicas desarrolladas por Santofimio Gamboa³ en su obra, para tener certeza sobre cuáles son los requisitos esenciales a los que hace referencia el artículo 410 del Código Penal.

Santofimio Gamboa habla de dos reglas metodológicas, la primera se encarga de desarrollar aquello que es esencial para el derecho privado, fundamentado en las sanciones al negocio jurídico (inexistencia y nulidad absoluta); y la segunda se centra en los principios de la contratación estatal y su carácter de elemento esencial para la contratación pública.

Es a partir del estudio de dichas reglas que el presente trabajo tiene como objeto llenar de contenido el tipo penal objeto de estudio, abordado desde las posiciones del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, partiendo del estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con las acciones de controversias contractuales que resuelven las sanciones al negocio jurídico (inexistencia y nulidad absoluta) para determinar los elementos esenciales desde la teoría del negocio jurídico; continuando con el estudio de las sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde se resuelven recursos de casación relativos a procesos penales que se llevaron contra servidores públicos por realizar las conductas tipificadas dentro del tipo penal de celebración de contratos sin cumplimiento requisitos legales esenciales, que resultaron en afectaciones a los principios de la función pública y de la contratación estatal, según lo dispuesto por dicha corporación; y por último estudiando el análisis de

³ SANTOFIMIO GAMBOA, Op. Cit., p. 130 y siguientes

constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional en relación con el tipo penal y su carácter de tipo penal en blanco.

En todo caso la principal tarea de esta monografía es la de establecer cuáles son los criterios de las tres altas Corporaciones de justicia colombianas para definir cuáles son los elementos esenciales del contrato estatal, hecho que nos permitirá apreciar cuáles son los requisitos legales esenciales del mismo, y por tanto, cuáles son las conductas tipificadas por el tipo penal de la celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales, garantizando de esta manera seguridad jurídica en la aplicación de la ley penal sobre este tipo penal en blanco.

1. ELEMENTOS DEL TIPO

Previo a resolver cuáles son elementos esenciales del contrato estatal, se hace importante delimitar otros elementos del tipo penal: sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico, objeto material y verbo rector.

1.1 SUJETO ACTIVO

Este tipo penal se encuentra caracterizado porque el sujeto activo es el servidor público y, por lo tanto, es de aquellos tipos penales denominados como calificados, porque el sujeto que realiza la conducta debe tener una calidad específica. En este caso el sujeto con la condición especial es el servidor público que en razón de sus funciones tramite, celebre o liquide un contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales.

Ante la calidad especial del sujeto activo, se hace importante como primer punto a desarrollar, definir quién tiene la calidad de servidor público. Dicho concepto es desarrollado por la Constitución Política en su artículo 123 así:

Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. (...) La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio⁴.

Según la definición dada por la Constitución Política, los servidores públicos no son solo aquellos que se encuentran vinculados a las entidades del Estado, sino también los particulares que cumplen y ejercen funciones públicas.

⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 599 del 2000. Artículo 193.

El Código Penal, en alguna medida, desarrolla la norma constitucional y establece en el artículo 20 lo siguiente:

Artículo 20. Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

La Ley 80 establece, para efectos penales, que son responsables también el contratista, interventor, consultor y asesor⁵ en todo lo referido a tramitación, celebración y liquidación, pero no porque éstos adquieran la calidad de servidores públicos, *“sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público”*⁶.

Como ya se había visto, el sujeto activo requiere tener una condición específica, sin embargo, para este tipo penal no es suficiente con tener la calidad de servidor público, sino que además se requiere que el mismo tenga la potestad para tramitar, celebrar o liquidar un contrato estatal, potestad establecida en la Constitución, la ley y los reglamentos, y que en materia de contratación pública queda regulada en el artículo 11 de la Ley 80, donde se identifica al funcionario, jefe o representante, que al interior de cada entidad celebra el contrato, realiza el proceso de selección, ejecución y liquidación.

⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz. Sentencia mediante la cual se resolvía acción de constitucionalidad sobre los artículos de la Ley 80 de 1993 relativos a la responsabilidad de los contratistas. La sentencia resuelve declarar la constitucionalidad de dichos artículos.

⁶ Ibid.

1.2 BIEN JURÍDICO Y SUJETO PASIVO

El bien jurídico protegido es la función pública, particularmente el correcto funcionamiento de la misma que debe regirse por los principios de legalidad, objetividad y transparencia, en cabeza del Estado, en calidad de sujeto pasivo. Como el tipo penal va dirigido a la protección de los principios y fundamentos de la función pública, no se encuentra como elemento del tipo el daño patrimonial al Estado, porque básicamente lo que se busca proteger es la imparcialidad y objetividad de la función pública para garantizar los fines del estado.

1.3 OBJETO MATERIAL

El objeto material del tipo penal lo constituye el contrato, en las etapas de tramitación, celebración y liquidación del mismo, y se excluye del mismo cualquier requisito que afecte su ejecución⁷.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define el contrato estatal como “*todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)*”, definición que, en cualquier caso, encajaría dentro de la definición que en materia civil se le da al mismo. En efecto, el artículo 1495 del Código Civil lo define como “*un acto por el cual una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes se obligan recíprocamente*”. La única diferencia que se presenta frente a una u otra definición, es la referida a que la contratación estatal es aquella en la que intervienen entidades de naturaleza pública, es decir, el concepto de contratación estatal se define por la naturaleza de las personas que intervienen en el negocio jurídico.

7 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia SP7322-2017 del 24 de mayo de 2017. M. P. Patricia Salazar Cuellar.

1.4 VERBOS RECTORES

Los verbos rectores del tipo penal son tres: *tramitar*, *celebrar* y *liquidar* contratos. Verbos que se complementan con la exigencia de que los mismos se realicen *sin cumplimiento de los requisitos*, esto es, omitiéndolos. Dentro de los verbos rectores se prescindió del verbo *ejecutar*, por lo tanto, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, no configura una conducta tipificada la omisión de requisitos que afecten la ejecución del contrato⁸.

El verbo rector *tramitar* se refiere a toda la etapa del proceso de selección del contratista, la de celebración se refiere a la suscripción del contrato y la de liquidación es el procedimiento mediante el cual se da por terminado el contrato que puede ser mediante acta suscrita por las partes o acto administrativo motivado.

El artículo 146 del Código Penal de 1980 disponía que “*el empleado oficial que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite contratos sin observancia de los requisitos legales esenciales o los celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos*” incurría en el tipo penal objeto de estudio, sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 599 del 2000, el aparte del provecho ilícito se eliminó, pero a pesar de esto, en jurisprudencia reiterada anterior a la entrada en vigencia de la nueva ley, se había insistido en que el provecho ilícito es celebrarlo sin cumplir con los requisitos esenciales, por lo que no se necesitaba verificar el favorecimiento. En ese sentido la Corte Suprema de Justicia consideraba que:

No obstante, la jurisprudencia penal tiene decantado que <<el propósito de obtener provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero>>, que consagraba el Art. 146 del Código Penal en vigencia del cual sucedieron los hechos y que suprimió por innecesario el 410 del vigente, se derivaba del simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter

⁸ Ibid.

constitucional y legal aplicables a la contratación administrativa, en consideración -se reitera- a que el objeto de protección del tipo penal es el principio de legalidad en la contratación estatal, cuyo quebrantamiento por el servidor público estructura objetivamente ese tipo penal aunque el resultado práctico del convenio sea beneficioso para la administración y desventajoso desde el punto de vista económico para el contratista⁹.

Al día de hoy, y tal y cómo se venía sosteniendo por la Corte Suprema en jurisprudencia anterior a la Ley 599 del 2000, no se tiene que verificar el favorecimiento a un tercero o al servidor público, porque el ilícito penal se configura por el hecho de violar los principios y normas aplicables a la contratación.

En síntesis, los elementos del tipo son los siguientes:

⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso 35560 de 12 de junio del 2013. M.P. María del Rosario González Muñoz.

Tabla 1. Elementos del tipo

ELEMENTO	DESCRIPCIÓN
SUJETO ACTIVO	<p>Servidor público.</p> <p>No solo el que firma el contrato, sino también todos los que intervinieron en el proceso de tramitación que tengan la potestad para tramitar, celebrar o liquidar un contrato estatal¹⁰.</p> <p>El artículo 56 de la Ley 80, consagró para efectos de la responsabilidad penal el contratista¹¹, interventor, consultor y asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas y están sujetos a la misma responsabilidad de los servidores públicos.</p>
SUJETO PASIVO	<p>Persona titular del bien jurídico.</p> <p>El Estado, como titular del bien jurídico Administración Pública.</p>
OBJETO MATERIAL	Contrato estatal
VERBOS RECTORES	Tramitar, celebrar y liquidar contrato. Código Penal del 2000.
BIEN JURÍDICO	El correcto funcionamiento de la Administración o función pública, en concreto, la objetividad y la imparcialidad.

¹⁰ Pueden cometer el delito, entre otros, los directores administrativos y financieros de las entidades públicas, los jefes de oficinas jurídicas, los asesores que emitan un concepto dentro del proceso de contratación, etc.

¹¹ Aquí la disposición no es muy clara, por lo menos en lo que concierne al contratista, pues es obvio que este está interesado en la celebración del contrato y es por ello que participa en el proceso de licitación.

2. REGLAS METODOLÓGICAS

Tal y como lo habíamos mencionado, el tipo penal de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales es un tipo penal “en blanco”, lo que implica que se debe acudir a otras normas para llenar de contenido el tipo penal, recurriendo para ello a normas extrapenales para que sea posible verificar la adecuación de las conductas¹² al tipo penal.

Por la naturaleza del tipo se acude a la Ley 80 de 1993 mediante la cual se expide el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, con el fin de verificar qué es lo que constituye elemento esencial, sin embargo, al acudir a la ley se da la situación en la que no hay tal definición o lista taxativa de los requisitos que le son esenciales al contrato desde el punto de vista de la contratación estatal.

No obstante, el artículo 13 de la Ley 80, establece que: *“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”*. Por consiguiente, al no haber una disposición expresa que nos aclare qué debe entenderse por requisitos legales esenciales, se acude a normas de derecho privado para llenar de contenido del tipo penal.

Es por eso por lo que, tal y como lo menciona Santofimio Gamboa¹³, al no haber una lista taxativa de los requisitos esenciales para la celebración de contratos, se requiere abordar el tipo penal haciendo uso de dos reglas metodológicas, la primera

¹² Sobre los tipos penales en blanco véase: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010. p. 394.

¹³ SANTOFIMIO GAMBOA, Op. Cit. pp. 130 y siguientes.

abordada desde la teoría de los actos y negocios jurídicos; y la segunda desde el carácter de esencial de los principios de la contratación y la función pública en los términos que a continuación se presentan.

2.1 PRIMERA REGLA METODOLÓGICA: ELEMENTOS ESENCIALES, NATURALES Y ACCIDENTALES EN EL DERECHO PRIVADO

La primera regla metodológica parte de abordar lo esencial desde la teoría general de los actos y negocios jurídicos, en los siguientes términos:

La primera regla consistiría en acercarnos a los instrumentos utilizados en la teoría general de los actos y negocios jurídicos para hacer prevalecer aquellas fundamentales exigencias normativas, so pena de ineficacia de cualquier acto o contrato producido con la inobservancia de éstas. En este sentido, implicaría recoger, para la identificación de los requisitos esenciales, la teoría de la inexistencia y nulidad de los negocios jurídicos, porque con su aplicación el ordenamiento jurídico pretende sancionar todo desconocimiento a una exigencia trascendental del legislador para un acto o negocio.

(...) si el legislador no sanciona con inexistencia o nulidad absoluta la violación o desconocimiento de un requisito de ley significa que el mismo no reviste el carácter de esencial; por lo tanto, mal se haría en materia penal si se calificara como esencial una exigencia de ley cuando desde la perspectiva de la teoría general del contrato su violación no tiene mayor trascendencia e incluso puede ser subsanable si configura simplemente una nulidad relativa, según lo dispone el artículo 46 de la Ley 80 de 1993¹⁴.

Tal y como se observa, para esta primera regla metodológica no cualquier omisión puede estar revestida del carácter suficiente para catalogarse como esencial en los términos del tipo penal, por lo tanto, se debe tener como esencial solo aquello que pueda afectar la existencia o la validez del contrato.

El Código Civil en ese sentido, ha hecho distinción entre cosas de la esencia, la naturaleza y puramente accidentales, tal y como a continuación se transcribe:

¹⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Op. Cit. p. 130.

Artículo 1501. Cosas esenciales, accidentales y de la naturaleza de los contratos. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

Teniendo tal precisión, es que a continuación abordaremos el análisis del tipo penal desde la inexistencia y nulidad absoluta como sanciones al negocio jurídico, y que en el entendido del artículo 1501 del Código Civil se materializan como requisitos sin los cuales el contrato o no produce efectos o degenera en un contrato diferente.

2.1.1 Inexistencia

El artículo 1501 del Código Civil antes transcrito no establece expresamente la sanción jurídica de inexistencia y nulidad, no obstante, se infiere que dicha disposición estableció tales sanciones, al establecer expresamente que no produce ningún efecto jurídico. Por el contrario, el Código de Comercio en el párrafo segundo del artículo 898, habló sobre la inexistencia al siguiente tenor: *“Artículo 898. (...) Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”*.

Es así como los requisitos de existencia doctrinalmente aceptados son: el *consentimiento*, el *objeto*, la *causa* y *formalidades para la existencia*, a los cuales se hará referencia a continuación:

2.1.1.1 Consentimiento

El consentimiento es la manifestación de voluntad de dos o más contratantes, que para este caso sería la manifestación de voluntad de la Administración Pública y el contratista que confluyen en la suscripción del contrato.

Para Santofimio Gamboa, el consentimiento de la Administración Pública se encuentra sustentado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que establece que *“las entidades podrán celebrar contratos (...) que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales”*¹⁵.

Por lo tanto, un elemento que es especialmente fundamental en la materialización de la voluntad de la Administración Pública es el interés general, ya que la Constitución Política estableció que la función pública debe estar al servicio del interés general, manifestada en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

De igual forma, Santofimio Gamboa pone de presente que la voluntad en derecho privado no requiere de formalidades especiales para su formación, mientras que *“en el contrato estatal se llega al consentimiento tras agotar el más sendero de la legalidad fundamental para que las voluntades del Estado y del futuro contratista se logren identificar y acoplar sobre la base de la escogencia objetiva”*¹⁶.

Es decir, el consentimiento de la Administración Pública viene dado en la etapa de trámite, donde se inicia el proceso de selección del contratista. Frente a este punto no se encontró jurisprudencia que desarrolle el consentimiento respecto de la inexistencia del contrato.

2.1.1.2 Objeto

¹⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Op. Cit. p. 317 y siguientes.

¹⁶ Ibid. p. 317.

El artículo 1517 del Código Civil prescribe que toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer. Si bien no hay definición expresa de lo que es objeto, básicamente se ha definido como aquello sobre lo que recae mi interés para contratar.

Un ejemplo claro de inexistencia, por falta de objeto, es el caso de obligaciones físicamente imposibles como la venta de un unicornio.

Coincide en este mismo punto Santofimio Gamboa cuando comenta que:

En el contrato el objeto debe ser real, determinado y lícito, es decir, debe ser cierto, tener real y verídica existencia, ser concreto con el fin de viabilizar su ejecución; por lo tanto, ha de ser posible y determinado para efectos de una adecuación perfecta a los intereses de las partes, evitando de esta manera incertidumbres sobre el mismo, (...).¹⁷.

En general no se encuentran sentencias del Consejo de Estado referidas a inexistencia por falta de objeto, pero en términos generales uno podría ejemplificarla con la compraventa de cosa que no existe, o compraventa de inmueble no fue debidamente determinado.

2.1.1.3 Causa

El artículo 1524 define causa como “*el motivo que induce al acto o contrato*”, y así mismo lo ejemplifica con “*la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa*”.

En materia de contratación estatal el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 estipula que “*los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales*”.

¹⁷ Ibid. p. 319.

En ese orden de ideas, la Constitución Política establece lo siguiente en relación con los fines del Estado: *“Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; (...)”*¹⁸.

Es así que las motivaciones del sector público, y en el caso que nos ocupa, esto es, en la celebración de contratos, deben ser todas dirigidas a cumplir los fines esenciales del Estado y no fines particulares.

2.1.1.4 Formalidades para la existencia

Un contrato “es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil”¹⁹, es decir, la existencia depende una formalidad. Tal es el caso de la compraventa de bien inmueble que deberá suscribirse mediante documento público, porque de lo contrario se entenderá no celebrado.

De igual manera, la Ley 80 dispone que el contrato estatal para su perfeccionamiento requiere el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y que el mismo se eleve a escrito, en los términos establecidos en el artículo 41 del Estatuto de Contratación.

Así, por ejemplo, en sentencia del Consejo de Estado, estos expresamente declaran que *“los contratos estatales nacen a la vida jurídica desde el momento en que se elevan a escrito. Solo así puede garantizarse el cumplimiento de los fines que le son propios a la función administrativa, particularmente aquellos establecidos en el*

¹⁸ Ibid. p. 317.

¹⁹ Código Civil Colombiano. Artículo 1500.

*artículo 209 constitucional*²⁰, jurisprudencia que reitera que dicha disposición busca garantizar los fines del estado.

La sentencia antes citada resolvía una acción contractual que buscaba en primer lugar la declaración de existencia del contrato, y posteriormente el reconocimiento de las facturas por los servicios de salud efectivamente prestados a los afiliados del Instituto de Seguros Sociales por parte de un particular, organizado en una Fundación. En ese caso el Consejo de Estado resolvió declarar la inexistencia del contrato por no encontrarse escrito y firmado, decisión que se sustentó así:

Y es que la suscripción de un contrato que vincule a una entidad pública y que comprometa recursos públicos no puede ser una alternativa, dentro de muchas otras, para iniciar una relación contractual. Es una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico, por regla general inexcusable, que busca nada más ni nada menos que la salvaguarda del interés general.

De esta manera, la Sala considera que la demanda no puede resolverse favorablemente frente a las pretensiones relacionadas con la declaratoria de existencia de contrato o de su nulidad²¹.

Como se observa, dicha formalidad no puede tomarse como una simple recomendación, sino que es un claro requisito para la existencia del contrato. Así mismo, el Consejo de Estado revocó la sentencia que inicialmente había resuelto declarar la renovación del contrato, y en su lugar niega las pretensiones que buscaban la declaratoria de renovación del contrato, decisión sustentada sobre la inexistencia del nuevo contrato,

²⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Bogotá, 26 de noviembre del 2015. Radicado. 23001-23-31-002-1998-10190-01(32626). Actor: Fundación Panzenu. Demandado: Instituto de los Seguros Sociales.

²¹ Ibid.

por falta de acuerdo frente a la contraprestación²² como elemento para el perfeccionamiento del contrato²³, y que a continuación citamos:

Así las cosas, es evidente que frente a la normativa que rige el contrato estatal las partes entraron en una situación de hecho que se opone a la formación del contrato bajo el régimen de contratación de las entidades del Estado, el cual, en los términos del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, establece que el contrato se perfecciona cuando se logra el acuerdo de voluntades sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve por escrito²⁴.

2.1.2 Nulidad absoluta

Tal y como se viene observando, son esenciales a los contratos todos aquellos requisitos que de no cumplirse o no tenerse, no producen efecto alguno o degeneran en otro contrato.

Los requisitos que transgredidos u omitidos degeneren en nulidad absoluta se encuentran entonces dentro de la categoría de esenciales, porque su no cumplimiento implica que no hay producción de efecto jurídico alguno. El artículo 1741 del Código Civil prescribe: *“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas”*.

²² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, 29 de octubre del 2014. Radicado. 25000-23-26-000-2001-01477-01(29851). Actor: Galería Cano S.A. y otros. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

²³ En dicha sentencia también se resuelve que las renovaciones y prórrogas contractuales van en contravía de los principios de la función pública, y que en ese sentido, el pacto frente a dichos puntos, son objeto ilícito.

²⁴ Ibid.

En materia civil encontramos que como requisitos de validez está la capacidad, el objeto lícito y la causa lícita. La Ley 80 dispone como causales de nulidad absoluta²⁵, las mismas dispuestas por el derecho civil, así como algunas adicionales:

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

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

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

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

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley. (...).

A continuación, se estudiará cada uno de los requisitos o formalidades que en caso de omitirse derivan en la sanción jurídica de la nulidad absoluta, exceptuándose del estudio los numerales cuarto y quinto, que no serán objeto de estudio del presente trabajo.

2.1.2.1 Capacidad

En términos de contratación estatal no se habla del concepto de capacidad sino el de competencia. Como una de las partes contratantes es el Estado, su “*capacidad*” tiene fundamento en el artículo 121 de la Constitución Política, que dispone que solo la Ley y la Constitución pueden determinar quiénes pueden contratar.

En la Ley 80, el artículo que regula la capacidad es el artículo 2, el cual se encarga de prescribir aquellas entidades que tienen personalidad jurídica y a quiénes la Ley les otorga competencia para contratar, a pesar de no contar con personalidad

²⁵ Según disposición de la Ley 80, la nulidad puede ser declarada de oficio, a petición de parte o por el Ministerio Público.

jurídica independiente. Así mismo, el Decreto - Ley 111 de 1996 adicionó otras entidades, por lo tanto, la competencia no fue establecida únicamente en la Ley 80, sino que se encuentra dispersa en el ordenamiento jurídico. Es así que, aunque la Ley 80 hace una lista taxativa, habrá otras leyes que dicten quienes son competentes.

De igual modo, el artículo 11 de la Ley 80/93 se encarga de establecer quién en cada entidad pública puede realizar actos que comprometan la voluntad de la entidad en materia contractual:

Artículo 11º.- De la competencia para dirigir licitaciones y para celebrar contratos estatales. En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2.

1o. La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso.

2o. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Nación, el Presidente de la República.

3o. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva

a) Los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, y el Registrador Nacional del Estado Civil.

b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capitales y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades.

c) Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles.

Esta información es de especial importancia, porque no cualquier servidor público puede obligar contractualmente a la entidad pública, por lo que, no cualquier

servidor público puede ser el sujeto activo del tipo penal, sino solo aquel que tenga la competencia para tramitar, celebrar y/o liquidar el contrato dentro de la entidad pública respectiva.

En línea con la capacidad, también encontramos las inhabilidades e incompatibilidades como limitación²⁶ a los contratistas y servidores públicos, las cuales son taxativas y se encuentran en la Constitución y en la Ley. En ese sentido cada una de ellas se define así:

Inhabilidad: *“es la incapacidad, ineptitud o circunstancias que impiden a una persona ser elegida o designada en un cargo público y, en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio”²⁷.*

Nuestro ordenamiento tiene consagrado dos clases de inhabilidades:

- Inhabilidades derivadas del ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, que se ejerce principalmente en materia de derecho penal y disciplinario. Como ejemplo de ésta en materia de contratación estatal, encontramos la caducidad, la cual se da por el incumplimiento de las obligaciones del contratista, y que se encuentra establecida en el artículo 8, literal c) de la Ley 80 de 1993.
- Inhabilidades que no nacen de la potestad sancionatoria sino para la protección de los principios de la función pública relacionados en el artículo 209 de la Constitución. El literal g) del artículo relativo a las inhabilidades para contratar, establece como inhabilidad el ser cónyuge o compañero permanente con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta en una

²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-489 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²⁷ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Concepto marco de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos. Disponible en: http://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/INHABILIDADES_E_INCOMPATIBILIDADES_DE_LOS_SERVIDORES_PUBLICOS.pdf

misma licitación. Esta inhabilidad se establece para que dos proponentes no manipulen la licitación y violen los principios de moralidad e imparcialidad.

Incompatibilidad: *“Las incompatibilidades se refieren a la exclusión natural, legal o reglamentaria de una cosa a causa de otra, esa contradicción, antagonismo cohabitación o convivencia imposible, en materia laboral se traduce en incapacidad para ejercer un cargo, en el impedimento, prohibición o tacha legal para desempeñar al mismo tiempo dos empleos o funciones, la imposible simultaneidad para ostentar al tiempo dos calidades (...)”*²⁸, etc.

Estas se encuentran establecidas para garantizar la moralidad del servidor público, un ejemplo de incompatibilidad es aquella que establece que quienes fueron los miembros de junta o consejo directivo de la entidad contratante no pueden participar en licitaciones o concursos dentro del año siguiente a la fecha de retiro. Todo esto porque de alguna manera se reconoce que dicha participación podría incidir en la adjudicación de un contrato.

El artículo 44 de la Ley 80 de 1993, establece como causal expresa de nulidad absoluta la celebración de contratos con personas incursas en inhabilidades e incompatibilidades.

Es importante anotar que hay un tipo penal denominado *“violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades”*, y que intuitivamente podría suponer la aplicación de los principios de especialidad y *non bis in ídem*. Sin embargo, la jurisprudencia admite su concurrencia en el siguiente sentido:

(...) los supuestos de hecho de cada tipo penal describen conductas natural y jurídicamente diferentes. La violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades sanciona al servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en el trámite, aprobación o celebración de un contrato transgrediendo el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. En tanto que el contrato sin cumplimiento de requisitos legales castiga al servidor público que

²⁸ Ibid.

por razón de sus atribuciones tramite un contrato sin observar los requisitos legales esenciales, o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos²⁹.

2.1.2.2 Objeto lícito

El Código Civil ha definido expresamente como objeto ilícito *“todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”*³⁰.

Entonces es ilícito inicialmente todo aquello que esté prohibido por la ley, sin embargo, el Consejo de Estado ha adoptado dos posiciones en relación con la aplicación del principio de legalidad, posiciones que a continuación serán desarrolladas:

- **Primera Posición**

Según la primera posición, el principio de legalidad al que están sometidos los particulares, aplica de una forma diametralmente diferente a la de los servidores públicos, mientras los particulares podemos hacer todo aquello que no nos esté prohibido, los servidores solo se pueden hacer aquello que les esté permitido. Dicho principio se encuentra regulado en el artículo 6 de la Constitución Política, que dispone que *“los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”*.

Siendo así, las actuaciones de los servidores públicos deberán regirse en coordinación con dicho principio, determinando el criterio de interpretación aplicable a la Ley 80.

²⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso 24606 de 6 de marzo de 2008. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

³⁰ Código Civil Colombiano. Artículo 1519.

En sentencias del Consejo de Estado que resuelven controversias contractuales, se hace siempre alusión a la calidad de normas imperativas de las disposiciones que regulan la contratación estatal, llegándolas a vincular directamente con el artículo 209 de la Constitución Política que determina los fines de la función pública.

Las sentencias del Consejo de Estado referidas al objeto ilícito tienen como tema principal el actuar de los servidores públicos, de una parte, cuando suscriben contratos contra expresa prohibición legal, y del otro lado, cuando exceden sus potestades y/o funciones para la suscripción de contratos.

En una de las sentencias estudiadas, y que sustenta esta primera posición, el Consejo de Estado resolvía una acción de revocatoria directa de una resolución que declaraba la caducidad de un contrato de arrendamiento por la muerte del contratista, acto administrativo que fue expedido en los términos establecidos por el Código Fiscal Municipal. En este caso, el Consejo de Estado resolvió declarar la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, en tanto, a pesar de haberse pactado en el contrato una prórroga automática, y aunque la Ley 80 no establecía limitación alguna frente a dicho tema, por aplicación del principio de legalidad se sostuvo que había objeto ilícito porque la Ley no autorizó las prórrogas automáticas y que en cualquier caso, su aplicación violaría los principios de la función pública. En ese orden de ideas se cita la sentencia:

Como se observa, el término de duración del contrato quedó sujeto a la circunstancia de que antes no se hubiere configurado su “prórroga automática” por el silencio de ambas partes, lo cual, sea en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 o en vigencia de la Ley 80 de 1993, resulta abiertamente ilegal, en el primer evento, en virtud de la prohibición expresa de que trata el artículo 58 de la norma³¹, en el segundo, por cuanto, además de que en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública no existe norma alguna que autorice pactar prórrogas automáticas que favorezcan a un determinado contratista, resulta violatorio de los principios generales de libre concurrencia,

³¹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 222 de 1983. Artículo 15: “En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas”.

de igualdad, de imparcialidad, de prevalencia del interés general y de transparencia que rigen todas las actuaciones contractuales de las entidades estatales, principios que se encuentran consignados positivamente tanto en la Constitución Política de 1991 - artículos 1, 2, 13, 209 - como en la Ley 80 de 1993 - artículos 24 y 25 -³².

Para ser más ilustrativos, en el anterior Estatuto de Contratación Estatal, Decreto 222 de 1983, se establecía como prohibición expresa la prórroga automática en los contratos estatales, y en el actual Estatuto, Ley 80 de 1993, se omite tal prohibición, situación que es interpretada por el Consejo de Estado como prohibición en razón del principio de legalidad que aplica a los servidores públicos, ya que el nuevo estatuto de contratación no hizo una autorización expresa, y que en cualquier caso para la Corporación, su admisión implicaría una violación a los principios de la contratación pública.

A propósito de dicha posición, el Consejo de Estado justifica el no haber acudido a normas de derecho privado, según remisión establecida en el artículo 13 de la Ley 80, cuando dichas disposiciones fueran violatorias del interés general y de los principios de la función pública del artículo 209 de la Constitución, pero especialmente, sobre la aplicación del principio de legalidad restrictivamente, así:

³² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 26 de febrero del 2015. Radicado 30934. C.P. Hernán Andrade Rincón.

(...) desde la perspectiva de la Ley 80 de 1993 debe tenerse en cuenta que, como ha sido expresado por la Jurisprudencia³³, en el Estatuto de Contratación Estatal existe un régimen legal expreso acerca de la nulidad absoluta de los contratos en cuya celebración participan o intervienen las entidades del Estado, el cual se encuentra contenido en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 expedida en el año de 1993; es por ello que en esta específica materia no hay lugar a acudir a las previsiones del artículo 13 de la misma Ley 80 para efectos de aplicar -en la contratación estatal-, la normatividad que en los Códigos de Comercio o Civil, según fuere el caso, contienen el régimen de las nulidades absolutas de los contratos puesto que -bueno es reiterarlo-, cuando el propio Estatuto de Contratación Pública se ocupa de regular un determinado asunto, sus disposiciones tienen preferencia en su ámbito, cuestión que no obsta para sostener, como lo ha hecho la Sala³⁴, que las propias normas legales especiales que en la Ley 80 regulan esta materia ordenan la incorporación, a este cuerpo normativo, de las disposiciones legales del Código Civil que contienen las causales de nulidad absoluta de los contratos, razón por la cual también por esta vía se encuentra configurada la nulidad absoluta del aparte pertinente de la cláusula segunda del contrato en mención, pues, como de manera precedente se expresó, la prórroga automática pactada por las partes viola de manera flagrante los principios generales de libre concurrencia, de igualdad, de imparcialidad, de prevalencia del interés general y de transparencia consagrados positivamente, no sólo en la Ley 80 de 1993, sino también en la Constitución Política de 1991³⁵.

En tal caso, el Consejo de Estado resolvió asumir una posición e interpretación de la ley, en el sentido de tomar las omisiones en la ley como una prohibición, circunstancia que representa un desconocimiento de la ya expresa normativa del estatuto de contratación que claramente autoriza y prescribe la remisión normativa

³³ Véase, entre otras, las siguientes providencias: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de julio ocho (8) de dos mil nueve (2009), Expediente 15004, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de julio veintidós (22) de dos mil nueve (2009), Expediente 16106, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de marzo dieciocho (18) de dos mil diez (2010), Expediente 14390, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007), expediente número: 850012331000030901; y sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2007); C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 26 de febrero del 2015. Radicado 30934. C.P. Hernán Andrade Rincón.

a normas de carácter particular como lo es el Código Civil y el Código de Comercio, las cuales tienen consagrado y admiten las prórrogas y renovaciones.

Otro problema que es importante en relación con la legislación de la contratación estatal, es que, gran parte de su normativa tiene la cualidad de ser de orden público³⁶, es decir, indisponibles ya que afectarían la validez del contrato, y su omisión se configuraría en una nulidad absoluta. Sin embargo, en ciertos casos es difícil establecer cuáles normas son dispositivas y cuáles imperativas, tal es el caso por ejemplo que el Consejo de Estado ha pasado de decir que el certificado de vigencias fiscales futuras es un requisito de ejecutabilidad y no de validez, a pesar de que la Ley 80 de 1993 ha dicho que en el numeral sexto del artículo 25, concerniente al principio de economía, establece que *“las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales”*, redacción que dejaría pensar que es un requisito esencial en el trámite y no meramente de ejecución, y aun así el Consejo de Estado ha establecido que dicho requisito afecta solamente la ejecutabilidad del contrato y no su validez, por lo cual no es claro cuáles son las reglas para determinar cuándo nos encontramos frente a normas disponibles y cuándo a normas imperativas.

- **Segunda posición**

Esta segunda posición parte de verificar que la ley o la constitución expresamente establezcan la prohibición, por lo que esta posición parte de sostener que no es aplicable la sanción al negocio jurídico de nulidad absoluta, con cualquier transgresión a las disposiciones de la ley 80.

³⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

En contraposición a la primera posición sostenida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, esta misma corporación en grado jurisdiccional de consulta analiza el caso en el que FERROVÍAS demandaba la nulidad del contrato suscrito con CARGOPLUS LTDA. por haberse celebrado contra expresa prohibición legal y con abuso o desviación de poder, por la suscripción de un contrato mediante el procedimiento de contratación directa y no de licitación pública, al haberse catalogado el contrato como de prestación de servicios, cuando a consideración de FERROVÍAS se debió suscribir un contrato de consultoría, caso en el que se resolvió no se podía hablar de nulidad absoluta por objeto ilícito, porque la elección de una u otra figura contractual no representa objeto ilícito, en los siguientes términos:

Se debe aclarar, a propósito del alcance de esta causal de nulidad, que ella se aplica cuando el ordenamiento jurídico haya prohibido expresamente la celebración de determinados tipos contractuales, o el pacto de ciertas cláusulas, o que determinados contenidos de un contrato lícito no los pueda pactar el Estado, (...) pero la causal no comprende, como lo entiende el Tribunal, cualquier violación al ordenamiento jurídico, pues de lo contrario, habría que concluir que ella comprende todos los demás³⁷.

En consecuencia, en dicha sentencia el Consejo de Estado reitera su jurisprudencia, estableciendo que la causal de nulidad absoluta denominada “*contra expresa prohibición constitucional o legal*” se refiere a aquellas leyes que dictan prohibiciones y no a cualquier violación de las disposiciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

Esta conclusión se refuerza, además, con otros argumentos:

³⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 22 de marzo de 2007. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

De un lado, el concepto de “ley”, contenido en el numeral 2 del art. 44, debe ser interpretado en forma restrictiva, o mejor en forma estricta, (...).

Hay que añadir, a fin de precisar adecuadamente el alcance del art. 44.2 de la ley 80 de 1993, que, además de que la prohibición debe estar contenida en la Constitución o en la ley, en los términos dichos, la prohibición constitucional o legal ha de ser expresa, bien en relación con i) el tipo contractual, como cuando las normas no permiten que el Estado haga donaciones a los particulares –art. 355 CP³⁸-, o en relación con ii) la celebración de un contrato, dadas ciertas condiciones, como cuando no se autoriza que una concesión portuaria supere 20 años –ley 1 de 1991-, o un comodato supere 5 años –ley 9 de 1989, etc.

De modo que no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato “(...) contra expresa prohibición constitucional o legal”. Es necesario analizar, en cada caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente^{39 40}.

Como se observa, en este caso el análisis del Consejo de Estado le permitió sostener que no había lugar a declarar la nulidad absoluta por haber celebrado contrato contra expresa prohibición legal en relación con la modalidad contractual (por prestación de servicios o consultoría), ya que no había expresa prohibición legal referida a una forma o la otra. En dicho caso el Consejo de Estado declaró la nulidad absoluta por desviación de poder, más no por la celebración de contratos contra expresa prohibición legal o constitucional.

Esto nos muestra que esta es una posición totalmente contraria a la primera citada, tesis que hubiera implicado una resolución totalmente diferente al caso relativo a la

³⁸ Art. 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. “El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.”

³⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de agosto 16 de 2006, exp. No. 31.480.

⁴⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 22 de marzo de 2007. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

prórroga automática citado en la primera posición. En dicho caso, el Consejo de Estado hubiera sostenido que no era posible sancionar con nulidad absoluta la prórroga automática del contrato, ya que no había una expresa prohibición legal.

- **Jurisprudencia**

La jurisprudencia estudiada frente nulidad absoluta por objeto ilícito, resuelve en su mayoría casos relativos a la selección del contratista mediante un procedimiento de selección no ajustado a la ley. Para estos casos el Consejo de Estado ha optado por sostener que aplica la sanción de nulidad absoluta por celebración de contratos contra expresa prohibición legal, en los casos en los que se hizo uso de un procedimiento diferente al establecido en la ley.

Tal es el caso por ejemplo, en el que un contratista que apela una sentencia en la que se resuelve una controversia contractual, y tiene como pretensión el reconocimiento de daños y perjuicios por la terminación de la concesión (determinación que el contratista tomó ante la amenaza de que la Administración declarara la caducidad del contrato) que tenía por objeto la recepción, selección y transformación de basuras, contrato que fue suscrito con el municipio de La Victoria.

En dicho caso, el Consejo de Estado declara la nulidad absoluta del mismo por haberse usado un procedimiento de selección diferente al dictado para dichos casos, ya que el municipio escogió el contratista a través de la modalidad de contratación directa sustentado en un caso de urgencia manifiesta, cuando a consideración del Consejo de Estado iba en contravía del propósito de la emergencia manifiesta, suscribir un contrato de concesión por 15 años, por lo que en tal caso se debió acudir al procedimiento de la licitación pública. El Consejo de Estado toma dicha posición sustentado en que:

Así las cosas, comoquiera que el contrato de concesión No. 052 celebrado el 12 de junio de 1996 entre el municipio de La Victoria y el señor Carlos Alberto Zabaleta Barreto, de conformidad con las razones anteladamente expuestas,

no consultó la finalidad de las normas que regulan la urgencia manifiesta (artículos 42, 43 y literal f) del numeral primero del artículo 24 de la Ley 80 de 1993) e injustificadamente se celebró a través de contratación directa debiendo haber acudido al procedimiento de licitación pública según la disposiciones previstas en el Estatuto de Contratación Estatal (numeral 1 y 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993), razonable resulta concluir que dicha circunstancia da lugar a que se configure la causal de nulidad prevista en el artículo 1519 del Código Civil, en concordancia con lo previsto en el artículo 1741 ibídem - incorporada en el Estatuto Contractual-, consistente en la configuración de objeto ilícito por la vulneración de normas legales de orden público, en este caso, de los aludidos normas contenidas en el Estatuto de Contratación Estatal ⁴¹ (Subrayado fuera de texto).

En ese análisis, el Consejo de Estado establece que utilizar el procedimiento de selección erróneo, según lo que la ley dispone, acarrea una nulidad absoluta por celebración de contrato con violación de normas legales. El análisis iría sustentado según la primera posición que ya fue estudiada, en tanto, se entiende que el servidor público solo puede hacer aquello para lo que esté autorizado, y en este caso, el procedimiento de selección de contratistas a pesar de que no le prohíbe utilizar otro procedimiento diferente, el solo se encuentra autorizado a utilizar el procedimiento dictado para cada caso según la ley.

De todas maneras, a pesar de lo complejo del tema, a continuación se relacionarán algunos casos resueltos por el Consejo de Estado, donde se declara nulidad absoluta por objeto ilícito, con las consideraciones más importantes en cada caso:

⁴¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 16 de julio del 2015. C.P. Hernán Andrade Rincón.

Tabla 2. Sentencias objeto ilícito

SENTENCIA	HECHOS	CONSIDERACIONES
<p>Sentencia. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13.414, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.</p>	<p>En este caso, la Administración Pública, sometiéndose a las disposiciones de derecho privado, suscribió un contrato con cláusulas exorbitantes a su favor.</p> <p>La empresa industrial y comercial del estado no debió haber declarado la caducidad del contrato, ya que no tenía competencia o autorización para hacerlo según las disposiciones vigentes.</p> <p>Como se observa, el análisis del Consejo en dicho caso se hizo teniendo en cuenta la primera posición explicada, basada en el principio de legalidad que rige a los servidores públicos.</p>	<p>“Específicamente en materia de contratación estatal, campo de actuación de la Administración en el que las competencias también deben estar específicamente determinadas, ha sido una constante la exigencia del cumplimiento del principio de legalidad en el ámbito de las prerrogativas del Poder Público, a tal punto, que resulta inconcebible el ejercicio de una facultad exorbitante o excepcional que no esté expresamente atribuida por la ley; se trata pues, de facultades regladas que la Administración debe ejercer de conformidad con los procedimientos establecidos por el ordenamiento jurídico y respetando los límites impuestos por el mismo.</p> <p>(...) observa la Sala que de acuerdo con la normatividad aplicable al contrato celebrado por las partes [derecho privado] y que ya fue objeto de análisis en otro capítulo, surge de manera evidente el hecho de que el Gerente de la Industria Licorera de Caldas, empresa industrial y comercial de este Departamento, no tenía competencia para incluir en el negocio jurídico de venta y distribución de licores que suscribió con la sociedad D’Costa S.A. en 1987, la cláusula de caducidad del contrato, tal y como lo hizo; dado que las normas sobre competencia son de orden público y la entidad demandada las quebrantó con dicha cláusula, esta estipulación contiene un objeto ilícito, que la vicia de nulidad absoluta y autoriza por lo tanto al juez del contrato, toda vez que se hallan presentes en el proceso las</p>

		partes del mismo, para declararla oficiosamente, como en efecto lo hará la Sala...” ⁴²
Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. 2 de diciembre del 2013. Radicado 2005-2130.	<p>Esta sentencia se cita, porque además de la sustentación que da el Consejo de Estado para declarar la nulidad absoluta del contrato, también hace una fuerte referencia a los principios de la función pública, que toman mayor fundamento en la metodología que más adelante se estudiará gracias a la posición tomada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en relación con el tipo penal de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos esenciales, y que sustenta en los principios de la función pública y la contratación.</p> <p>En esta sentencia se sigue la línea de la primera posición desarrollada.</p>	<p>“La invitación a contratar que hiciera EMCALI para el diseño e implementación de su plataforma tecnológica, en cuanto dirigida a una sola entidad la que, además, inexplicablemente, conocía que sería llamada a contratar, adoleció del desconocimiento de los principios y valores constitucionales y las normas que rigen los procesos de selección, pues nada hizo para garantizar la libre concurrencia, la objetividad y la transparencia.</p> <p>(...)</p> <p>La Sala concluye, entonces, que el procedimiento previo y posterior, es decir, la invitación directa de EMCALI a PARQUESOFT, como único proponente y la celebración del contrato, contrariaron abiertamente los principios de selección objetiva, concurrencia en condiciones de libre competencia, eficiencia, eficacia, moralidad, transparencia, imparcialidad y publicidad, que según los artículos 2º, numerales 2.5 y 2.6; 3º, numeral 3.9; 30 y 34 de la Ley 142 de 1994, 3º de la Ley 489 de 1998 y 2º, 13, 20, 21 y 23 de la citada Resolución, debían regir el proceso de contratación.</p> <p>(...)</p> <p>Para la Sala, el indebido proceder de EMCALI que se deduce de la violación de los artículos 2º, numerales 2.5 y 2.6; 3º, numeral 3.9; 30 y 34 de la Ley 142 de 1994; 3º de la Ley 489 de 1998 y 2º, 13, 20, 21 y 23 de la resolución 0186 de 2004, rectoras de la pulcritud, transparencia y</p>

⁴² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13.414. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

		<p>rectitud con que se debió adelantar el proceso de contratar, así como la ausencia de interés en defender el patrimonio público, son razones que, por sí mismas, ameritan declarar la nulidad absoluta la invitación que EMCALI hiciera a PARQUESOFT, como único proponente y del contrato celebrado en esas condiciones contrarias al orden público. Asimismo, se ordenará remitir copia de este fallo a la Procuraduría General de la Nación para que adelante las investigaciones a que haya lugar.</p> <p>Lo expuesto si se considera que, aunado a la vulneración de la normatividad antes referida, ante la difícil situación financiera y empresarial por la que atravesaba, lejos de defender a la entidad, a los acreedores y a los usuarios, EMCALI fue desleal a su misión, en cuanto, actuando de manera contraria a la libre competencia y eficiencia económica, transparencia y neutralidad, omitió aplicar los procedimientos establecidos que, además de sujetarse al ordenamiento, le habrían permitido acceder a mejores condiciones, logrando eficiencia en los costos en la prestación del servicio y proteger el patrimonio público.”</p>
--	--	--

Como se observa hasta acá, la tesis mayoritaria del Consejo de Estado en relación con la sanción de nulidad absoluta por objeto ilícito ha sido la fundamentada en el principio de legalidad y responsabilidad aplicable a los servidores públicos y desarrollada por el artículo 6 de la Constitución Política.

2.1.2.3 Causa ilícita y desviación de poder

Respecto de la celebración de contratos con abuso o desviación de poder, se ha establecido en el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que: *“Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”*.

Según esto, es fundamental para la contratación estatal en cada etapa contractual el interés general, la transparencia y la selección objetiva. En ese sentido es que se concibe la desviación de poder como una violación a los principios de la contratación estatal y en sí a los fines de la Administración Pública.

El Código Civil en el artículo 1524 ha establecido que “se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibido por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público” y en esa misma dirección es que se establece como causal de nulidad la desviación de poder, ya que las actuaciones de la administración deben tener por motivación los principios de la administración pública y los fines del Estado.

Santofimio Gamboa, frente a este tema, ha manifestado:

Debe tenerse en cuenta que, conforme a la redacción del artículo 24 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, el legislador igualmente le prohíbe a los servidores públicos eludir los demás requisitos establecidos en el estatuto de la contratación estatal; esto es, todos aquellos otros que no puedan encajarse en los principios de transparencia o selección objetiva, lo que implica para el juez del contrato, sea éste administrativo o penal, entrar a analizar absolutamente todas las exigencias de la Ley 80 de 1993 con el fin de verificar cuáles de ellas pueden ser calificadas de imperativas, es decir, afectadas al orden público, el interés general y las buenas costumbres, para efectos de calificarlas como esenciales o no y, en consecuencia, invocarlas para una nulidad absoluta del

contrato o para tipificar el delito de celebración del contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales⁴³.

Es decir que la desviación de poder, expone la necesidad esencial de vincular a la contratación los principios de la función pública, desarrollados por el estatuto. Omitir un requisito del estatuto contractual implica que no se está actuando en desarrollo de los fines de la función pública, sino de un interés diferente, situación que para efectos del tema que desarrollamos se materializa como una causa ilícita o desviación de poder.

El Consejo de Estado ha sostenido que “En consecuencia, el desconocimiento de los principios, y en especial del principio de transparencia está expresamente prohibido en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual, “las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”.”⁴⁴

En relación con las apelaciones de procesos de acción contractual resueltos por el Consejo de Estado, se define la desviación de poder como la intención de “*favorecer a un tercero, o a sí mismo*”, poniendo por encima intereses diferentes a los que la función pública le exige. Frente la finalidad de la contratación estatal, dicha Corporación ha establecido que:

(...) Esta finalidad no es otra que la búsqueda del beneficio común y el bienestar de la comunidad, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales que la regulan –art. 209 de la CP. y art. 3 del CCA.- .

⁴³ SANTOFIMIO GAMBOA, Op. Cit. p. 143.

⁴⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 29 de abril del 2015. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

Desde esta perspectiva, (...) aparece, entonces claramente la vulneración del mandato constitucional contenido en el artículo 209, conforme al cual la función pública está al servicio de los intereses generales y debe ser ejercida con sujeción al principio de moralidad acorde con los fines del Estado. (...). De modo que, el marco constitucional y legal prohíbe ejercer la función administrativa dentro de la cual se encuentra la contratación estatal con violación de dichos principios erigidos como orientadores de la gestión pública⁴⁵.

Respecto del concepto de desviación de poder el Consejo de Estado ha dicho que las actuaciones de los servidores deben estar dirigidas al beneficio colectivo y que la desviación de poder se configura en un supuesto de desviación de poder, así:

(...) hay momentos en que las normas le otorgan al funcionario cierta libertad para tomar decisiones, las mismas deben estar dirigidas al beneficio colectivo, porque cuando se expide un acto sin que dicho fin dirija el sentido de las decisiones, se exceden las facultades que las disposiciones otorgan, incursionando en el ámbito de la arbitrariedad, actitud que atenta contra el Estado Social de Derecho.

(...)

Esta causal, entre otras cosas, constituye para la Sala un supuesto de “causa ilícita”, prevista en el art. 1524 del código civil, pues según esta norma la causa es el motivo que induce a la celebración del acto o contrato, y causa ilícita es aquella que contraría la moral, las buenas costumbres, el orden público y en general la prohibida por la ley –art. 1524-⁴⁶.

En ese sentido, los principios adquieren todo el carácter de elementos esenciales del contrato, ya que todas las acciones de la administración deben ir dirigidas a proteger los mismos, sin embargo, para declarar la nulidad absoluta por desviación de poder, se debe probar que la motivación fue el favorecimiento a un tercero, a uno mismo o que no se buscaba en todo caso un fin legítimo.

⁴⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 5 de octubre de 2005. Rad. AP 01588

⁴⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de marzo del 2007. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

La jurisprudencia del Consejo de Estado referida a la sanción de nulidad absoluta por desviación de poder, resuelve principalmente casos referidos al fraccionamiento de contratos para suscribirlos mediante el procedimiento de contratación directa y así evitar el de licitación pública, circunstancia que resulta en una violación del principio de transparencia y el de escogencia objetiva del contratista mediante un procedimiento de selección diferente al dictado por la ley.

Hay otros casos en los que, aunque no se viola estrictamente algún procedimiento de selección, si se refieren a las conductas de los contratistas, o relaciones entre los contratistas y el funcionario competente para la celebración de los mismos, tal es el caso por ejemplo de la constitución de sociedades con el único objeto de adjudicarse la contratación, los vínculos comerciales entre el funcionario y el contratista existentes antes de la contratación.

En este último caso se observa que el Consejo de Estado hace un análisis sobre el despliegue probatorio de los vínculos existentes entre las partes y la ejecución del contrato⁴⁷, que le permite observar con gran claridad las intenciones de beneficiar a un tercero. Por lo tanto, no por cualquier violación a los principios de la contratación pública, la citada Corporación considera existente la desviación de poder, sino que requiere de pruebas fuertes, certeras y suficientes para declarar la nulidad absoluta por desviación de poder.

En ese sentido, haciendo un estudio de la jurisprudencia que al respecto hay, se observa que en la mayoría de los casos resueltos por el Consejo de Estado, resulta evidente porque se toma la determinación de declarar la nulidad absoluta por desviación de poder, ya que se encuentra probado el interés de favorecer a un tercero o a sí mismo, sin embargo, no se resuelven casos de mayor complejidad que nos permitan establecer que cualquier violación a los principios de la

⁴⁷ Ibid.

contratación pública, se configura en un incumplimiento de los principios que pueda tener carácter suficiente para declarar que hay desviación de poder o causa ilícita.

2.1.2.4 Ratificación

La Ley 80 en el artículo 49 establece que ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad, podrán sanearse los vicios en los siguientes términos: *“Artículo 49.- Del Saneamiento de los Vicios de Procedimiento o de Forma. Ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio”*.

En este caso, una sentencia del Consejo de Estado que analizaba la ratificación por un tema de omisión del registro presupuestal, puso de presente que hacía falta entrar a estudiar cuándo ciertos requisitos producen nulidad del contrato. Dicho caso puso de presente que hasta ahora no hay elementos que me permitan establecer una lista taxativa sobre cuáles disposiciones en caso de omitirse o transgredirse degeneran en inexistencia, cuáles en nulidad, y cuáles no lo hacen y por lo tanto pueden ratificarse. A continuación, transcribo el aparte relativo a lo anteriormente mencionado:

Esta norma, armonizada con las que describen las causales de nulidad, reclama un listado de defectos o irregularidades que producen la nulidad absoluta o relativa, y otro listado de las que no tienen esa consecuencia -pese a existir un defecto -. Esta providencia no asumirá esa tarea, enorme y casuística, pese a que bastaría ordenar las sentencias para concretar muchas respuestas. No obstante, a la jurisprudencia le falta analizar cuándo la omisión de ciertos requisitos produce la nulidad del contrato. Por ejemplo: i) falta de estudios de oportunidad y conveniencia, ii) falta de convocatoria pública, iii) falta de estudios y documentos previos de la contratación, iv) falta de licencia ambiental –cuando se requiere-, v) falta de prepliego, vi) falta de avisos en la página web, vii) ausencia de acto de apertura, viii) falta de pliego definitivo, ix) falta de evaluación de ofertas, x) no poner el informe de evaluación de ofertas a

disposición de los oferentes, xi) no celebrar audiencia de adjudicación, entre otros⁴⁸.

Así mismo, en el caso anteriormente señalado, la sentencia también recoge que no cualquier omisión degenera en nulidad, tesis sostenida desde el análisis de la omisión de la garantía única, dictando que:

Inclusive, también es requisito de ejecución la aprobación de la garantía única que constituye el contratista, defecto o ausencia que de ninguna manera produce inexistencia del contrato, ni siquiera nulidad, se trata de una falla que genera otras consecuencias, pero no las dos mencionados. De aceptarse la tesis del tribunal se concluiría que la falta de póliza y/o de su aprobación produce la nulidad absoluta de contrato, y que la administración puede terminarlo unilateralmente, al amparo del art. 45 de la Ley 80. Semejante conclusión es inaceptable, porque los incumplimientos de algunas obligaciones en que incurran las partes para empezar la ejecución del contrato, e incluso posteriores a esta, generan consecuencias de otra índole, pero no la extinción del contrato⁴⁹.

Como se observa, es irracional pensar que cualquier omisión de un requisito establecido en Ley 80 degenera en inexistencia o nulidad. Hasta ahora, este es el análisis que ha resultado más razonable, principalmente porque no abusa del principio de legalidad al que están sometidos los servidores públicos, ya que en este caso se racionaliza su aplicación, porque la aplicación en términos desproporcionados del principio degenera más en una incertidumbre e ineficiencia a la hora de contratar.

Otro análisis importante que se hace en la sentencia es la relativa a la nulidad e inexistencia en relación con otras etapas del contrato, ya que dichas sanciones solo

⁴⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2014. C.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁹ Ibid.

se configuran en la etapa de selección del contratista y de celebración del contrato, por lo que salen de la ecuación la ejecución y liquidación en los siguientes términos:

Lo expresado hasta ahora significa que no cualquier defecto o irregularidad en la contratación estatal produce la nulidad el contrato, ni siquiera la relativa. De hecho, hay que distinguir los defectos que se presentan en las distintas etapas: proceso de selección, perfeccionamiento del contrato, ejecución y liquidación. Esta distinción facilita entender que las causales de nulidad del contrato – absoluta o relativa- se configuran en las etapas de selección del contratista o en la de perfeccionamiento del contrato; pero no en las etapas de ejecución o liquidación. Basta observar las causales legales que las constituyen para admitir esta conclusión. Esta razón, adicional a las expresadas, refuerza que los defectos en que incurra la administración y/o el contratista para ejecutar un contrato o para liquidarlo, no inciden en la validez del negocio⁵⁰.

Frente a este punto se debe aclarar que aunque en dicho caso el Consejo de Estado sostuvo que no aplica la inexistencia o nulidad en la liquidación del contrato, dicha Corporación sin embargo, ha aplicado la nulidad por desviación de poder a las actas de liquidación de los contratos, por lo que no resulta claro entonces la apreciación del Consejo de Estado frente a este punto específico.

2.1.2.5 Recapitulación

Los dos conceptos más importantes para el tema objeto de estudio, serían entonces los de *objeto*, *causa ilícita* y *ratificación*.

Frente al objeto ilícito, como se puede observar de lo estudiado hasta este punto, es que no hay uniformidad sobre cómo aplicar el principio de legalidad en materia de contratación estatal, ya que el Consejo de Estado maneja dos tesis muy diferentes, la primera resuelve establecer que solo se puede hacer aquello que esté expresamente autorizado, en razón de que el régimen de los servidores públicos son responsables por infringir la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de

⁵⁰ Ibid.

sus funciones, circunstancia que implicaría que en materia de contratación estatal, cualquier omisión se materializará en objeto ilícito y por tanto en tipificación de la conducta de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales esenciales; mientras que la segunda tesis, reconoce las dificultades de la otra tesis, por lo que, para que pueda hablarse de objeto ilícito la constitución o la ley deben establecerlo expresamente.

La tesis mayoritaria, sigue siendo en todo caso, la del principio de legalidad sustentado en el artículo 6 de la Constitución Política, posición que tampoco tiene una jurisprudencia uniforme o unificada que nos permita establecer con claridad o certeza qué omisiones tienen el carácter suficiente para afectar la validez del contrato por objeto ilícito, pero especialmente, en qué casos se debe entender la omisión de regulación como una prohibición y en cuáles como remisión al Código Civil y de Comercio.

Respecto de la causa ilícita o desviación de poder, que es donde cabrían las omisiones a los principios de la contratación, el Consejo de Estado parece tener claro que la sola omisión o afectación de un principio no afecta automáticamente la validez del contrato, por el contrario, lo que se observa es que se tiene que verificar que se haya dado un favorecimiento o un interés ilegítimo por quien dicte la contratación, circunstancia que es opuesta a lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, donde el interés (provecho) ilícito es simplemente celebrarlo sin cumplimiento de los requisitos esenciales.

Ya teniendo la perspectiva del Consejo de Estado, acudiremos a continuación, a lo que la Corte Suprema de Justicia ha resuelto y ha definido como elementos esenciales del contrato estatal.

2.2 SEGUNDA REGLA METODOLÓGICA: PRINCIPIOS COMO ELEMENTOS ESENCIALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

A partir de este punto, se analizará el tipo penal desde la perspectiva de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. En ese sentido, es a partir de este momento en que se desarrollará la segunda regla metodológica sostenida por SANTOFIMIO GAMBOA, la cual, en términos simples, verifica la esencialidad del contrato partiendo de los principios consagrados en la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

La segunda regla metodológica, y de necesario uso complementario de la anterior, consistiría en aplicarle a cada uno de los momentos contractuales exigidos en las normas penales en estudio los principios generales de la contratación estatal, conforme a lo establecido en la Ley 80 de 1993. En este sentido, por ejemplo, para la evaluación concreta de las diferentes exigencias normativas, dentro del trámite de un contrato, sería pertinente aplicar sustancialmente los principios de planeación, transparencia y escogencia objetiva, en la medida que el campo natural para la configuración de cada uno de ellos está dado precisamente durante toda la etapa de formación o trámite del contrato⁵¹.

Esta segunda regla metodológica parte del análisis sostenido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en múltiples de sus sentencias de casación, verificando que para dicha Corporación el fin supremo de la contratación pública es que se tramite, celebre y ejecute en los términos de los principios de la Constitución y la ley.

Es así que, tal y como lo habíamos mencionados al principio de este trabajo, la contratación pública debe orientarse por el interés general, es por eso que, tal y como lo sostiene Santofimio Gamboa, la omisión de los principios que rigen la contratación pública afectan la legalidad del contrato.

⁵¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Op. Cit. p. 295.

Sin embargo, como más adelante se desarrolla, la posición sostenida por la Corte Suprema no necesariamente configuraría ineficacia del contrato por vía de nulidad absoluta o relativa.

2.2.1 Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia en relación con los elementos esenciales para la celebración, tramitación y liquidación del contrato estatal

La Corte Suprema de Justicia en relación con el análisis de los elementos esenciales del contrato estatal para la tipificación del tipo objeto de estudio, hace un análisis desde un enfoque diferente al que sostiene el Consejo de Estado, especialmente porque la esencialidad del requisito para la Corte Suprema reside especialmente en la afectación o no de los principios de la contratación estatal. Es decir, la Corte Suprema en la mayoría de sus providencias no verifica si los requisitos por sí solos permiten calificar de inexistente el contrato o permiten sancionar el mismo de nulidad absoluta, sino que se limitan simplemente a establecer si con la omisión o transgresión de cualquier requisito se afectan o no los principios de la contratación pública.

En muchas de las sentencias de casación estudiadas, se puede observar que aunque el análisis de la Corte Suprema no coincide con el del Consejo de Estado, porque la primera toma el carácter de esencialidad a partir de la afectación de los principios de la contratación pública, mientras que el segundo, lo verifica desde los elementos de existencia y validez; ambas posiciones podrían concluir frente a un mismo caso, que se omitieron requisitos legales esenciales, tal sería el caso, por ejemplo, del fraccionamiento de contratos, que como lo observamos al inicio del presente trabajo, se materializa en sanción de nulidad absoluta por causa ilícita, y así mismo sucedería por ejemplo ante la utilización del proceso de selección diferente al dictado por la Ley, que por el Consejo de Estado se sancionaría con nulidad absoluta por objeto ilícito.

Así mismo, previo a desarrollar la jurisprudencia de la Corte Suprema es necesario advertir que también esta Corporación maneja dos tesis diferentes frente al tipo penal que estudiamos, la primera parte de verificar si la omisión o transgresión de los requisitos afecta o no los principios de la contratación, y la segunda de tener como esenciales una lista taxativa dependiendo de la fase del contrato.

En ese sentido, es que a continuación se presentan ambas perspectivas sostenidas por la Corte Suprema de Justicia:

2.2.2 Primera Perspectiva

Desde este punto de vista, la Corte dirige su análisis a verificar si la omisión o la transgresión de las disposiciones de la contratación estatal, conjunta o separadamente, implican la violación o no de uno de los principios de la contratación pública, sin especial análisis sobre su esencialidad en términos de inexistencia o de validez, porque para este enfoque lo esencial son los principios que, según lo visto hasta ahora, representan y se materializan en causa ilícita, denominada bajo la Ley 80 de 1993 como desviación de poder, pero en que en ningún caso dicha causal cobija totalmente la posición sostenida por la Corte Suprema, ya que como se observó anteriormente, para la desviación de poder se requiere probar el favorecimiento a un tercero o la búsqueda de un fin no legítimo, y que como se verá más adelante, para la Corte Suprema resulta suficiente con verificar si la conducta viola o no los principios de planeación, transparencia, economía, moralidad, imparcialidad, publicidad y selección objetiva.

En ese sentido, para ejemplificar el análisis que hace la Corte Suprema frente al tipo penal objeto de estudio, se presentarán dos sentencias, que tienen como fundamento esta primera posición.

2.2.2.1 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 29285 de 2 de diciembre de 2008. M.P. Alfredo Gómez Quintero

En la presente providencia se pretendía resolver la responsabilidad penal del Gobernador de un departamento del país, frente a la omisión de requisitos legales esenciales en la contratación para la adquisición de libros para las bibliotecas del departamento.

Previo al análisis sobre si la conducta es típica o no, la Corte entró a establecer los momentos sobre los que se configura el tipo, los cuales son la tramitación, celebración y liquidación, y paso seguido aclara lo siguiente:

En este sentido puede observarse que el legislador a través del estatuto contractual plasmó los principios que sobre la función administrativa predica el artículo 209 de la Constitución Política cuando señala que ella "está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...⁵².

En este caso la Corte para realizar el análisis sobre las conductas típicas, va sustentando su línea argumentativa con base en los principios de la función pública, en tanto estos son desarrollados por la Ley 80 d3 1993. Tal análisis es sostenido en múltiples sentencias, con lo cual se observa que la Corte omite realizar un análisis en términos de existencia o validez, sustentando la responsabilidad penal en la violación a los principios de la función pública regulados por la Ley 80 y nada más.

En la presente sentencia, el análisis parte de vincular cada omisión por parte del Gobernador con la afectación de uno o varios principios, tal y como a continuación se transcribe:

⁵² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso No. 29285 de 2 de diciembre del 2008. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

De manera concreta, la imputación frente a estos contratos se hace consistir en que en ellos se omitieron i) el principio de economía, porque no existieron estudios serios y previos de conveniencia y oportunidad; ii) el principio de transparencia, porque se acudió habilidosamente a la contratación directa fraccionando en dos lo que era un solo objeto contractual con el propósito de evadir la licitación, sin contarse con términos de referencia, iii) el deber de selección objetiva, en cuanto no se establecieron criterios de comparación objetiva de las propuestas y iv) el desconocimiento del artículo 3 del Decreto 855 de 1994 por no haberse tenido en cuenta los precios del mercado⁵³.

Ante tal presentación de los principios violados, si entráramos a analizar las omisiones en términos de existencia y validez, la única que tendría la naturaleza suficiente para catalogarse en un incumplimiento de requisitos legales esenciales, es la violación del principio de transparencia por el fraccionamiento de contrato, que como se ha dicho en reiteradas ocasiones por el Consejo de Estado, se sanciona con nulidad absoluta por desviación de poder (causa ilícita); el resto, no tendrían el carácter suficiente para configurarse en elementos esenciales si lo miramos desde la perspectiva del Consejo de Estado, salvo que se vincularan a la nulidad absoluta por desviación de poder, caso en el cual habría sido necesario probar la búsqueda de un interés ilícito como lo sería por ejemplo beneficiar a un tercero o a uno mismo.

Dicha argumentación desarrollada por la Corte Suprema, salvo por lo referido al fraccionamiento de contratos, deja entrever que cualquier omisión podría resultar en la violación de un principio, dejando demasiado indeterminado el tipo penal y violentando el principio de tipicidad en materia penal, ya que no se puede establecer previamente si la omisión de determinado requisito puede configurar a ojos del juzgador, en una afectación a los principios de la contratación estatal.

⁵³ Ibid.

2.2.2.2 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 27724 de 9 de abril del 2008. M.P. Javier Zapata Ortiz

En este caso se revocó una sentencia inicial de absolución, para declarar penalmente responsable a quien fue alcalde de Manizales para la fecha de la contratación, por haber intervenido y presionado la contratación con particulares con los que había sostenido una relación comercial en una de las entidades del municipio en las que participaba como miembro del órgano de administración.

La Corte en dicho caso, al pronunciarse sobre el contrato objeto de debate, declaró que no se habían cumplido los requisitos legales esenciales al celebrar una promesa de compraventa de inmueble sometido a condición, porque la misma establecía que para trasladar el dominio se debía realizar unas obras urbanización a cargo del vendedor, hecho que para la Corte se materializaba en una clara simulación del contrato, todo con el fin de evadir la licitación pública y así poder contratar directamente las obras de urbanización de los predios objeto de compraventa.

En este caso, la sentencia inicial dictada por el Tribunal que conoció del caso, fue la de absolver en los siguientes términos:

- No se puede sostener sin lugar a equívocos que se trataba de una simulación, porque no estaban probadas las intenciones de los contratantes.
- No se puede hablar de un contrato de obra, porque *“no es de usanza emprender obra en terreno ajeno”*.
- La ley 80 establece se puede suscribir contrato en los términos de la legislación civil y comercial, y en ese caso, dicha regulación tiene consagrada la posibilidad de suscribir contratos sometidos a condición.

En ese sentido, el Tribunal concluyó que: *“Para la Sala la naturaleza del contrato (compraventa directa) impide que se establezca como requisito fundamental del mismo el justo precio y cualquier reparo que al respecto pueda proponerse, es*

asunto que debe resolverse a través de las acciones constitucionales del caso, luego, su discusión está por fuera de la esfera del derecho penal”.

Es así que las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia, para revocar y establecer que no hubo el cumplimiento de requisitos legales esenciales, se centran en la inobservancia de los principios por cada requisito no cumplido, tal y como a continuación se resume:

- Selección Objetiva. Simulación del contrato de compraventa para evadir la selección del contratista mediante la licitación pública.
- Planeación. No se hicieron reservas presupuestales, ni se allegó certificado de la Oficina de Planeación sobre la utilización del suelo⁵⁴.
- Transparencia. El alcalde del Municipios, quien participaba de la Junta Directiva de la entidad compradora, tenía relaciones desde antes de iniciar la contratación con los particulares vendedores.

La Corte fundamentó su decisión en los términos anteriormente señalados y revocó la sentencia inicial de absolución, caso en el cual condenó por el tipo penal de celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales, sosteniendo que la entidad sometió el contrato a condición con el fin de evadir la selección de contratista a través de la licitación pública para la realización de las obras.

En ese sentido la Corte determinó que se debió haber suscrito un contrato de obra, porque, aunque no se violan requisitos esenciales, si se violan los principios de la contratación, así:

⁵⁴ Sobre este punto el Consejo de Estado ha establecido que la reserva presupuestal no afecta la existencia o validez del contrato, y que, en ese sentido, solo afecta la ejecución del mismo. Sin embargo, contrariamente la Corte Suprema de Justicia ha optado por sostener que es un requisito legal esencial.

La omisión de los métodos integrales para la selección objetiva del mejor proponente, conlleva a tipificar el delito de celebración de contrato sin requisitos legales.

(...)

El estudio teleológico y sistemático del tema, en la órbita constitucional, legal y jurisprudencial, enseña que si bien algunos trámites concretos inherentes al procedimiento contractual, aisladamente observados no alcanzan la calidad de requisitos esenciales de los contratos, en cambio, sí tienen ese talante los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que se garantizan precisamente a través del cumplimiento esos trámites.

Aquí lo que se advierte es que se reconoce que cada requisito *per se* no se configura necesariamente en la omisión de un requisito esencial, y expresamente se declara que la calidad de esenciales la da la afectación a los principios de la contratación pública, tal sería el caso por ejemplo lo relativo a las reservas presupuestales casos en los cuales el Consejo de Estado ha resuelto establecer que es un requisito para la ejecución del contrato y no para su existencia y validez, y sin embargo, la Corte Suprema acá lo enuncia para sostener que se violó el principio de planeación.

Esto solo demuestra que el argumento más importante para la Corte Suprema, para establecer que la selección del contratista debió haberse hecho mediante licitación pública, es aquella que pretende probar que no se respetaron los principios de la contratación pública, y más específicamente el de selección objetiva y transparencia.

En este caso hubo un claro favorecimiento por parte del Alcalde a los vendedores, con quienes previamente gozaba de una relación comercial, sin embargo, si omitimos el claro hecho de que hubo desviación de poder por la relación previa que los vendedores del inmueble y el Alcalde tenían, la forma en la que adquirieron el inmueble, y la actividad económica que desarrollaban, y si solo nos centráramos en revisar los hechos relativos a la contratación, el análisis desde la óptica del Consejo

de Estado hubiese diferido del análisis realizado por la Corte, pero no hubiera resultado necesariamente en una decisión diferente a lo resuelto.

En este caso, se recuerda que el Consejo de Estado frente al objeto ilícito ha tomado dos posiciones, una relativa a un estricto principio de legalidad fundamentado en que los funcionarios públicos solo pueden hacer aquello que les esté expresamente autorizado, y otra posición que se fundamenta principalmente en la remisión al Código de Comercio y el Código Civil. Si analizáramos el presente caso desde la primera posición, hubiese habido objeto ilícito porque el contrato de compraventa en la Ley 80 de 1993 no autoriza la celebración de contratos sometidos a condición, por lo que se hubiese configurado en este caso el tipo penal que estudiamos, mientras que, desde la segunda perspectiva, y que considero más acertada, no habría lugar a objeto ilícito, y no se hubiera configurado el tipo penal, porque el Código Civil estableció la posibilidad de celebrar contratos sometidos a condición, por lo tanto, ante la circunstancia de que no existe una prohibición expresa y hay una clara remisión de la Ley 80 de 1993 a las normas comerciales y civiles, la celebración del contrato de compraventa sometido a condición no habría estado sancionado con nulidad absoluta por objeto ilícito y por lo tanto no se hubiese configurado el delito, habiendo lugar a absolución en última instancia.

Se concluye, entonces, que para la Corte resulta de una gran envergadura la protección de los principios legales y constitucionales de la función pública materializados en la ley de contratación, sin embargo, bajo dicha tesis cualquier omisión de cualquier disposición afecta de una u otra manera algún principio de la contratación, por lo que se considera que no debería ser suficiente con sostener que hubo vulneración de principios, cuando no todos configuran elemento esencial según la jurisprudencia del Consejo de Estado, que es realmente el llamado a determinar que es esencial para la contratación estatal.

2.2.3 Segunda Perspectiva

Esta es una tesis minoritaria de la Corte Suprema, la cual declara que cualquier omisión no puede ser tomada como elemento esencial, ya que derivaría en la violación del principio de tipicidad. Es así como bajo esta tesis se sostiene que hay requisitos esenciales taxativos dependiendo de la fase del contrato y, lista que a continuación se relaciona:

- 1) Previos a la celebración del contrato:
 - a. Competencia del funcionario para contratar.
 - b. Autorización para que el funcionario competente pueda contratar.
 - c. Existencia del rubro y registro presupuestal correspondiente.⁵⁵
 - d. La licitación o el concurso previo.
- 2) Concomitantes a la celebración del contrato cuyo cumplimiento habilita el acuerdo entre la administración y el particular:
 - a. Elaboración de un contrato escrito que contenga todas las cláusulas atendiendo a su naturaleza, y las obligatorias en casos determinados y para ciertos contratos.
 - b. La constitución y otorgamiento de garantías de cumplimiento por el contratista.
 - c. La firma del contrato por las personas autorizadas.
- 3) Posteriores a la celebración del contrato, cuyo cumplimiento permite que una vez firmado el mismo la actuación quede en firme y pueda ser ejecutado:
 - a. La aprobación por parte de la entidad competente.
 - b. El pago del impuesto de timbre.
 - c. La publicación del contrato en el órgano competente, para efectos de la publicidad del acto.”

⁵⁵ Se insiste en que para el Consejo de Estado la existencia del rubro y registro presupuestal afectan la ejecución del contrato, pero no su existencia o validez.

Como se observa, bajo esta perspectiva se tiene claro cuáles son los requisitos esenciales del contrato, y nos permite establecer sin lugar a duda, cada uno de ellos en cada etapa contractual.

Esta posición resulta muy interesante porque deja de lado cualquier duda que pudiera resultar sobre cuáles son los requisitos esenciales, sin embargo, a pesar de las buenas intenciones que seguramente tuvo el juzgador, algunos puntos de dicha tesis presentan inconvenientes.

El literal c) del primer punto, referido a la existencia del rubro y registro presupuestal correspondiente, ha sido tomado por el Consejo de Estado como elemento que afecta la ejecución del contrato, pero no su existencia o validez, por lo tanto, en línea con ese razonamiento, y en orden con que el tipo penal se configura sobre las conductas en la etapa de trámite, celebración y liquidación, dicha omisión no debería establecerse como elemento esencial, ya que está por fuera de lo dictado por el tipo penal.

En esa misma línea argumentativa, todo el numeral 3) tampoco podría configurarse como elemento esencial, porque tal y como se menciona en dicho punto, el cumplimiento de esos tres puntos permite la ejecución del contrato, y que como se insiste, las conductas en dicha etapa no son sancionadas por el tipo penal.

En cualquier caso, a pesar de nuestras apreciaciones frente a esta posición, esta permite tener seguridad jurídica, lo que se configura en un límite a las decisiones de los jueces, ya que se establecen como límites claros a su actividad discrecional.

Algo que es muy importante resaltar de esta sentencia, es que la Corte reconoce que no cualquier incumplimiento de los principios de la función pública pueden configurar el delito de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos

legales esenciales, y pone de presente que la afectación a los principios resulta insuficiente para tipificar una conducta, tal y como a continuación se transcribe:

El incumplimiento de los principios que informan la función pública y, más específicamente, la contratación estatal puede, entonces, configurar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Esta afirmación, sin embargo, amerita una precisión. No basta afirmar el abstracto desacatamiento de uno de esos principios para predicar la existencia del delito, sino que es necesario que el axioma desconocido esté ligado a un requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador⁵⁶.

Tal y como se reitera en esta sentencia por la Corte Suprema, cualquier incumplimiento no se configura en omisión de requisitos esenciales por la afectación de los principios, sino que requiere que previamente dicho requisito se haya establecido como esencial, en cumplimiento del principio de legalidad y tipicidad en materia penal.

Así mismo concluye la Corte en dicha sentencia, que seguir la línea de análisis explicada en la primera perspectiva asumida por la Corte Suprema podría catalogarse como inconstitucional, por el nivel de indeterminación de los elementos del tipo.

2.3 CORTE CONSTITUCIONAL.SENTENCIA C-917 DEL 2001. M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

La Sentencia C-917 del 2001 resuelve una demanda de constitucionalidad sobre los artículos 146 y 149 del Decreto Ley 100 de 1980, y los artículos 410 y 413 de la Ley 599 del 2000, actual Código Penal, que consagran los tipos penales de la celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales esenciales y el prevaricato por acción.

⁵⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso No. 31654 de 20 de mayo de 2009. M.P. María del Rosario González y Augusto J. Ibáñez Guzmán.

Las demandas fueron incoadas por considerar que dichos tipos penales desconocían el fuero constitucional del acto administrativo y el contrato estatal, al igual que no cumplían con el requisito de tipicidad por ser un tipo penal en blanco.

Frente al primer reparo, la Corte Constitucional recuerda que ya el Consejo de Estado se había pronunciado frente a ese punto en sentencia de la Sección Tercera, de fecha 17 de marzo de 1994, que aclaró que “*las normas penales regulan el comportamiento personal del funcionario*” y la jurisdicción contenciosa asume la responsabilidad administrativa, sin embargo para el demandante, solo podrían a entrarse a calificar las conductas tipificadas en el tipo penal de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, cuando las mismas hayan sido calificadas previamente por el llamado a juzgar los actos administrativos y los contratos estatales y se haya “*declarado la ilegalidad, nulidad absoluta o ilicitud del contrato, resolución, dictamen o concepto*” por la jurisdicción contenciosa administrativa, por lo que este considera es un tipo penal con “*una verdadera circunstancia de prejudicialidad*”.

Pero a juicio de la Corte Suprema:

Queda, entonces claro que el legislador no ha invadido competencias exclusivas de la jurisdicción contenciosa administrativa, y que, por el contrario, ha previsto la forma como debe actuar el fiscal o el juez penal cuando está pendiente una decisión judicial. (...) la Corte considera que no hay violación al debido proceso, por una parte, y tal como están estructurados los artículos, ellos se encaminan a que se haga realidad un orden justo, al permitir que se sancionen, en debida forma, estas conductas del servidor público⁵⁷.

Así mismo, frente al argumento que pone de presente que el tipo penal de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos esenciales, por tener la calidad de ser un tipo penal en blanco, no cumple con el principio de tipicidad, la

⁵⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-917 del 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Suprema resolvió que por sí solo tal hecho no configura una violación al principio de tipicidad y en ese sentido se encargó de citar jurisprudencia, como por ejemplo, una relativa al delito de usura, en el que por su carácter de tipo penal en blanco, se acude a la Resolución de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) para llenar de contenido el tipo penal de usura, concluyendo que se puede acudir a la norma para verificar los requisitos del tipo.

Como se observa, tal decisión se tomó con sin analizar los problemas que realmente presenta el tipo, ya que como se ha visto a lo largo del presente trabajo, no puede afirmarse con cierto grado de certeza, cuáles son los requisitos legales esenciales de los contratos estatales.

3. CONCLUSIONES

El tipo penal de la celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, es un tipo penal ubicado en la categoría de tipo penal en blanco, tal y como se vio al inicio del presente trabajo, por lo que se debe acudir a normas de carácter extrapenal para verificar cuál es la conducta típica que se pretende castigar.

Siendo así, la primera norma extrapenal llamada a determinar lo esencial del contrato estatal sería la Ley 80 de 1993, denominada comúnmente como el Estatuto de Contratación, la cual no ofrece una respuesta expresa frente a cuáles son los requisitos esenciales a los que hace referencia el tipo penal, ya que la misma no definió o desarrolló el concepto de esencial para el contrato estatal, sin embargo, la remisión expresa de la ley permitiría valerse de normas civiles y comerciales aplicables a los contratos para definir las mismas.

A pesar de la remisión legal, que podría resolver las dudas sobre a qué se hacía referencia cuando se hablaba elementos esenciales, los tres tribunales cuya jurisprudencia se ha citado en este trabajo (Consejo de Estado, Corte Suprema y Corte Constitucional), han tomado posiciones un tanto diferentes respecto cuáles son los requisitos esenciales, según el Consejo de Estado la esencialidad serían “aquellas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente”, lo cual implica que la esencialidad se sostiene en términos de existencia y validez del contrato; por su parte la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, interpreta que la esencialidad reside en la afectación o no a los principios de la contratación pública.

Con independencia del debate que se pueda desarrollar sobre cómo debe interpretarse lo esencial del contrato estatal, el análisis de ambas corporaciones representa retos en relación con el principio de tipicidad en materia penal, ya que en ambos casos se presentan problemas de indeterminación de los requisitos.

Por un lado el Consejo de Estado no tiene jurisprudencia unificada en relación con la aplicación del principio de legalidad y su sanción de objeto ilícito, en tanto, parte de extender el principio de legalidad aplicable a los servidores públicos a la contratación estatal, concluyendo que las omisiones del legislador son prohibiciones, sin establecer con claridad cuándo debe entenderse que hay prohibición o remisión, y así mismo, en relación con cuáles requisitos pueden ser ratificados, se muestra que hay muchos requisitos que no han sido debatidos y sobre los que todavía no conocemos si su omisión configura o no nulidad absoluta.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, considera que los elementos esenciales son los principios de la función pública en general, y los principios de la contratación desarrollados por la Ley 80 de 1993, lo que deja también muy indeterminado el tipo penal, ya que cualquier omisión o transgresión de cualquiera de los requisitos dispuestos por la Ley 80 de 1993 afectan de una u otra manera los principios de la contratación, dejando la evaluación a discrecionalidad del juez.

En cualquier caso, dichas corporaciones, a pesar de partir de posiciones un tanto diferentes, hay muchos eventos en los que concurren en la calidad de requisitos esencial de determinado requisito, tal es el caso por ejemplo del fraccionamiento de contratos, no elevar al contrato a escrito y celebrar contratos con personas incurso en inhabilidades e incompatibilidades, que en el caso de la primera corporación configuraría sanción por nulidad absoluta y en el segundo caso, se configuraría el tipo penal por violación a los principios de planeación, transparencia, economía, moralidad, imparcialidad, publicidad y selección objetiva.

También se encuentran otros casos, en los que hay diferencias en el análisis, por ejemplo, encontramos el requisito de tener partidas o disponibilidades presupuestales con anterioridad a la suscripción del contrato, requisito que para el Consejo de Estado es un requisito de ejecutabilidad, el cual no afecta la validez del contrato, y para la Corte Suprema de Justicia podría llegar a considerarse como elemento esencial porque su omisión resultaría en una violación al principio de planeación.

Es así que las posiciones del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, como se conoció en este trabajo, son diferentes respecto de la base de la que parten para establecer si hubo o no afectación de requisitos esenciales, sin embargo, tales posiciones no implican que se den soluciones diferenciadas a los casos estudiados.

En cualquier caso la Corte Suprema no debería hacer una interpretación tan extensiva del tipo penal porque podría configurar una violación al principio de legalidad que se establece en materia penal que dispone que *“la analogía sólo se aplicará en materias permisivas”*, ya que como se observa, el análisis principialístico que realiza el Consejo de Estado lo hace desde la desviación de poder, pero con una rigurosidad que parte de probar el favorecimiento a un tercero o a sí mismo, y no cualquier violación de los principios configuraría una nulidad por desviación de poder.

Recientemente la Corte Suprema de Justicia viene modificando su jurisprudencia en el sentido de reconocer que cualquier afectación a los principios de la contratación y la función pública no pueden configurar el tipo penal, así:

(...) aunque es cierto que los principios consagrados en el artículo 209 de la Carta Política y los que rigen la actividad contractual estatal en general son aplicables a cualquier tipo de contrato celebrado por los servidores públicos en ejercicio de sus funciones, ello no implica que la alusión genérica a la trasgresión de dichos principios pueda aceptarse como referente suficiente para

tener por estructurado el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales⁵⁸.

Pero lo que es especialmente importante de dicha sentencia es que:

Finalmente, cabe reiterar que si bien es cierto el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales puede configurarse por la trasgresión de los principios que rigen la contratación pública (CSJ SP, 5 nov. 2008, Rad. 25104), también lo es que la alusión genérica a los mismos no es suficiente, pues por esa vía podría transgredirse uno de los pilares fundamentales del sistema penal en un estado social y constitucional de derecho: el principio de legalidad (CSJ SP 3963, 22 mar. 2017, Rad. 40216).

Por lo tanto, se espera que la jurisprudencia que viene cambiando y reconociendo las dificultades de la posición generalmente sostenida por la Corte Suprema de Justicia, puedan unificarse y garantizar una aplicación razonable del tipo penal, permitiendo así una expectativa racional para el servidor público que interviene en la contratación y que podría incurrir en la celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales esenciales.

⁵⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia SP7322-2017. 24 de mayo del 2017. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

BIBLIOGRAFÍA

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 599 del 2000. Por la cual se expide el Código Penal.

-----, Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13.414. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

-----, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Bogotá, 26 de noviembre del 2015. Radicado. 23001-23-31-002-1998-10190-01(32626). C. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

-----, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

-----, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Bogotá, 29 de octubre del 2014. Radicado. 25000-23-26-000-2001-01477-01(29851). C. P. Hernán Andrade Rincón.

-----, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de julio 8 de 2009, Expediente 15004, C.P. Mauricio Fajardo Gómez;

-----, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 22 de julio de 2009, Expediente 16106. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Expediente 14390. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente número: 850012331000030901; y sentencia del 2 de mayo de 2007. C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

----- . Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 26 de febrero del 2015. Radicado 30934. C.P. Hernán Andrade Rincón.

----- . Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 16 de julio del 2015. C.P. Hernán Andrade Rincón.

----- . Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de diciembre del 2013. Radicado 2005-2130. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

----- . Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 29 de abril del 2015. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz

----- . Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de marzo del 2007. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez

----- . Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2014. C. P. Enrique Gil Botero.

----- . Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 16 de 2006, exp. No. 31.480.

----- . Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de marzo de 2007. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez

-----, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 5 de octubre de 2005. Rad. AP 01588

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-489 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

-----, Sentencia C-442 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

-----, Sentencia C-563 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

-----, Sentencia C-917 del 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso 35560 de 12 de junio del 2013. M.P. María del Rosario González Muñoz.

-----, Sala de Casación Penal. Proceso 24606 de 6 de marzo de 2008. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

-----, Sala de Casación Penal. Proceso 29285 de 2 de diciembre de 2008. M.P. Alfredo Gómez Quintero

-----, Sala De Casación Penal. Proceso 27724 de 9 de abril del 2008. M.P. Javier Zapata Ortiz

-----, Sala de Casación Penal. Proceso 31654 de 20 de mayo de 2009. M.P. María del Rosario González y Augusto J. Ibáñez Guzmán

-----, Sala de Casación Penal. Sentencia SP7322 del 24 de mayo de 2017. M. P. Patricia Salazar Cuellar

COLOMBIA. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Concepto marco de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos. Disponible en: http://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/INHABILIDADES_E_INCOMPATIBILIDADES_DE_LOS_SERVIDORES_PUBLICOS.pdf

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 222 de 1983. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Delitos de Celebración Indevida de Contratos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010.