



Graduate School of Business (Rosario GSB)

Maestría en Contratación Estatal y su Gestión

Las Implicaciones del Artículo 1525 del Código Civil, en la Contratación Estatal

Presentado por:

Michel Felipe Molano Veleño

Bogotá, D.C. 2 de noviembre de 2023



Graduate School of Business (Rosario GSB)

Maestría en Administración (MBA)

Título del proyecto aplicado empresarial

Modalidad: Estudio de caso

Presentado por:

Michel Felipe Molano Veleño

Bajo la dirección de:

William Barrera Muñoz

Bogotá, D.C. 2 de noviembre de 2023

Contenido

Contenido	i
Declaración de originalidad y autonomía	iv
Declaración de exoneración de responsabilidad	v
Palabras clave.....	vi
1. Reto	1
2. Introducción	2
3. El contrato estatal y sus diferencias con el contrato comercial-civil	8
4. Del concepto de Nulidad	16
5. Nulidad y sus efectos generales.	18
5.1. Supuestos para la aplicación del artículo 1746 C.C.....	22
5.1.1. la existencia de una obligación o prestación que debe restituirse.....	22
5.1.2. La declaración de nulidad.....	26
5.1.3. Factor subjetivo-buena fe	26
5.2. Nulidad en la Ley 80 de 1993.....	28
6. Efectos especiales de la nulidad y análisis del artículo 1525 del Código Civil	31
6.1. Análisis como sanción.	31
6.2. Supuestos para la aplicación del artículo 1525 del Código Civil, como sanción	33
6.2.1. La entrega efectiva de una prestación -todo lo entregado o pagado.	33
6.2.2. Sobre lo referente a las prestaciones que no hay lugar a repetir.....	34
6.2.3. Elemento volitivo- doloso-	34
6.2.4. La declaración de la causa u objeto ilícito.....	36
7. Como se trabaja el artículo 1525 del Código Civil en la doctrina	36
7.1. Sanción-	36

7.2. Análisis como prohibición.....	38
7.3. Análisis como efecto o consecuencia de la declaratoria de nulidad por objeto y causa ilícita.	40
7.3.1. Debe haber un contrato con objeto o causa ilícita.	45
7.3.2. Una prestación efectivamente entregada	45
7.3.3. Declaratoria de nulidad por objeto o causa ilícita	46
7.3.4. ¿Qué no se debe repetir?.....	46
7.3.5. Que es a sabiendas.	47
8. Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la posible aplicación del artículo 1525 del C.C. en la contratación Estatal.....	48
9. Resolución del Caso	74
10. Bibliografía.....	83

Para mis padres, quienes con su enorme esfuerzo me permitieron soñar que todo es posible con compromiso y dedicación, y que aún en malos momentos siempre se debe luchar con integridad hasta el final. Siempre será mi emblema y mi escudo, que aún ante los peores augurios mis papás con tenacidad y esfuerzo se levantaron una vez más para acompañarme a completar este viaje.

Agradecimientos:

A mi abuelita Ana Rosa de Veleño quien con su amor me educo como si fuera su hijo, al Doctor Jorge Enrique Ibáñez y su familia quienes me abrigaron cuando más lo necesite brindándome todo su apoyo no solo en lo académico, sino que también en lo personal para formarme como abogado y forjar este nuevo logro.

Al doctor William Barrera Muñoz, quien fue un gran docente, una maravillosa persona y proporciono su tiempo y dedicación para llevar este trabajo adelante. Finalmente a Daniella Peñuela Juvinao, quien me acompañó con valor y felicidad en este tramo, acolitando mis locuras y dándome siempre su apoyo

Felipe Molano V.

Declaración de originalidad y autonomía

Declaro bajo la gravedad del juramento, que he escrito el presente Proyecto Aplicado Empresarial (PAE), en la propuesta de solución a una problemática en el campo de conocimientos del programa de Maestría por mi(nuestra) propia cuenta y que, por lo tanto, su contenido es original.

Declaro que he indicado clara y precisamente todas las fuentes directas e indirectas de información y que este PAE no ha sido entregado a ninguna otra institución con fines de calificación o publicación.



Michel Felipe Molano Veleño
c.c.1019098685

Firmado en Bogotá, D.C. el 2 de noviembre de 2023

Declaración de exoneración de responsabilidad

Declaro que la responsabilidad intelectual del presente trabajo es exclusivamente de su autor. La Universidad del Rosario no se hace responsable de contenidos, opiniones o ideologías expresadas total o parcialmente en él.



Michel Felipe Molano Veleño
c.c.1019098685

Firmado en Bogotá, D.C. el 2 de noviembre de 2023

Palabras clave

Contratación Estatal, Nulidad, Dolo, Restituciones Mutuas, privado, Estado.

1. Reto

Determinar si las partes del contrato Estatal (Estado y particular) pueden ver afectada su inversión con la aplicación del artículo 1525 del Código Civil. En esta medida y para estudio del reto se tomará como campo de acción únicamente los contratos celebrados bajo el régimen de la Ley 80 de 1993, toda vez que normatividades adicionales como la de las Asociaciones Público-Privadas, entre otras, cuenta con elementos para alejar la aplicación de la norma.

Así mismo, se realizará una crítica a la interpretación realizada por el Consejo de Estado sobre la aplicación del artículo 1525 del Código Civil y su cabida en los contratos regulados por la Ley 80 de 1993, señalando sus posibles particularidades y efectos que pueden convertirse en un quebranto a la Constitución Política de Colombia y adicionalmente traducirse en una violación a los fines y principios que rigen a la Administración Pública y la contratación estatal.

Del mismo modo, para efectos de demostrar el impacto de la aplicación del artículo 1525 del Código Civil se realizará un análisis de distintas jurisprudencias al respecto y se desarrollará un caso a título de ejemplo con un contrato directo de arrendamiento, que equivocadamente han venido celebrando algunos municipios, para prestar el servicio público de operación y funcionamiento de un matadero municipal, cuando en realidad se trata de una concesión que debe adjudicarse mediante proceso licitatorio y a partir del caso mirar las posibilidades y riesgos de aplicación de la norma.

2. Introducción

Previo a resolver el cuestionamiento, se considera necesario dar una breve introducción sobre el concepto de la *Contratación Estatal* y su importancia como fuente primaria para el desarrollo y consolidación de políticas públicas. En este sentido, se debe señalar que la Contratación Estatal surgió a partir de la noción del poder mismo del Estado, configurándose como una herramienta ideal para la aplicación de políticas estatales mediante las cuales se cristalizan los fines estatales y se alcanza el logro del interés general, aspectos fundamentales en la existencia del Estado. Esta noción tan típica ha servido de cimiento para la construcción de diversos modelos de contratación estatal, que varían según el país y el ordenamiento que se analice, y que se han visto atravesados en su evolución por la necesidad de complementar el desarrollo de aspectos propios, con la inclusión de figuras normativas que ya venían siendo trabajadas de forma paralela en el tiempo, por otras ramificaciones del derecho.

Por lo anterior y a pesar de poder evidenciarse una evolución propia como disciplina, la contratación estatal, sin alguna a duda se ve permeada por una multidisciplinariedad de ciencias que la nutren en su concepto, generando un campo jurídico en el que interactúan simultáneamente el Derecho con otras ramas del pensamiento tales como la ingeniería, la sociología, la politología, la economía, etc., y donde adicionalmente se presenta una auto complementación con otras ramificaciones propias del Derecho. Debido a la interacción permanente con otras regulaciones, que rigen campos específicos de la sociedad, constantemente se replican instrumentos jurídicos de otras ramas del Derecho en la

contratación estatal, permitiendo que de forma directa o indirecta se vaya permeando de diferentes disciplinas en la construcción de sus normas, a manera de ejemplo la contratación continuamente interactúa con campos del derecho como el laboral, el económico, deportivo, ambiental, entre otros. (Benavides , 2004)

En esas continuas interacciones con otras ramas del derecho, surge la más conocida y reiterada, la conexión entre el derecho civil-comercial y el derecho público propio de la contratación, la cual tiene mayor preponderancia a partir del siglo XIX debido a una mayor libertad y cotidianidad de los privados en el mercado de productos y servicios que demanda la Nación, y es que a partir del siglo XIX con la desaparición de algunos Estados monárquicos se hizo necesario incrementar la legislación tendiente a regular relaciones entre el Estado soberano con los privados, en un esfuerzo por tender puentes de comunicación entre una entidad inicialmente superior y sus subordinados, con ocasión de lo anterior, se optó en muchas legislaciones por mantener un lenguaje homogéneo con el cual ambas partes pudieran trabajar, dando cabida a la incorporación del derecho comercial y civil en la naturaleza propia de la contratación estatal. (Martínez Vargas, Castro Cuenca , & Garcia López, 2010)

Por lo anterior, dependiendo del manejo de cada país, se propiciaron legislaciones con una de dos tendencias principales, a saber: *(i)* la inclusión plena del derecho civil y comercial en los ordenamientos, que buscaban consagrar un modelo único y sin privilegios para el Estado (Monedero Gil, 2015) o *(ii)* su rechazo aduciendo la necesidad de una normatividad totalmente especial, de cara a proteger el interés público y las finanzas del Estado (Ecobar Gil, 2003). A su turno, y dentro de una tendencia ecléctica que fue surgiendo, se hizo necesario acoger figuras de las anteriores tendencias y homogenizarlas en un solo ordenamiento, bajo este parámetro es perfectamente plausible la existencia de sistemas cuya regulación en esencia no distinga entre contratos estatales y los propios celebrados por los particulares y/o comerciantes, así como la existencia de prerrogativas especiales a favor del

Estado dada su condición como soberano, la protección de intereses mayores y el correcto funcionamiento de contratos con cierta importancia institucional.

En el caso de Colombia, el sistema es ecléctico pues si bien no mantiene un Estado separado de la negociación con los particulares, sí opta por mantener algunas excepciones en el tratamiento entre el Estado y sus subrogados, alegando situaciones de interés público, protección de los nacionales y/o satisfacción de los intereses estatales. Esta situación parte de nuestra misma historia, en la que a través de los años, el Estado se dio cuenta de la necesidad de la participación del capital privado, aprovechando su experiencia, mano de obra, fortaleza financiera, etc. ante la imposibilidad de asimilar el tamaño requerido para la prestación de la totalidad de los servicios demandados por sus nacionales, así como su incompetencia en la realización de la totalidad de los procesos requeridos para la adquisición de bienes y prestación de servicios, los cuales a veces son complejos, excesivamente técnicos y/o novedosos. En este sentido, si bien es cierto Colombia intentó en sus inicios establecer una contratación centrada y separada de la privada, asumiendo la carga total de planificación, ejecución y mantenimiento de los contratos, dicha tendencia fue mermando al darse cuenta del gran tamaño institucional requerido para el cumplimiento de los fines, la ausencia de capital y la carencia de elementos de experiencia, entre otros, que son propios del sector privado.

Consecuente con lo anterior, el Estado colombiano inició el desmonte progresivo de entidades de orden nacional o territorial, que ejercían actividades ajenas a las especializadas del Estado y que por lo mismo podían ser asumidas de mejor manera por los privados, a manera de ejemplo se desmontó el Almacén Público del Estado, el Ministerio de Obras (perdió funciones de realización de obras) y en otros sectores como las pensiones y salud permitió la incursión de los privados configurando modelos mucho más privados, con miras a lograr las finalidades específicas de cada sector, con mayor cobertura y calidad. En este sentido, las entidades estatales pasaron de ser agentes sobreprotegidos del mercado a

realmente interactuar con el mismo, en condiciones semejantes solo distinguiéndose por la vía de la excepción en determinados campos contractuales.

No obstante, lo anterior la evolución de la contratación estatal y privada ha seguido su curso y con el pasar de los años, se ha ido depurando cada vez más en campos de conocimiento que no necesariamente son aplicables entre sí. Es en este contexto y sentido cuando existe el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que señala:

“DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES.
Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.”

Se puede evidenciar, que las realidades institucionales de las entidades estatales, así como los fuertes controles de los órganos de control y los juicios de responsabilidad que se adelantan contra los agentes estatales (donde las sanciones van desde la pérdida de patrimonio, destituciones de cargos, hasta la prisión), determinan un contexto donde los funcionarios que intentan contratos atípicos, innovadores y/o el uso de tendencias del derecho comercial y civil que no estén totalmente constatadas y sean infalibles en su aplicación, se encuentran en un panorama de riesgo y sus criterios están sometidos a la interpretación sobre el adecuado uso de una herramienta, por parte de un funcionario externo a la entidad y al proyecto.

Esta situación de aplicar tendencias innovadoras propias de un medio más dinámico como lo es el derecho comercial y civil, aunque es útil, no deja de ser peligrosa más aun cuando las dinámicas propias de las legislaciones que componen las contrataciones (i) pública, (ii) comercial y (iii) civil, no son necesariamente las mismas ni responden a los mismos intereses. A manera de ejemplo y pese a no ser un desarrollo correcto a ojos del

autor, la contratación estatal con el paso de los años equivocadamente ha optado por ser mucho más estricta en su regulación, mientras que en la normatividad civil y comercial se ha buscado dar más dinamismo a los agentes del mercado, con la inclusión de contratos y/o figuras jurídicas que permitan la utilización del principio de autonomía de la voluntad, en toda su expresión. Estas situaciones disímiles permiten, que la contratación estatal se vea claramente carente de la utilización de herramientas propias de la contratación privada, bien sea por no contar con estrategias jurídicas para el desarrollo de estas o por temor de sus funcionarios a un correctivo por su indebida utilización.

Ahora bien, analizado lo anterior, se concluye la existencia de normas dentro de los distintos campos jurídicos civil, comercial y público que responden a situaciones jurídicas propias y que se encuentran reguladas conforme a la necesidad que cada campo asuma como relevantes, por lo que no necesariamente son aplicables en su totalidad y de serlo pueden ser contrarias en otro campo. No obstante, y aun cuando la dinámica de todas se pudiera mantener en un eje común y promover como homogénea en los tres campos que interactúan (civil, comercial y público), existiría una situación derivada de la remisión de una a otra, entendiendo que la base de la contratación estatal está en el derecho civil y comercial. A manera de ejemplo la contratación estatal cuenta con dos remisiones, que siguen un orden determinado, primero a la comercial y luego a la civil, es esta remisión la del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que parte de la existencia de una regulación ya existente, la cual recae en la contratación estatal con sus propios bemoles. Esta configuración busca en determinado momento evidenciar que la legislación pública y privada no deben estar separadas, traduciendo el deseo de cierto sector de la doctrina cuando señala, que:

“La teoría que señala la ineficiencia e inoperancia de cambiar a un sistema de contratación autónomo parte del supuesto de que “las instituciones del Derecho administrativo no necesitan tener una singularidad radical respecto de las que son propias del Derecho civil, contra lo que una ingenua tradición de «autonomía» científica ha venido pretendiendo” puesto que bien sean los contratos “administrativos (por su pertenencia a la jurisdicción contencioso-administrativa) o sean de los civiles estrictamente tales (por cuanto de sus incidencias conocen los

Tribunales ordinarios). Estas dos especies de contratos cumplidos por la Administración se unifican en su régimen, contra lo que pretendía la teoría divisionista estricta, en aspectos que cada vez los juristas valoran más ampliamente”, puesto que son idénticos “sus aplicaciones, particularismo de la elaboración de las cláusulas contractuales, formación interna de la voluntad administrativa, paso como son idénticas en las reglas sobre capacidad de las partes, vicios del consentimiento, nulidades, ejecución, extinción, responsabilidad contractual etc., etc., e incluso más, frente a la ingenua doctrina de la «cláusula exorbitante», resulta que «en la ejecución de sus contratos de Derecho privado la Administración dispone de las mismas prerrogativas fundamentales que en los contratos administrativos: inmunidad respecto a las vías ejecutivas ordinarias, privilegio de la decisión previa, prescripción cuatrienal», y hasta «cabe que se reserve potestativamente poderes de modificación unilateral o de rescisión del contrato».” (García Enterría, 1963)

A su turno, estas remisiones que en la mayoría de los casos son beneficiosas, pues eliminan la sobre regulación al evitar replicar normatividad ya existente, también atrae problemas propios de otras disciplinas, permitiendo que recaigan en la contratación estatal y por lo mismo se abran debates, que con el tiempo deben ser superados con nuevas regulaciones, derogatorias expresas y/o la interpretación y reducción en el ámbito de aplicación de ciertos apartados normativos, que resultan foráneos en la contratación estatal y movilizan el debate de situaciones de gestión y aplicación, a situaciones inocuas y riesgo.

“la gravedad del problema teórico del contrato administrativo es que en él se viene a condensar el problema entero del Derecho Administrativo, y en especial las tres cuestiones centrales de la modulación en su ámbito de instituciones procedentes del Derecho civil, de la posición jurídica de la Administración como sujeto y de la aplicación a la misma del Derecho privado. Por eso, puede decirse sin hipérbole que cualquier concepto del Derecho administrativo debe hacer sus armas precisamente con esta institución enigmática del contrato administrativo para justificar su exactitud, e, inversamente, que una verdadera doctrina del contrato administrativo prolonga inmediatamente sus efectos hasta la teoría general del Derecho administrativo (García Enterría, 1963).”

Por lo anteriormente expuesto, este trabajo pretende evidenciar la existencia de una situación jurídica específica donde la remisión expresa al derecho comercial y en especial al civil, ha generado un punto de partida inconveniente, para habilitar una herramienta jurídica,

que a juicio del escritor es especialmente peligrosa y abusiva dentro del ordenamiento, y la cual podría ser perfectamente aplicable en el derecho civil y comercial (bajo debate), pero al momento de llevarlas al campo de la contratación estatal acarrea grandes dificultades en el derecho público contractual y ponen en discordia elementos propios de la contratación estatal y elevan el riesgo de inversión en Colombia. Para efectos se pone de presente el artículo 1525 del Código Civil que suscita la disyuntiva:

“Artículo 1525. acción de repetición por objeto o causa ilícita. No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”

Se debe dejar claridad que aun cuando existen procesos donde se ha analizado la aplicación del precitado artículo, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la contencioso-administrativa, por regla general los jueces han resuelto señalar que *“es aplicable, pero en el caso de estudio no”* y esto no deja de traducirse en un riesgo con las implicaciones y efectos que se explicarán durante el presente trabajo.

3. El contrato estatal y sus diferencias con el contrato comercial-civil

La noción de contrato es tan antigua como el derecho mismo, por lo que es posible encontrar su configuración en los regímenes jurídicos de algunas culturas mesopotámicas, entre ellos, en el Código de Lipit-Ishtar,¹ el Código de Eshnna² y el Código de Hammurabi.³

¹ TECNOS: *Los Primeros Códigos de la humanidad*. Estudio preliminar, traducción y notas de Federico Lara Peinado y Federico Lara González. Tecnos, Clásicos del Pensamiento. Segunda Edición, Madrid, 2009, Páginas 109 a 133

² TECNOS: *Los Primeros Códigos de la humanidad*. Estudio preliminar, traducción y notas de Federico Lara Peinado y Federico Lara González. Tecnos, Clásicos del Pensamiento. Segunda Edición, Madrid, 2009, Páginas 135 a 174

³ TECNOS: *Código de Hammurabi*. Estudio preliminar, traducción y comentarios de Federico Lara Peinado. Tecnos, Clásicos del Pensamiento. Reimpresión de la Cuarta Edición de 2008, Madrid, 2012, Páginas 3 a 46

Siendo por lo general un acto jurídico que detenta un hecho voluntario de una o más personas, que busca satisfacer el interés de las partes mediante la producción de efecto en el mundo real amparados por la normatividad jurídica de cada país; este efecto jurídico puede consistir en crear, modificar, transmitir o extinguir un derecho y su obligación correlativa (Velásquez Restrepo, 1988). En esencia se traduce en una herramienta jurídica, que moviliza los elementos del imaginario de dos o más personas al mundo real, mediante la manifestación de voluntades que solo se ven limitadas bajo excepción por el principio de legalidad. Esta figura, según el tipo de persona que lo celebra, contrae la naturaleza comercial o civil, acarreando cargas específicas dependiendo del ordenamiento y permitiendo el acceso a nuevas figuras normativas.

Por su parte el contrato estatal nace de una concepción cuando menos más moderna, puesto que data de la época del florecimiento del derecho romano, donde obras de gran envergadura como el gran acueducto o el coliseo romano tomaban forma, resultando en una combinación del poder y la figura naciente del derecho entre personas, conocido como contrato. Esta teoría se aparta en cierto modo del común denominador de los autores jurídicos, quienes entenderían que solo a partir del siglo XIX existe una real configuración del derecho contractual para el Estado, en este sentido vale recalcar que aun cuando su evolución más importante data de esas fechas, negar su evolución desde el derecho romano e incluso antes, carece de sustento, por eso a manera de ejemplo en el texto de Polibio se refiere al proceso de contratación de bienes y servicios estatales así:

“De igual manera, el pueblo romano está subordinado al Senado y está obligado a tomar en consideración sus deseos, tanto en lo que concierne a los asuntos públicos como a los privados. Los contratos, demasiado numerosos para detallarlos, son adjudicados por los censores en toda Italia para la reparación o la construcción de edificios públicos, y también se obtienen ingresos de muchos ríos, puertos, jardines, minas, tierras de labor. Todo queda bajo control del gobierno de Roma y de todos estos encargos participa la gran mayoría de la gente, de modo que es difícil encontrar a quien no esté interesado en ello, bien como contratista o bien como empleado en los trabajos. Unos obtienen los contratos adjudicados por los censores; otros son sus socios; otros

aseguran como avalistas a los contratistas, o bien responden con sus propiedades particulares ante el tesoro público (Polibio 6, 17, 1-4).” (Ferrer, 2008)

Conforme a lo anterior, el derecho público entonces vigente en Roma, se construyó a partir de la necesidad de realizar el mantenimiento y reparación de edificios y vías públicas (*ultra tributa, sarta tecta*), donde si bien no existían las modernas configuraciones de procesos para la adopción de contratistas, los trabajos adjudicados por los censores a los contratistas (*redemptores*), quienes antes de cobrar el precio concertado debían esperar a que los censores recibieran las obras de plena conformidad (*probare*) y así lo hicieran constar en sus registros (*ensoriae tabulae*), y todo ello dentro del plazo de finalización de obra fijado en el contrato. El contrato de adjudicación de obra pública exigía, además, la prestación de alguna garantía personal (*praes*) o real (*obligatio praedorum*), que respondiera al buen fin de los trabajos y que, en algunos casos, por su complejidad y elevado volumen económico, acababa involucrando a diferentes ciudadanos en el proceso de formalización de dichas garantías y sus correspondientes afianzamientos, tal como se puede comprobar en el citado texto de Polibio. Los procesos de contratación, que no desaparecieron históricamente, mantuvieron su relación estrecha con el poder, donde aún en la monarquía se encuentra la existencia de realización de obras civiles importantes, que pueden y deben ser señaladas como públicas. (Molano Veleño, 2019)

A su vez, la necesidad de mayor capital y el requerimiento de mayor capacidad en la realización de obras, unida a la posibilidad de cambios de modelo de Estados propios del siglo XIX, abrieron una brecha importante para la incursión de personas del pueblo en la participación en obras y otros tipos contratos para la satisfacción de sus intereses y la ayuda a sus naciones. En ese momento inicia la inclusión de los particulares en la contratación estatal, a través de procesos de selección no tan depurados como los actuales y partiendo de la existencia de un mercado de competencia generalmente imperfecta en el cual la organización estatal interviene como único o escaso comprador de bienes y servicios demandadas por la nación, y donde cada vez más se hace necesario la celebración de

contratos, que cuenten con mínimos requisitos para su existencia, validez y perfeccionamiento. Esta situación como se advirtió previamente en la introducción del texto hace necesario, que los países entren a verificar el tiempo de ordenamiento para la regulación de los contratos que cada vez se volverían más generales.

Desde esta óptica parte la necesidad de establecer si el Estado debe someterse a las reglas del derecho común, dejando de lado su condición, naturaleza y fines, para optar por una aproximación igual a la de un particular dentro de un mercado competitivo. La situación, no obstante, en países como Colombia inicialmente se determinó como imposible por regla general, puesto, que los objetivos de una y otra parte pueden ser considerados como situaciones opuestas *a priori*, ya que por una parte (el Estado) es el máximo garante del interés general y protector de la finanzas estatales, y por el otro se encuentra el particular, quien inicialmente buscaría el provecho y lucro propio sin necesariamente contar con una responsabilidad de protección del interés público. Sobre esta situación el Consejo de Estado ha señalado:

“Tres son los criterios dominantes que se han ideado, como consecuencia de la amplia y larga controversia sobre esos contratos, para distinguir uno de otro: el de las cláusulas exorbitantes, el del servicio público, y el de la definición legal. En razón a aquellas la Administración se reserva los privilegios imponiéndolos como poder, y no obteniéndolos en calidad de contraprestación como cualquier contratante. En razón del segundo, se tienen como contratos administrativos aquéllos que conllevan el desarrollo de una actividad que signifique prestación directa e inmediata del objeto mismo del servicio público. Es este criterio el que adoptó el Consejo de Estado Francés al decidir el asunto “Esposos Bertin”, el 20 de abril de 1956, litigio originado en un contrato verbal pasado entre los esposos Bertin y la Administración Pública, mediante el cual aquéllos se comprometieron a proporcionar alimentación a súbditos soviéticos albergados en el centro de repatriación de Meaux, y que esperaban en espera de ser regresados a su país. Se entiende que la calidad de un contrato ha sido definida legalmente cuando la Ley lo llama civil o administrativo o cuando determina la Jurisdicción competente para conocer de los conflictos que él origina.”⁴

⁴ Sentencia del 19 de junio de 1970 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contenciosos Administrativo del Consejo de Estado, radicado: CE-SEC3-EXP1970-N843

Esta situación ha ido cambiando con el pasar del tiempo, dado que el particular ha visto cómo la ejecución de sus contratos puede y debe tener una afectación directa en la satisfacción del interés general, lo anterior a manera de ejemplo con la realización de aeropuertos, vías, represas, etc. por lo que se ha ido revaluando esta teoría permitiendo que el particular detente mayor interés público en la celebración, ejecución y control del contrato adjudicado, y por su parte el Estado participe en ciertos campos como particular (empresas del Estado, sociedades de economía mixta, Empresas comerciales e industriales del Estado, etc.) lo anterior, sin perjuicio de que aún no se alcance a romper con el modelo de protección al Estado como superior al particular. De igual forma se ha determinado que las cláusulas excepcionales contenidas en la Ley 80 de 1993, en general no son excluyentes para los negocios entre particulares, toda vez que el pacto entre las partes puede asemejar sus efectos permitiendo la interpretación unilateral, la terminación unilateral y otras que inicialmente se consideran del resorte público, esto sin embargo no es aplicable a todas las cláusulas sobre todo a la cláusula denominada caducidad. (Cediél, 2007)

Retomando la evolución del contrato Estatal, se evidencia que, establecidos los canales de comunicación entre el Estado y los particulares, se requirió la configuración de un sistema contractual distinto del derecho común en el cual se distinguiera claramente el régimen jurídico aplicable al contrato Estatal e inclusive el juez encargado de resolver las controversias que con motivo de éste surgieran. En el caso colombiano, esta segunda postura se abrió paso durante buena parte del Siglo XX y por ello se adoptaron regímenes especiales, diferentes al derecho común, con estatutos que regularon de manera concreta los contratos administrativos, como los contenidos en la Ley 4 de 1964, en el Decreto 150 de 1976 y el Decreto 222 de 1983. Es importante, especificar que aun cuando esta apertura se dio con el fin de que el Estado negociase con los particulares bajo reglas que protegieran el bien común, el régimen seguía siendo rígido, respondiendo al modelo de Estado vigente para la época y tratando de evitar a todas luces la equiparación de un contrato civil con uno estatal.

Con el cambio de paradigma implementado desde la Constitución Política de 1991, se empieza a realizar un avance histórico y en esa medida se adopta entre sus ejes temáticos un modelo de Estado y un sistema económico denominado economía social de mercado⁵ al cual deben someterse en su actuación económica el conjunto de entidades que integran la administración pública, esto precipitó una modernización integral en la configuración estatal, lo cual llevó a la expedición de una modernización de las entidades que podrían interactuar en la contratación Estatal, Ley 489 de 1992, el cambio en los procedimientos administrativo con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo y la elaboración del Estatuto de Contratación Estatal contenido en la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, vale rescatar que con la expedición de la Ley 80 de 1993, se configura en Colombia un nuevo tipo de Estatuto General para la contratación estatal el cual adopta un esquema mixto, que respeta la condición, naturaleza y fines del Estado, con base en lo cual su actuación debe cumplirse de conformidad con los principios que orientan la actuación administrativa pública, pero también admite y parte de la base de la aplicación de las normas y principios del derecho comercial y privado en todo aquello que se refiera a los requisitos

⁵ Sobre el particular la Corte Constitucional en Sentencia C-535 de 1997, señaló:

“Entre los distintos modelos de organización del mercado, la Constitución ha optado por uno que privilegia la libre competencia, para lo cual se reserva a la ley, vale decir, al gobierno democrático, la función de velar por que se configuren las condiciones que lo hacen posible. El alcance de la decisión constituyente no se avizora sin antes repasar someramente los estadios que la precedieron, pues ella se coloca al final de un largo decurso histórico que muestra la relación cambiante que vincula el mercado a la sociedad y al Estado. (...)

La institución del mercado corresponde a un dato histórico y cultural. En una época el mercado sólo desplegó una función marginal, dada la autosuficiencia de ciertas comunidades, circunstancia que todavía se presenta en algunos lugares del país y en relación con ciertos grupos humanos. En un momento ulterior de la historia, los gremios y corporaciones, en sus respectivos campos, controlaron las profesiones y los oficios y sujetaron a su férrea disciplina la producción y distribución de sus productos. El control corporativo del mercado, progresivamente fue desplazado por las corrientes de internacionalización que siempre han alentado el comercio y por la presencia cada vez más notable de la clase de los comerciantes en expansión creciente. Los estados nacionales, a su turno, al prohijar la filosofía mercantilista, asumieron bajo su protección el sistema corporativo, pero lo privaron de su autonomía en su afán por hacer de la prosperidad nacional una verdadera política de Estado, lo cual dio vida a infinidad de medidas de protección y a la directa participación del Estado en actividades económicas.”

de existencia y validez; del mismo modo se retoma lo desarrollado por el gran avance de la contratación civil y comercial, tipologías, principios, cargas, etc. y se dota al contrato estatal de herramientas para el correcto actuar del Estado como agente en el mercado. Esta ley tan especial en el ordenamiento toma los avances ya realizados en la jurisprudencia, los cuales se señalaban desde antes de 1989, que ya indicaba *“es verdad jurídica que en la contratación administrativa rigen los requisitos de consentimiento válido, objeto y causa lícitos que sobre la materia establece el Código Civil y sus disposiciones complementarias. La tesis anterior es de aplicación en todos los niveles esto es, en lo nacional, departamental y municipal”*⁶, retomando la historia misma del contrato estatal e integrando el derecho civil y comercial en su rendimiento y desarrollo.

Visto lo anterior, queda del todo claro que el contrato estatal parte de un escalón diferente a la simple comprensión del desarrollo en el derecho civil clásico. Puesto que desde su mera concepción existe una discrepancia entre la igualdad de las partes y que a pesar de la incursión del nuevo Estatuto de contratación estatal- Ley 80 de 1993, en el que se ha establecido que el contrato goza de una naturaleza civil-comercial, no puede limitar su análisis a estos campos, sino que se debe dar un paso adicional, donde se le dota de una categoría especial por las partes que lo celebran y su naturaleza, en este sentido el Consejo de Estado ya ha determinado, que:

“A partir de la vigencia de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el ordenamiento positivo adoptó la categoría del contrato estatal, el cual al margen de los reparos que amerita la definición contenida en el aparte inicial del artículo 32-, se encuentra legalmente definido como que acto jurídico creador de obligaciones cuya celebración concorra una de las entidades que menciona el artículo 2 ibidem, independientemente dese trate de contratos previstos o tipificados en el derecho privado, en disposiciones especiales o que sencillamente resulten del ejercicio de la

⁶ Sentencia del 16 de febrero de 1989, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicado CE-SEC3-EXO1989-N4322.

autoinmune de la voluntad como suele suceder con los que clasifican como atípicos e innominados”⁷

A su turno, cabe recordar que esta connotación como contrato especial dentro del ordenamiento jurídico colombiano dota de dinámicas diferentes a quienes interactúan con él, por dar un ejemplo en la Ley 80 de 1993 se establece una categoría especial de partes del contrato, los cuales se denomina colaboradores del Estado. Bajo este supuesto tanto el Estado como su contratista, no deben actuar como contrapartes sino como colaboradores que buscan un fin común, la satisfacción del interés general. Esta sutil diferencia no lo es en realidad y deriva en un cambio en su dinámica como parte, teniendo que actuar con la finalidad de proteger el patrimonio público con el que se financia el objeto del contrato estatal y salvaguardar el interés público. Ello por su parte se traduce en mayores exigencias en las cargas y deberes en todas las fases del contrato y aún más en sus etapas precontractuales, denotando así una diferencia sustancial que no requieren seguir los contratantes particulares, esta situación doblega el poder del Estado y limita en los privados la autonomía de la voluntad. (Monedero Gil , Doctrina del contrato del Estado, 2015)

Sin perjuicio de las particularidades del régimen y su especial configuración, el derecho público y en especial el de la contratación debe tener en cuenta herramientas del derecho privado para responder a un contexto cada vez más exigente, dado el dinamismo de la sociedad y los mismos efectos económicos, sociales y particulares de esta. En esta medida no se debe perder de vista, que aun cuando el contrato estatal tiene una percepción más rígida en la sociedad, la naturaleza civil y comercial que reside en él le permite tener acceso al principio de autonomía de la libertad en su celebración con los atenuantes propios de su actividad. (Cassagne, 2013)

⁷ Sentencia del 20 de enero de 2008, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicado 52001-23-31-000-2005-00512-01 (32867)

A su turno y aun cuando la dinámica propia de los contratos civiles y comerciales dotan de mayor fluidez al sistema de contratación, hay aspectos en los que sus naturalezas resultan ajenas e incluso contrarias, permitiendo que normatividades regladas para un específico campo como lo es el contrato civil y comercial no puedan ser trasladadas de igual forma a la contratación pública dada su singular naturaleza. No hay que olvidar entonces, que cada vez que se remite por intermedio del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 a la normatividad comercial y civil, el funcionario, el tercero interesado- o el juez de conocimiento, no debe perder de vista que sus historias son distintas y aun cuando se favorecen en muchas situaciones, la norma a pesar de no estar excepcionada en su aplicación resulta inaplicable por su contexto y naturaleza tal y como lo veremos en los intentos de aplicar el artículo 1525 Código Civil en la contratación Estatal.

4. Del concepto de Nulidad

Antes de ingresar de lleno con lo estipulado por el artículo 1525 C.C., es necesario establecer unos mínimos de entendimiento para que la crítica final adopte forma y pueda ser aplicable. En este sentido es necesario entender en primera medida el concepto de nulidad y su contenido.

La nulidad nace desde el momento en que las instituciones jurídicas contractuales adquirieron suficiente desarrollo como para poder atentar contra la moral social y las disposiciones legales del momento, por lo que al igual que la figura misma que desarrollan el contrato y su existencia, puede ser vista incluso previo al derecho romano. Esta figura nace, si se quiere, como un limitante al poder otorgado a las partes para la celebración de sus contratos, para evitar que de modo arbitrario se celebren contratos o negocios sin observancia de los parámetros normativos vigentes en cada sociedad. En este sentido la celebración de los contratos requiere el lleno de ciertos requisitos, que podrán ser generales y aplicables a todos los contratos o singulares que respondan al preciso negocio que se celebra. (Hinestrosa, 2003).

Esta limitación *a priori* injustificada posee un sustento fáctico en la clara existencia de una sociedad que supera al individuo y lo limita en su actuar, conforme a ello mal haría el legislador, teniendo claridad de los mínimos legales en permitir que el particular utilice el contrato como herramienta ajena a su contexto normativo. Conforme a lo anterior, se diseñó una herramienta jurídica para eliminar o invalidar negocios jurídicos, y empezar a ver más allá de la mera apariencia del negocio jurídico y con el fin de realmente denotar el trasfondo del mismo, por lo que la autoridad competente debería empezar la investigación de la conducta de los particulares y determinar sus reales intenciones al momento de celebrar un contrato, permitiendo evidenciar si real y efectivamente se daba cumplimiento preciso a las disposiciones y principios que gobiernan el derecho, impidiendo que a través del acto o contrato, se configuren irregularidades que atenten contra las partes suscriptoras del convenio o la sociedad en general. (Hinestrosa F. T., 2015)

Históricamente tal y como lo denota el Doctor Fernando Hinestrosa una de las referencias más antiguas, pero a la vez más próximas a nuestro ordenamiento, se encuentra en el derecho romano en el cual “*la primera anomalía que adquiere relevancia en cuanto al acto de disposición de intereses es la carencia o la irregularidad del rito respectivo, a cuya perfección se encontraba sometido*” (Hinestrosa F. T., 2015) resguardando así las disposiciones normativas del momento consignadas tanto en la ley como en las costumbres. Ello sin embargo no frenó allí, puesto que se empezaría a generar el mismo rechazo a las convenciones celebradas con engaño o violencia, o que buscasen que alguien dispusiera de lo suyo transgrediendo o quebrantando injustificadamente una norma fundamental de la sociedad.

Ahora bien, los diversos comportamientos por los cuales un sujeto podía vulnerar el ordenamiento jurídico requirieron ser clasificados en graves y leves, en el entendido que las actitudes de las partes, el contexto en el que se generaban y la entidad misma de la norma vulnerada, revestían una entidad e importancia diferente para el Estado, dando origen a que

en un primer momento se consideraran que las más graves operan de pleno derecho y no pudieran ser subsanables, mientras que las leves pudieran ser subsanables y siempre se requiriera la declaratoria por parte de un juez. Esta diferenciación fue catalogando los desperfectos del contrato entre absolutos y relativos y se le fueron adicionando características específicas, donde a manera de ejemplo según fuera lo uno o lo otro, quienes tenían competencia para alegar la nulidad eran las partes o por el contrario fuera el juez quien pudiera hacerlo de manera oficiosa.

Ello sin embargo y tal como lo destacan los Dres. Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, si bien ha sido acogido en gran parte por el ordenamiento colombiano, para clasificar las nulidades, no fue admitido en su totalidad, ya que *“nuestro Código rechazó el concepto de la nulidad de pleno derecho y preceptuó que toda nulidad, cualquiera que sea su causa, tiene que ser jurídicamente declarada”* (Ospina & Fenández , 1980) generando que si bien algunos comportamientos cuyo interés solo repercuten en las partes, son constitutivas de causales de nulidad relativa y por lo mismo solo puedan ser solicitadas por ellas bajo el principio de relatividad de los contratos; y otros que, por su importancia más cercana al interés social o común y su connotación, podían ser declaradas adicionalmente de manera oficiosa por el juez o quien hiciera sus veces.

5. Nulidad y sus efectos generales.

Ahora bien y por regla general, la nulidad es el rechazo a un acto o contrato que no merece la tutela de la ley, en tanto y cuanto es abiertamente ilícito, carece de los elementos esenciales de la estructura del contrato sin poder derivar en otro o no reúne los requisitos indispensables para la celebración de este. En concreto, *“es una sanción legal prevenida políticamente para la operación en que la voluntad del único autor, la de una de las partes, o la de ambas estuvo viciada, no es una pena”* (Hinestrosa F. T., 2015)

Esto, sin embargo, no opera de manera automática, sino que por el contrario tal y como lo ha evidenciado la doctrina, el acto o contrato se reputará como válido por más causales de nulidad que reúna en su interior y comenzará a actuar, con la sola perspectiva de que, una vez comprobada su oposición al ordenamiento, genera su insubsistencia desde el momento en que se celebró el contrato. (Hinestrosa Fernando, 2015)

Ahora bien, esta situación es discutible puesto que desde múltiples partes de la doctrina nacional e internacional, se reputa que el contrato cuya nulidad se predica como absoluta, no existió en el tiempo y por consiguiente debe realizarse una ficción referente a retrotraer todo al estado anterior, esta situación, sin embargo, no deja de ser artificiosa puesto que la necesidad de demandar el acto o contrato para su efectiva declaración de nulidad, acarrea necesariamente la existencia del contrato hasta su demanda, lo cual por más que posteriormente se aduzca su inexistencia no deja de evidenciar la huella de un contrato que ya produjo sus efectos. En este sentido, el ordenamiento civil permite para subsanar este efecto, que las cosas se retrotraigan a su estado anterior, desapareciendo sus resultados y su propio ser. En otras palabras, *“pese a que el negocio jurídico nulo no existe para el derecho; de hecho, está presente. Es un cuerpo sin alma, pero a la vez no deja de ser un cuerpo”*. (Hinestrosa Fernando, 2015)

A su turno, tal y como se mencionó anteriormente, el legislador consagró en el artículo 1746 del Código Civil, la regla general referente a los efectos de la nulidad dando especial hincapié en lo referente a las restituciones mutuas a que haya lugar. En esta medida, lo primero que se deberá analizar sobre dicho artículo es a qué clase de nulidad es aplicable, toda vez que esto permitirá analizar quienes pueden solicitar la nulidad y qué intereses se protegen con este articulado. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia ha declarado repetidamente que, el presente artículo no hace referencia a un tipo de nulidad específica por lo que se encuentra consignadas en su interior los efectos *“in generale”* de la nulidad y es por ello por lo que este artículo es aplicable tanto a la nulidad absoluta como a la relativa. De lo anterior, se desprende que el efecto retroactivo de la nulidad, que busca la eliminación del

negocio jurídico ilegal, da como consecuencia que las partes deban ser reintegradas al estado en el que se pudieran haber encontrado previamente a la celebración del contrato irregular. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia declaró, que:

“este artículo (1746 C.C.) da los efectos retroactivos de la nulidad, sin distinguir su clase, al afectar el pasado, por cuanto las cosas deben volver al estado anterior a la celebración del contrato, como si éste no hubiese existido. Son estos los efectos ex tunc de la sentencia declarativa de la nulidad, que permiten suponer como lo ha dicho la Corporación que el acto o contrato no tuvo existencia legal, y entonces, por imperativo de lógica, hay que restaurar las cosas al estado en que se hallarían si dicho acto o contrato no se hubiese celebrado>”⁸

En esta medida la nulidad, se impetra con miras puestas a las restituciones de las prestaciones ejecutadas, toda vez que con ellas busca poner fin a todas las relaciones jurídicas derivadas del contrato y a eliminar cualquier rastro del mismo, permitiendo que lo que se hubiere ejecutado o se encontrara en ejecución sea devuelto, reintegrando los bienes o las cosas pagadas que se puedan devolver, o compensándolos en su defecto. Todo ello sin perjuicio de que la mera declaración de nulidad sea suficiente, para que se tenga derecho a restituciones, bien sea por la ausencia de interés restitutorio o porque el acto o contrato no está encaminado a generar efectos patrimoniales compensables, o porque la nulidad se dio cuando las partes aún no había ejecutado la prestación a favor de uno u otro.

Por su parte los efectos jurídicos de la nulidad en lo referente a las restituciones mutuas se han trabajado con mayor atención en la devolución de las prestaciones de dar, por lo que la jurisprudencia prácticamente se ha reducido a señalar que los interesados tendrán acción para que se les devuelvan las cosas que ellos han efectivamente entregado (prestaciones de dar), en virtud del contrato celebrado irregularmente, generando que en otros tipos como los contratos cuya obligación es de hacer, se busque la indemnización dada la imposibilidad de revertir el negocio al estado original.

⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC1078-2018 del 13 de abril de 2018.

Así mismo, en el inciso segundo del artículo 1746 C.C., se establece cómo se debe restituir, poniendo un elemento subjetivo de buena fe en el actuar de las partes, del cual se desprenderá la indemnización que puedan solicitarse por concepto de abonos de mejoras y de frutos, así como lo referente a la posesión que pudiera estarse ejerciendo por un tercero al momento de declararse la nulidad.

Ahora bien, es preciso denotar la existencia de una serie de supuestos que deben concretarse antes de generar su aplicación efectiva, es así como se genera una disertación que señala en su texto literario que:

“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.”

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Ahora bien, para la aplicación del artículo en cuestión, evidenciamos que en su primer inciso hay tres supuestos requeridos para su aplicación: 1. la existencia de una obligación o prestación que debe **restituirse**, 2. una declaración de una nulidad relativa o absoluta, en firme y 3. la ausencia de una normativa especial que configure otros efectos para el caso que se pretende analizar.

5.1. Supuestos para la aplicación del artículo 1746 C.C.

5.1.1. la existencia de una obligación o prestación que debe restituirse

Lo primero que atañe analizar es, qué se entiende por restituir, y la Real Academia de la Lengua Española lo entiende como *“devolver, volver a poner algo o alguien donde estaba”*.⁹

En concordancia con ello, el artículo 1746 C.C que emplea dicho término hace referencia a que una vez puesta la declaratoria de nulidad, en firme, las partes deberán reembolsar lo que hubieren efectivamente dado o entregado en ejecución del contrato declarado nulo y por lo mismo deberán pagarse todas aquellas prestaciones que se demuestren que se realizaron directa o indirectamente con base en el contrato anulado.

Sin embargo, pese a que ello resulta ser lógico desde la connotación de los efectos retroactivos de la declaratoria de nulidad, que seguían manteniendo una cierta ambigüedad sobre algunos temas, en particular referente a las prestaciones de los contratos declarados nulos y los cuales aún no habían sido ejecutadas, o habiéndose ejecutadas no se encontraban en las mismas condiciones en que se habían entregado. Estos dos escenarios debieron ser trabajados por la doctrina y la jurisprudencia, quienes los desarrollaron y concluyeron:

- A. Que en el escenario de las prestaciones que aún no habían sido ejecutadas, la declaratoria de nulidad extinguía las obligaciones contraídas con efectos futuros, por lo que toda prestación pendiente perdía su exigibilidad al carecer de una fuente de las obligaciones existente de la cual pudiera desprenderse su cumplimiento. Según afirma la Corte:

“Fuera de lo expresado y para determinar los efectos que produce la nulidad judicial declarada, es necesario tener de presente que si las partes

⁹ DPD 1.ª edición, 2.ª tirada - Real Academia Española

*habían cumplido o no las prestaciones del contrato anulado. Porque si las partes aún no habían ejecutado las prestaciones, declarada la nulidad, no hay nada que restituir, porque nada había dado o entregado los contratantes”*¹⁰

En esta medida todas aquellas obligaciones que no hubieran iniciado su ejecución o abiertamente no se hubieran ejecutado, no constituían más que una operación en blanco y por tanto no hay nada que “borrar” o reembolsar. Bajo la interpretación literal del artículo, solo serán reembolsables aquellas prestaciones que lograron pasar de la mera voluntad de las partes (en el pacto) a ejecutarse en la vida real. En esta medida y siguiendo los lineamientos que impone la Corte Suprema:

*“Las partes tiene derecho a ser restituidas al mismo estado de cosas existente al tiempo de celebrarlo, lo que de suyo implica, para el evento de haberse ejecutado total o parcialmente las prestaciones derivadas del mismo, la devolución de todo cuanto hubieren dado o recibido con ocasión de él (contrato).”*¹¹

Por lo tanto y con observancia de los artículos anteriormente mencionados, las partes deberán reembolsar lo que hubieren efectivamente dado o entregado en ejecución del contrato declarado nulo y por lo mismo deberán pagarse todas aquellas prestaciones que se demuestren que se realizaron directa o indirectamente con base en dicho contrato.

B. En el escenario de que las cosas no fueran las mismas que se hubieran entregado.

El inciso segundo del artículo 1746 C.C, determina adicionalmente las responsabilidades, así como las mejoras, a que tiene derecho cada una de las partes que recibieron algo como prestación del contrato irregular. Sobre el particular, los contratistas como paso previo a retornar a la situación anterior al contrato, deberán garantizar la

¹⁰ Cortes Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 30 de septiembre de 1987, M.P.: Alberto Ospina Botero.

¹¹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de junio de 2000, MP: José Fernando Ramírez Gómez

preservación de una relación de equidad sobre las prestaciones recibidas y por tanto deberán pagar las mejoras, así como responder por ciertas obligaciones de cuidado sobre los bienes a ellos entregados en virtud del contrato nulo.

En otras palabras y tal como lo establece la doctrina, las partes al serles comunicada la declaración de nulidad del contrato de forma definitiva, tendrán una nueva obligación previa a las restituciones mutuas, semejante a un contrato sinalagmático pero al revés, en el cual deberán pagar a la contra parte todo lo que pueda ser reputado a título de mejoras o frutos siempre que se cumplan los parámetros subjetivos que impone la norma, todo ello, como forma de dejar sin efectos los hechos del pasado y volver al estado anterior en que se hubieren encontrado, como si no hubieren celebrado el contrato en cuestión. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido sobre el particular, que:

“se debe restituir la cosa junto con los intereses y frutos de aquellas, así como el valor de los gastos y mejoras que se hubieren realizado en ellas, además de las indemnizaciones.”

...El precepto mencionado, determina las consecuencias que se derivan del aniquilamiento del vínculo contractual, dispuesto por la declaración judicial de nulidad, cuando señala los derechos y las obligaciones que a cada una de las partes le incumbe para que queden restablecidas en la situación existente al momento de celebrarse el negocio invalidado”.¹²

Tal y como se mencionó anteriormente, tanto la doctrina como la jurisprudencia mencionan un elemento adicional y es el factor subjetivo, para determinar no solo las responsabilidades que deberán asumir los contratistas en el momento de restituir las prestaciones a ellos entregadas, sino porque para algunos doctrinantes también se condicionan su efectivo derecho a ser restablecidos, ello con miras a la efectividad de otros artículos como el 1525 del Código Civil. No hay que perder de vista entonces, que la doctrina ha sido cuando menos cautelosa en la definición del concepto de buena fe, señalando

¹² *Ibidem.*

elementos, pero no limitando su definición a comportamientos exactos dada su naturaleza como concepto jurídico indeterminado. En esta medida podemos tomar ciertas pautas fijadas en la doctrina, donde se señala que *“el concepto de buena fe no es sinónimo de razonabilidad. Esto quiere decir que la buena fe va siempre en función de la tutela de la otra parte, o sea en garantía de la confianza legítima que en ella despertó quien debía proceder legalmente (...) Por ello no se puede tomar la buena fe con una elástica que le permita al obligado invocarla según su mejor saber y entender, con sacrificio del interés ajeno , y menos aún como una regla susceptible de atenuación que limite su responsabilidad al caso de fraude”* (Hinestrosa F. T., 2015)

Este factor subjetivo como lo analiza la Corte parte del supuesto de que las partes contratantes hubieren obrado de buena fe o sea imposible desvirtuar la presunción de la misma. Este punto toma aún más relevancia cuando se analiza el componente teleológico de la norma, el cual nos pone de presente, que ésta busca restablecer el equilibrio patrimonial turbado, para una de las partes o ambas y así evitar un enriquecimiento injusto o el pago de lo no debido. (Castro de Cifuentes, 2021)

Es entonces necesario que las partes restituyan lo que efectivamente se les ha entregado lo que implica por simple lógica que los sujetos contratantes hubieran dado o entregado algo en concordancia con el negocio jurídico, que en ese momento se reputaba como válido.

Este hecho es del que parte el derecho a restituir la cosa o prestación entregada, puesto que tal y como lo menciona la doctrina, cuando la nulidad es constatada antes de que las obligaciones se hallen ejecutadas o en ejecución, no hay más que una operación en blanco vacía cuyo sustento jurídico ha dejado de existir para la vida jurídica.

5.1.2. La declaración de nulidad

A su turno, la declaratoria de nulidad parte de la necesidad de que el ordenamiento rechace realmente el acto o contrato celebrado, ello en la medida que ninguna de las clases de nulidad opera de pleno derecho, por lo que se requiere que los jueces, por solicitud de una de las partes/o declarado de manera oficiosa, acredite la real ocurrencia de la causa reseñada por la norma como contraria al ordenamiento jurídico.

Esta declaración de nulidad tiene especial importancia en el entendido que es, desde este momento que el acto o contrato pierde su validez, ya que como lo señala la doctrina y la jurisprudencia el acto o contrato se reputa válido, hasta tanto no se encuentre en firme una sentencia que decrete la nulidad del mismo. A su vez y tal como lo denota la jurisprudencia y la doctrina, el valor jurídico de la nulidad esta intrínsecamente ligado a las restituciones que de ella se derivan por lo que como lo ha dicho la Corte una vez:

“el efecto legal y natural de toda declaración judicial de la nulidad es la restauración completa de las cosas al estado en el que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato anulado. La sentencia por tanto produce efectos retroactivos y en virtud de ella, cada una de las partes tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato.”¹³

Ahora bien, es necesario que el juez entre a examinar antes de declarar la nulidad del contrato, además de la existencia de una causal establecida por la ley, el actuar de las partes que deberá seguir los parámetros de la buena fe, tal y como se mencionó previamente.

5.1.3. Factor subjetivo-buena fe

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 10 de septiembre de 1938 M.P. Alberto Ospina Botero.

En esta medida el componente de voluntad encaminado a vulnerar normas imperativas de derecho, de orden público o las buenas costumbres, está claramente ausente entre las partes contratantes que caen en las causales de nulidad por hechos fácticos ajenos a su voluntad. Es de denotar que la Corte sobre el particular manifiesta que ello no se configura arguyendo la simple ignorancia de la ley, entendiendo que la ignorancia de la misma no es excusa para su incumplimiento.

Sobre este supuesto rescatan algunos doctrinantes que este es un elemento del que se desprende la responsabilidad del *accipiens*, por lo que eventualmente no hace parte de la argumentación para hacer efectivo lo previsto en el artículo 1746 del C.C, en el entendido que es un elemento para determinar si hay lugar o no a responder por su actuar y/o salvaguardar los intereses fruto de la prestación pagada que se reputó como válida. En esta medida el comportamiento subjetivo va más encaminado al cómo se debe restituir en el presente y allí es donde el inciso segundo del artículo 1746 entra a su real aplicación.

La teoría del elemento subjetivo de buena fe será pertinente no en cuanto a la aplicación del artículo mencionado, sino a lo referente a la aplicación de las excepciones del 1525 C.C y 1747 C.C. las cuales según se interpreten podrían tener la connotación de sanción, prohibición o efecto según el doctrinante que la desarrolle.

Ahora bien, estas restituciones deberán seguir los parámetros del inciso 2 del artículo 1746 del Código Civil, que determina la responsabilidad, así como el derecho a mejoras a las que hay o no lugar dependiendo de las siguientes situaciones y sujetos:

- La parte tenedora de la especie entregada deberá responder por la pérdida o deterioro de la cosa a ella dada, como resultado de su culpa.

- El tenedor de mala fe tendrá derecho al pago de los gastos para el mantenimiento de la cosa u objeto, pero deberá reintegrar los frutos percibidos y los que se hubieren podido percibir. Así mismo es responsable del deterioro de la cosa.
- El tenedor de buena fe no tendrá que responder por el deterioro de la cosa salvo que se hubiere aprovechado de ella y en cuanto a los frutos deberán ser reintegrados solamente los que se percibieron desde la presentación de la demanda. Finalmente tendrá derecho a reembolso de las expensas por la conservación de la cosa, así como sus mejoras útiles anteriores a la demanda.

5.2. Nulidad en la Ley 80 de 1993.

La existencia de la nulidad en la contratación estatal, aun cuando sea semejante a la establecida en el artículo 1746 del Código Civil tiene sus particularidades en la Ley 80 de 1993 y es que una primera diferencia sustancial es el catálogo de normas aplicables para configurar la nulidad absoluta y relativa. A saber, mientras que en la contratación privada existe el artículo 1741 del Código Civil aplicable en su totalidad a la normatividad mercantil, en la Contratación Estatal existe un catálogo complementario en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, el cual establece:

“ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

- 1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*
- 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;*
- 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;*
- 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten;*

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.”

Mediante este catálogo resulta claro para el Consejo de Estado que se está en presencia de una nulidad absoluta de los contratos estatales, cuando se tengan cuando menos una de estas situaciones “*a) los actos ejecutados contra expresa prohibición de ley; b) ilicitud en el objeto; c) ilicitud en la causa; d) falta de la plenitud de los requisitos o de las forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración de su naturaleza y no a la cabalidad o estado de las partes; e) incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a la celebración; f) celebración del contrato con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la Ley; g) celebración de contrato contra expresa prohibición constitucional o legal; h) celebración del contrato con abuso o desviación de poder; i) declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y celebración del contrato 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 la propia ley 80”*.¹⁴

Ahora bien, en cada uno de estos nuevos campos lo ordinario y general es la aplicación del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, que dispone:

“ARTÍCULO 48. DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido.

¹⁴ Sentencia del 26 de mayo de 2011, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, referencia 85001-23-31-000-1998-0006201(18243).

Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.”

Esta normativa permite aplicar un efecto semejante al establecido en el artículo 1746 del Código Civil, referente a las restituciones mutuas con el fin de evitar la configuración de un enriquecimiento sin justa causa a favor del Estado, no obstante, su aplicación tiene características propias. En primera medida, el artículo permite el reconocimiento solamente sobre aquellas prestaciones que hubieren satisfecho el interés público, lo cual en sí mismo acarrea una situación de debate, toda vez que evidencia la necesidad de determinar si una obra o bien realmente satisface un interés general. Esta situación, que puede resultar tan obvia, no lo es tanto por cuanto a manera de ejemplo una vía cuyas conexiones no necesariamente deberían estar conectadas y por lo mismo se encuentre segmentada al momento de la declaratoria de nulidad deja entrever un debate sobre la real satisfacción del interés que oscila entre la necesidad de una obra completa, el avance de un determinado punto de inicio y la entrega de un producto inútil o que acarrea un sobre costo para su complemento. No obstante, y pese a que el debate surge como interesante, se debe resolver por cada juez, con base en las pruebas.

Por otro lado, del mismo artículo, se desprende la existencia de la aplicación del objeto y causa ilícita, el cual sin embargo se fija en los mismos términos del artículo 1746 del Código Civil dando a entender que existe la misma excepción que este aduce como probable en el apartado final del inciso primero *“sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”*

Esta ampliación de criterios tal y como lo denota el texto en sus párrafos anteriores, deja entrever cómo la existencia de mayor regulación en la contratación estatal puede afectar situaciones contractuales que inicialmente no se tuvieron previstas en otros ordenamientos, el civil y el comercial, y que abren un campo de acción importante para que figuras conexas puedan actuar, en este caso el artículo 1525 del Código Civil.

6. Efectos especiales de la nulidad y análisis del artículo 1525 del Código Civil

El artículo 1525 del Código Civil se presenta como una continuación del artículo 1746 del C.C. cuando este menciona “*sin perjuicio de lo previsto sobre el objeto o causa ilícita*”, en esta medida se convierte en una norma especial, que tanto doctrinaria como jurisprudencialmente ha sido constantemente debatida, en pronunciamientos que han oscilado en determinar su naturaleza para lo cual han señalado que existen elementos para trabajarla como sanción en perjuicio de quien realice un contrato a sabiendas de su ilicitud, una prohibición que busca su disuasión y/o como efecto propio de un artículo propio del código civil que regula un específico campo de actuación.

6.1. Análisis como sanción.

La sanción en primer término tal y como lo defina la Real Academia de la Lengua Española en su acepción primera, es todo castigo que se dé a un comportamiento que es contrario a la ley. Por lo que para los doctrinantes que defienden esta teoría encontramos una “tipificación” de un comportamiento abiertamente ilegal y de carácter inmoral

Según varios doctrinarios la configuración del artículo en su tenor literal cuando manifiesta, que: “***No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas***”, comporta en su interior un rechazo legal a un comportamiento volitivo de una o ambas partes, que se encaminó a vulnerar normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, así mismo identifica la doctrina que es una norma “*de vieja data, rígida e impulsiva*”, (Hinestrosa F. T., 2015) que parte del rechazo de la acción y desemboca en la irrepitibilidad de las prestaciones ejecutadas en razón del contrato declarado como nulo. Igualmente, la jurisprudencia que se encuentra afín con esta teoría ha mencionado que dicho artículo parte de un gran contenido ético fundado en el principio clásico del derecho, que

impide sacar provecho o repetición de la torpeza o dolo propio. Por lo que la Corte manifiesta que:

“Desde los tiempos “romanos enseña que la justicia se niega a dar protección cuando quien la requiere no llega hasta ella con las manos limpias (nemo creditur turpitudinem suam allegans)”¹⁵

De ahí que, si una persona de manera consciente interviene o participa, directa o indirectamente, en la formación de un contrato con objeto o causa ilícitos debe negársele protección alguna o cuando menos las prestaciones que ejecutó con la voluntad de vulnerar el ordenamiento público.

Como denota la configuración pragmática, se establece a manera de sanción y su objetivo para algunos doctrinantes se encuentra encaminado a desincentivar las actuaciones que busquen desentenderse dolosamente del ordenamiento jurídico, sin embargo, no ha sido del todo así, puesto que como señalaba el Dr. Hinestrosa este comportamiento ha favorecido más a la inmoralidad y la deslealtad entre las partes, ello derivado de la misma ambigüedad que el artículo tiene.

Bajo esta teoría la configuración del artículo parte de que el juez efectivamente evidencie la entrega de una prestación u objeto determinado como consecuencia del contrato que se reputaba como válido, declare su nulidad y adicionalmente se pruebe la ocurrencia de un comportamiento doloso que de manera directa se haya encaminado a transgredir la moral social y/o sus normas. Sobre este último elemento la Corte Suprema de Justicia ha declarado que el término “*a sabiendas*” que utiliza la norma debe ser interpretado desde su tenor literario, por lo cual el comportamiento debe ser “de modo cierto, a ciencia cierta”, y que, por consiguiente, “se requiere un conocimiento objetivo o un conocimiento-realidad frente a determinado hecho” o ley que se busca vulnerar o eludir.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, SC13097-2017, MP: AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO. Magistrado Ponente. Bogotá, D. C., veintiocho (28) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

A su turno, y como se evidencia, el elemento volitivo para esta teoría resulta ser la piedra angular de la norma, puesto que solamente cuando este se identifique a ciencia cierta podrá haber lugar a exceptuar la regla general del 1746 Código Civil.

6.2. Supuestos para la aplicación del artículo 1525 del Código Civil, como sanción

Como se mencionó, la teoría como sanción es un castigo que se les da a los contratos inmorales, que para algunos doctrinantes se equiparan a los que adolezcan de nulidad absoluta por objeto o causa ilícita, impidiendo que los efectos ordinarios de la nulidad se frenen y el contrato en cuestión termine generando una suerte de efectos jurídicos aun pese, a ser declarado nulo. Ello sin embargo requiere la aplicación de cinco supuestos que permitan bajo esta teoría sancionar al infractor con la pérdida de todo lo que ha pagado o entregado hasta el momento de la declaratoria de nulidad. A saber:

6.2.1. La entrega efectiva de una prestación -todo lo entregado o pagado.

Este elemento guarda semejanza con el expresado en el artículo 1746 del C.C, y por consiguiente debe entenderse como todo lo que efectivamente se dio o pagó con ocasión del contrato, y tal y como se mencionó para algunos doctrinantes ello guarda referencia a las obligaciones de dar, puesto que son las únicas que podrían reintegrarse de manera efectiva sin entrar a ser compensadas. Adicionalmente y tal como se señaló en las referentes a las restituciones mutuas deben haber pasado del simplemente pacto entre las partes, a encontrarse en objetadas o cuando menos en ejecución, toda vez que en casos de que la declaratoria de nulidad acaezca previo a su ejecución, estaremos ante el escenario del artículo 1625 del Código Civil en su numeral 8 que pone de presente que la declaratoria de nulidad por parte de un juez es una forma de extinguir las obligaciones dando como consecuencia que la prestación que no haya sido cumplida se extinga al quedarse sin sustento

jurídico y sin la categoría de obligación. Por consiguiente, cualquier cosa que se entregare o pagare en estos términos será revisada bajo los parámetros del pago de lo no debido.

6.2.2. Sobre lo referente a las prestaciones que no hay lugar a repetir.

Si bien para algunos doctrinantes puede equipararse el término repetir al término restituir utilizado en el artículo 1746 del C.C., es de denotar que *repetir* es sustancialmente diferente y hace referencia según la RAE a la acción de “*pedir o exigir*” según su acepción tercera, por consiguiente, la parte a quien se le aplica esta sanción queda impedida para solicitar el pago por las prestaciones ejecutadas, así como exigir la devolución de las cosas por ella entregada. Esta situación la evidencian los doctrinantes como uno de los castigos más imprácticos del ordenamiento jurídico, puesto que si bien castiga la configuración de los contratos generados a partir de una “causa inmoral”, la aplicación del artículo 1525 del Código Civil, lleva a la parálisis cuando menos parcial de los efectos normales de la nulidad, alterando la declaratoria de nulidad y manteniendo los efectos de un contrato que se supone nunca nació a la vida jurídica.

6.2.3. Elemento volitivo- doloso-.

Este es elemento de donde parte la sanción y por consiguiente el primer elemento a analizar. Se debe demostrar bajo este entendido la ocurrencia de una motivación o causa en la celebración del contrato, de carácter doloso, dirigida a alterar de manera directa o indirecta las normas imperativas, el orden público y/o las buenas costumbres. Sobre el particular se debe señalar, que:

“se puede decir que la doctrina llama -causa ilícita o inmoral del contrato- al fin o inmoral proveniente de las partes, o por una de ellas, inherente al contenido del acto, las circunstancias de su celebración u acto” (Hinestrosa F. T., 2015)

Esto somete a que para el análisis del artículo en cuestión se parta de la base de que siempre estamos ante una causa ilícita del contrato derivada de la inmoralidad de las partes al momento de contratar y por consiguiente excluye de manera clara, parte del contenido del artículo 1525 del C.C. referente a la declaración de objeto ilícito.

A su turno, como se mencionó, parecería entonces que la única manera de llegar al supuesto del artículo 1525 en mención, es demostrando que aquellas partes que celebraron el negocio conocían efectiva y realmente la existencia de un objeto o causa ilícita al momento de contraer el negocio y por lo tanto como consecuencia de su inmoralidad se desprende la aplicación no aplicación de los supuestos del artículo 1746 C.C. Esta teoría ha sido ampliamente aceptada por las Cortes al punto que, la única razón por la cual se evita su aplicación, es la dificultad probatoria de este elemento, puesto que de la misma definición del dolo se extraen elementos cuya prueba no es menor. En este sentido cabe recordar, que el dolo es:

“El dolo es, en general, la intención positiva de inferir daño a alguien (art.63 c.c.) pero, en cuanto a vicio de la voluntad consiste en cualquier clase de maniobras, maquinaciones, artificios, engaños, estratagemas, mentiras, incluso reticencias, de que se vale alguien para, induciéndola a error, obtener de otra persona la celebración de un negocio jurídico. Ese es su fin y resultado” (Hinestrosa F. T., 2015)

Con observancia a lo anterior y dado el carácter positivo en el actuar de una de las partes, el elemento probatorio debe acoplarse con la situación demostrativa exigiendo al juez dotar de un proceso ordinario o contencioso administrativo de otra naturaleza con el fin de esclarecer una responsabilidad del sujeto en la celebración del contrato. Esta situación que parece improbable inicialmente, no lo es tanto puesto que a manera de ejemplo en la contratación estatal esto podría cumplirse mediante la realización en paralelo de un proceso penal en el que se condene a un contratista o miembro de entidad de un delito y con base en ello, se traiga la sentencia como prueba del comportamiento volitivo. Esta situación genera

que la aplicación del artículo no sea tan lejano puesto, que en muchos casos estas sentencias penales se dan incluso antes del fallo que resuelve la nulidad del contrato.

6.2.4. La declaración de la causa u objeto ilícito

Tal y como se rescata de su tenor literario el artículo solo busca atacar los contratos que acarreen una nulidad absoluta de dos clases específicas, objeto y causa ilícita, lo cual en esta medida pone para los doctrinantes una especial atención del legislador a dos causas de nulidad que son abiertamente nocivas para el ordenamiento y las cuales debido a su importancia no solo pueden ser alegadas por las partes, sino también pueden ser decretadas por el juez en perjuicio del principio de relatividad de los contratos. Ello se permite en el entendido que los intereses para la sociedad en ese contrato superan la mera órbita del interés de las partes y debe ser anulado tan pronto sea detectado.

7. Como se trabaja el artículo 1525 del Código Civil en la doctrina

7.1.Sanción-

Tal y como se mencionó anteriormente, desde la connotación de sanción se establece que, una vez comprobado el comportamiento, la parte o las partes en la celebración del contrato, se prosigue a la imposición del artículo 1525, la cual evita que se reciba cualquier tipo de pago o devolución por la prestación entregada.

Lo cual, sin embargo para algunos doctrinantes es una sanción excesiva e ilógica si se ve el fin último de la nulidad de dejar sin efectos toda relación jurídica que hubiera nacido del contrato irregular y extinguiendo todas aquellas que aún no se hubieran ejecutado, por lo que pese a encontrarse regulada y buscar cobijar un escenario jurídico de vital importancia, no es operativa en el sistema jurídico, puesto que está concebida como una norma preventiva cuyo contenido jurídico se encuentra incompleto. En concordancia con lo anterior, se deberán

analizar los supuestos del artículo 1525 del C.C., con base en su antecesor normativo original, el cual según indican se encuentra en el sistema civil francés y ha sido analizado por la Corte de Casación francesa, la cual el 27 de abril de 1981, determinó, que:

“cada una de ellas (partes) entrega a la otra la prestación prometida, debe saber que, así obtenga luego la nulidad del pacto indebido, aquellas jamás podrán serle restituidas”.

Ello presenta un escenario donde el pago o entrega realizado en virtud de un contrato que posteriormente fue declarado nulo, se reputa como válido aun cuando las partes posteriormente logren la declaratoria de nulidad. De ello se entendería que la aplicación del artículo 1525 no traduce un efecto incompleto de la declaratoria de nulidad, sino una entrega o pago correcto de las obligaciones que se reputaban como válidas entre las partes y por las cuales no hay lugar a restitución.

Por otro lado, es necesario mencionar que, también existe una discusión sobre los sujetos de quien se desprende la ilicitud de la causa o causa inmoral, y por consiguiente ¿a quiénes se podría devolver o pagar? y ¿a quiénes no?, sobre el particular se esbozan dos teorías, a saber:

- Por un lado, se señala que el juez deberá apreciar el grado de moralidad de cada contratante y hacer una ponderación. Si el juez encontrare demostrada que la inmoralidad del demandante es menor que la del demandado, este último estará obligado a restituir al primero las prestaciones ejecutadas, en concordancia con el principio *nemo auditur*.
- Por otro lado, otros doctrinantes defienden la tesis de que la sanción parte del supuesto del conocimiento bilateral de las partes o en la participación común de estas en la actividad reprobada, por lo que, si en ambas se configura el elemento volitivo, sería cuando menos ilógico que la ley les permitiera sacar provecho del acto repudiado.

7.2. Análisis como prohibición.

Cuando el artículo 1525 del C.C. se analiza como prohibición, nos encontramos con un escenario de análisis semejante al de la sanción, donde incluso la Corte Suprema de Justicia inicia su argumentación entendiéndola como una teoría que parte del supuesto de que todo acuerdo declarado nulo, se le proscriba el recibir lucro, como consecuencia de su actuar indebido. En esta medida la Corte menciona que las prohibiciones, son derivadas del

“derecho público de la nación y en todo contrato prohibido por las leyes, y el 1525 citado, que dice que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita.”¹⁶

Bajo este entendido y siguiendo, los argumentos rescatados por la jurisprudencia y la doctrina, se determina que la ley veda la celebración del contrato inmoral, esta teoría va de la mano de la doctrina francesa la cual distingue entre la causa ilícita y la causa inmoral, siendo la primera susceptible de ser castigada o sancionada por ser abiertamente contraria a la ley, pero la segunda al hacer referencia a situaciones o circunstancias que no solamente se reflejan en el ordenamiento jurídico, es prohibida debido a su inmoralidad. La distinción referente a la configuración de causa ilícita o inmoral se desprende de la doctrina francesa, en donde se determina que la causa inmoral tiene un ámbito de aplicación mayor puesto que se refiere a todas aquellas actividades que contraríen la voluntad de la sociedad y no solo el ordenamiento interno preexistente como lo hace la causa ilícita. La Corte Suprema de Justicia señaló, que:

“es sensato inferir que las relaciones jurídicas no están signadas únicamente por criterios prácticos y racionales que las despersonalizan para reducirlas a meros vínculos patrimoniales, frente a los cuales ninguna trascendencia podría tener las reglas morales, ya que éstas, por el contrario, subyacen de manera palpable en el

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de diciembre de 2003. Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez.

*ordenamiento legal como un criterio regulador que impide el abuso de las formas jurídicas, a las cuales, por el contrario, le dan contenido y substancia”.*¹⁷

A su turno, la primera distinción notable, entre lo que se entiende por sanción o prohibición respectivamente derivado de la interpretación del artículo 1525 del C.C., parte del cambio de sentido que se le da al término “*a sabiendas*” empleado en el dicho artículo, puesto que en la prohibición su contenido jurídico es más restrictivo en el entendido que la configuración de un contrato inmoral solo se da cuando las dos partes comparten un grado de “culpabilidad”, eximiendo del efecto de la prohibición a todo otro comportamiento realizado por una de las partes con ignorancia del actuar de la otra.

Bajo dicho entendido, deberá el juez determinar con base en las pruebas si existe un grado de culpabilidad entre las partes demandante y demandada, y solo cuando encuentre equiparadas las dos conductas a un fin inmoral en la celebración del contrato habrá lugar a la aplicación del artículo 1525 tantas veces mencionado. Ahora bien, bajo esta teoría será necesario analizar qué tipo de contrato se está efectuado (bilateral o unilateral), debido a que de esta clasificación se desprenderán distintos efectos, a saber:

En el caso de los contratos unilaterales, se debe señalar que la prohibición de repetición le haría perder las prestaciones en las que incurrió la parte con una finalidad inmoral.

En el caso de los bilaterales, se acogerá solo una vez se midan las causas inmorales realizadas por ambas partes, determinando tal y como se mencionó antes de la actuación de los dos dirigidas a atacar la moralidad de la sociedad, protegida por esta ley y que dará como consecuencia que no se pueda repetir lo entregado por cada una de ellas.

¹⁷Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de abril de 1998. Ref: Expediente No. 4544. Magistrado Ponente: Jorge Antonio Castillo Rugeles.

7.3. Análisis como efecto o consecuencia de la declaratoria de nulidad por objeto y causa ilícita.

El análisis como efecto o consecuencia de la declaratoria de la nulidad, no ha sido trabajado de manera típica por la doctrina, lo cual sin embargo no obsta para que este entendimiento se pueda dar como consecuencia de la interpretación literal y sistemática de los artículos 6, 1746, 1525 y 1625 del Código Civil, así como el análisis de leyes con un ámbito mucho más específico, como es el caso del artículo 105 en el Código de Comercio o el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 en ese orden.

En esta medida si nos remitimos al tenor literal del artículo 6 del C.C. encontramos en su inciso segundo la sanción destinada a todo acto o contrato que se ejecute con infracción al ordenamiento jurídico, denominada como nulidad, lo cual en palabras del legislador constituye “suficiente pena”, para quien infringe el ordenamiento. Ello a su turno, nos pone de presente que el actuar según sea la causal por la que se promueva, podrá generar una nulidad de carácter relativo que pudiere ser saneable o una nulidad absoluta que impida su ejecución y desarrollo una vez sea declarado, remitiendo por consiguiente a que el juez o quien haga sus veces, una vez declare la nulidad proceda a determinar cuáles serán sus efectos económicos, dando como consecuencia que deba remitirse a los artículos que de manera general o especial determinen su andar. En observancia a lo anterior podrá el juez remitirse a los artículos 1746 C.C. como regla general y con posterioridad a los artículos 1525 C.C. o 105 del C. de Comercio, a manera de ejemplo, que determinan un efecto económico distinto.

Ahora bien, en lo referente al artículo 1746 del Código Civil y tal como se mencionó anteriormente, nos encontramos ante la regla general de la declaratoria de nulidad, sin perjuicio de que en el apartado final del inciso primero se encuentre una remisión por parte del legislador a otras normas que complementan y dan sentido a esta disposición, sobre todo en lo referente a los escenarios de declaratoria de nulidad absoluta por objeto o causa ilícitas. Ello tiene sentido en la medida, que las causales de nulidad absoluta por objeto o causa ilícita

varían entre los campos normativos y por lo mismo hay intereses distintos que deben ser protegidos de manera especial, por lo cual la ley debe y efectivamente, consagra algunos efectos especiales para la nulidad, los cuales van desde dejar sin acción a las partes para exigir el reembolso de lo pagado (1525 C.C.), hasta la obligación de entregar los réditos del contrato irregular a nombre de un sujeto calificado (105 Código de Comercio).

Por lo tanto, el artículo 1525 C.C. no es la expresión de una sanción o prohibición introducida al ordenamiento de manera caprichosa, sino que por el contrario es una norma de aplicación especial en el caso que se configuren los supuestos que se encuentran regulados en su interior. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia ha declarado, que:

“(el 1746) regula las situaciones de carácter sustancial que se cumplirían entre las partes contratantes cuando una de ellas solicite la declaración de nulidad. Y como el mismo artículo estableció que eso era sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita, aspecto previsto por el artículo 1525 del Código Civil, al ordenar que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita, a sabiendas.”¹⁸

Lo cual nos pone de presente que aun cuando la jurisprudencia y la doctrina han encaminado sus teorías sobre el artículo 1525 C.C. a entenderlo como una sanción o una prohibición, la realidad es que se consagró como un efecto distinto del artículo 1746 C.C., en el cual el legislador consideró necesario para los contratos que contengan o establezcan elementos que afecten un interés público específico y que además, las partes sabiendo o debiendo saber del vicio que lo invalidaba, lo celebraron, no tendrían acción para exigir el pago, sin perjuicio de tenerla para solicitar la declaratoria de nulidad. Sobre el particular los Dres. Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta han mencionado que:

“Ante la redacción de la comentada norma (Ley 50 de 1936), en concordancia con el art. 1746, la conclusión a la que hay que llegar es que quienes hayan participado en un acto legalmente calificado como nulo, está legitimado para alegar

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de agosto de 1999. Ref. Expediente No. 4937 Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez.

la nulidad, pero carece de acción de repetir lo que ya haya dado o pagado en razón de dicho acto, a sabiendas de la ilicitud del objeto o en la causa de este. Entonces así solo podrá evitar que el acto continúe produciendo efectos a futuro en su contra.” (Fernández & Ospina, 1980.)

Ello toma aún más lógica cuando observamos, campos normativos distintos al regulado por el Código Civil, tal como el artículo 105 del Código de Comercio, ya mencionado, el cual establece un efecto económico específico como resultado de la declaratoria de nulidad con ilicitud del objeto o la causa siendo semejante al consignado en el 1525 C.C., el cual sin embargo protege un interés jurídico distinto encaminado a proteger a la sociedad en general de los efectos del contrato de sociedad comercial; así mismo en el artículo 48 de la ley 80 de 1993, encontramos en una disposición, que sin generar evidentemente una derogación del artículo 1525, tal y como lo ha rescatado la jurisprudencia del Consejo de Estado, se establece una norma especial y por la tanto una obligación por parte del juez de aplicar la normatividad más adecuada con la situación fáctica analizada, generando que ante su falta de aplicación de este o la incorrecta aplicación de otro articulado de contenido más genérico como el del artículo 1746 sobre el ya mencionado, se produzca un defecto sustancial de forma.

A su turno, se evidencia que la declaratoria de nulidad por objeto o causa ilícita da al juez el deber de analizar el artículo 1746 C.C., como punto de partida para dictar sentencia y por lo mismo analizar cuáles prestaciones hay lugar a devolver y cuales no, lo que sin embargo no debe circunscribir su análisis única y exclusivamente a lo dicho en ese artículo, porque tal y como se mencionó este remite a otras normativas específicas para ampliar su contenido, por lo que dependiendo del contrato en análisis y los supuestos de hecho en los que se celebró o el actuar de las partes, podría ser susceptible de aplicar efectos distintos al del artículo 1746 C.C, que la normatividad ha determinado para dicho fin.

Ello nos pone en una teoría totalmente contraria a las anteriormente esbozadas, toda vez que el elemento volitivo derivado del “a sabiendas” deja de ser el más relevante e incluso

pierde valor jurídico al momento de su análisis, en el entendido que la piedra angular del articulado recae en la prestación entregada o ejecutada, en cuanto, a que dicho efecto económico se circunscribe a un tipo específico de nulidad absoluta, el referente a objeto o causa ilícita, siendo este el primer filtro que debe analizar el juez al momento decretar la aplicación del 1525 C.C.

A su turno, el término “a sabiendas”, solo es empleado en el entendido de que las partes de manera cierta y real conocieran de la existencia del objeto o causa ilícita y aun así se encontraran de acuerdo en cumplir sus prestaciones. Por lo que en cada una de las prestaciones entregadas está inmersa una ilicitud en el comportamiento de las partes que impide su devolución y los hace acreedores, si el término así lo permite, de un efecto económico específico desarrollado por el legislador en el artículo 1525 C.C., lo cual sin embargo se hace una vez ha sido declarada la nulidad la cual sí configura una sanción al contrato que se haya celebrado con quebranto del orden público, las normas imperativas o las buenas costumbres.

Este análisis se ha desarrollado sobre los mismos argumentos que la doctrina y jurisprudencia han utilizado en el sustento de tesis distinta, las cuales ya han sido planteadas y que a pesar de ser válidas, promueven escenarios en los cuales es entendida como prohibición a manera de ejemplo, el legislador proscibiría la voluntad de las partes, restringiendo uno de los pilares básicos del derecho civil como lo es la autonomía de la voluntad, que carecería de sentido en el entendido que el mismo Código Civil el cual específico que cualquier tipo de contrato o acto aun cuando contenga una causal de nulidad absoluta, se presume como válido y solo hasta la declaratoria de nulidad se deberán entender sin existencia y restituir a las partes a su estado anterior a la celebración de la convención o cualquiera otros efectos económicos distintos que el legislador previera para dicha situación. Sobre el particular Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta han mencionado, que: *“nuestro Código rechazó el concepto de la nulidad de pleno derecho y preceptuó que toda nulidad, cualquiera que sea su causa, tiene que ser judicialmente declarada”* (Fernández & Ospina, 1980.)

Por lo que el Código no proscribire que el contrato inmoral o ilícito sea celebrado, es más permite su celebración y solo mediante la declaración judicial de nulidad que se puede dejar sin efectos el acto, ello a título de sanción por transgredir el ordenamiento público vigente, y una vez analizado ello, deberá el juez decidir como resultado del caso qué efecto económico debe ser impuesto a las partes.

Es por ello que se debe distinguir entre la nulidad y los efectos económicos que se derivan de ella, en la medida que si bien la nulidad efectivamente es una sanción que busca destruir y dejar sin aparente existencia todo acto o contrato que se celebrara con inobservancia de un elemento que fuera configurativo de una causal de nulidad, esto no es per se una orden para que siempre se deban dar las restituciones mutuas y es que si bien como anotábamos anteriormente estas buscan desenvolver el entramado jurídico creado en virtud del contrato declarado nulo, no es la única forma que prevé el ordenamiento.

Ahora bien, cuando se le da la connotación de sanción al 1525 C.C, se parte como se dijo de un castigo impuesto por el legislador a quien celebre un contrato que vulnere el ordenamiento jurídico de manera dolosa, lo cual no es así en el análisis del artículo 6 del Código Civil que supone una sanción que no discrimina su imposición con base en un comportamiento volitivo, sino que por el contrario afirma y resalta que todo actuar contrario a la ley es nulo y ello constituye suficiente pena para las partes por su actuar, por lo que considerar el artículo 1525 como una sanción es imponer un doble castigo a las partes por un mismo actuar.

En concordancia con lo anterior, el elemento jurídico de la nulidad es el que analiza la jurisprudencia y la doctrina consultada de manera integral, puesto que como bien establecen es dejar sin efectos todo acto o contrato que se celebró con ocasión de un actuar indebido contra el ordenamiento público, sin embargo, el efecto económico varía entre dejar a las partes en el estado en que se encontrasen o a manera de ejemplo determinar su pérdida

de acción para exigir lo dado o pagado con conocimiento de causa del objeto o causa ilícito que se encontraba en dicho contrato (1525 C.C.). De lo antes señalado se menciona que desde esta teoría el artículo 1525 deberá cumplir con los siguientes supuestos, para su aplicación:

7.3.1. Debe haber un contrato con objeto o causa ilícita.

Este es el elemento básico para analizar la ampliación del artículo 1525, toda vez que solo a raíz de un negocio que desde su gestación haya tenido objeto o causa ilícita puede ser susceptible de aplicársele el efecto jurídico contenido en este artículo.

En consecuencia, de ello lo que prevé la norma no es paralizar los efectos ex nunc de la nulidad o permitir el cumplimiento de un contrato nacido como inmoral como lo ha determinado la doctrina, sino que por el contrario lo que se prevé con esta norma es darle sentido a una circunstancia irregular desde su origen y que aun con la declaratoria de nulidad no tiene ni debe serle aplicadas las disposiciones comunes del artículo 1746. Sobre el particular profundiza la Corte Suprema de Justicia, que:

“Cuando hay ilicitud de objeto o causa el ordenamiento civil decreta nulidad absoluta del negocio por falta de elementos esenciales. Porque si el objeto de la obligación consiste en el hecho que el deudor toma a su cargo ejecutar, y ese hecho es de suyo imposible por contrario al orden público o a las buenas costumbres, la obligación está privada de eficacia y el contrato no puede subsistir por falta de objeto. Y si la obligación de una de las partes es ineficaz por ilicitud, resulta inepta para la causa recíproca en los contratos bilaterales como la compraventa, de donde también, y más estrictamente, por causa ilícita en razón de motivo que induce al contrato, el negocio jurídico no puede mantenerse”¹⁹

7.3.2. Una prestación efectivamente entregada

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC451-2017. Sentencia del 26 de enero de 2017. Magistrado Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez.

Al igual que en el análisis de las anteriores teorías sobre el artículo 1525, se requiere que efectivamente se hayan entregado o ejecutado prestaciones con observancia al contrato declarado con posterioridad nulo. Siendo que, si ellas no se han ejecutado en razón a que la declaración ha sido anterior al tiempo de su ejecución o algunas se encontraban pendientes, recaerán bajo los supuestos del artículo 1625, extinguiéndose y dejándoles sin valor jurídico o sin algo que sustente su ejecución a futuro.

7.3.3. Declaratoria de nulidad por objeto o causa ilícita

Esta declaratoria tiene un campo más restrictivo en el cual solo prosperará contra nulidades absolutas por objeto o causa ilícita. Por consiguiente, ya no se requerirá la evaluación del comportamiento subjetivo de los contratantes de manera principal, en el entendido que la ocurrencia de un comportamiento inmoral o ilícito solo se analiza si el objeto o la motivación que dio origen al contrato es de carácter ilícito. Dicho análisis dependerá de la normatividad en cada disciplina, no siendo igual el objeto o causa ilícita en el derecho civil que en el derecho público o laboral a manera de ejemplo, es por ello por lo que la evaluación del juez al momento de determinar la ocurrencia de una causal de nulidad deberá ceñirse a una evaluación conjunta de los hechos, las características del caso, la jurisdicción competente y la normatividad específica que se haya dictado para dicho tema.

Este es el caso específico del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, el cual también pone de presente, causales de nulidad adicionales a las expresadas en el Código Civil, debido a que como brevemente se mencionó su objeto de protección es mucho más específico y los fines teleológicos de la norma son diferentes a los ordinarios.

7.3.4. ¿Qué no se debe repetir?

Lo que no se debe devolver en virtud de la declaratoria de nulidad es todo lo referente a las prestaciones pagadas o ejecutadas con ocasión del contrato irregular, en razón del efecto específico de dichas nulidades. Ello será así en la medida en que se pudieren haber devuelto debido a que tal como menciona la Corte Suprema de Justicia en algunas de sus providencias:

“existen situaciones en las cuales en forma excepcional y teniendo en cuenta que la invalidez del negocio no ha impedido que las partes hayan ejecutado prestaciones recíprocas y útiles para las mismas, se reconoce la existencia efímera de las mismas, en aras de la protección de intereses por la realización de hechos consumados que imposibilitan volver al estado inicial; se refiere la Sala, por ejemplo, a aquellos contratos de ejecución sucesiva en los cuales no es posible retrotraer íntegra y totalmente el estado anterior, lo que genera que ciertos efectos pese a la declaración permanezcan y que la ineficacia rija hacia el futuro (ex tunc)”.²⁰

7.3.5. Que es a sabiendas.

El elemento “a sabiendas” versará en consideración de que es una nulidad, en el conocimiento cierto e inequívoco de la ilicitud que acarrea el objeto o la causa del contrato, en esta medida la doctrina y la jurisprudencia sigue siendo un elemento necesario y vital aun cuando se analiza como efecto, toda vez que de la interpretación literal de la norma el sentido “a sabiendas” mantiene un conocimiento de certeza de que la causal de nulidad absoluta a que se aplica el referente artículo debe existir, de ahí que su interpretación literal según la RAE sea a “ciencia cierta” por lo que aun cuando la teoría del efecto parte de la priorización del objeto o causa del contrato que dan origen a la nulidad, no debe ser desatendido el actuar de las partes. Por lo mismo aun cuando en la jurisprudencia y la doctrina que se ha consultado no llegan a la misma conclusión, se mantiene el elemento de la certeza que debieron tener las partes cuando celebraron el contrato, como de vital importancia en la aplicación del artículo 1525 del C.C.

²⁰ Sentencia del 30 de abril de 2012, Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

8. Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la posible aplicación del artículo 1525 del C.C. en la contratación Estatal

Ahora bien, todo el debate hasta ahora evidencia en Colombia, sobre la aplicación o no del determinado efecto de la nulidad del artículo 1525 C.C., que parecería haber estado cerrado hasta el año 2004, cuando la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado analizó el caso de un recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral proferido al resolver un pleito entre la sociedad Centrimed Ltda. vs el Hospital Militar Central y el cual se expone a continuación:

Sentencia del 25 de noviembre de 2004, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo Consejo de Estado, Consejero ponente: German Rodríguez Villamizar, radicación número: 11001-03-26-000-2003-0055-01(25560). Caso SOCIEDAD CENTRIMED LTDA. Vs HOSPITAL MILITAR CENTRAL

El Hospital Militar Central y Centrimed Limitada celebraron el 3 de noviembre de 1996 un convenio de asociación para la prestación de servicios de imágenes diagnósticas. En el contrato se compromete el hospital al pago de partidas indeterminadas que deberían cubrirse por nueve anualidades futuras, hasta terminar el convenio y así mismo en la cláusula 10ª se obligó a pagar, después de los diez años del plazo inicial, el 5% del valor original de los equipos para transferir su propiedad al Hospital Militar Central. Con el paso de los años se inició una disputa entre Centrimed y el Hospital Militar por presuntos retrasos en el cumplimiento de las obligaciones, por lo que en el año 1999 Centrimed demandó al Hospital Militar por los daños y perjuicios ocasionados por su retraso.

La demanda debe analizarse desde dos puntas, en primera medida Centrimed buscó siempre el reconocimiento y pago derivado de los daños y perjuicios ocasionados por el Hospital Militar, derivado de los retrasos. En segundo lugar, el Hospital Militar optó por solicitar la nulidad por objeto y causa ilícita de su contrato aduciendo que el representante del Instituto (de la época) no contaba con facultades para comprometer vigencias futuras.

Conforme a lo anterior, como a lo largo del laudo se expresa, dicho contrato fue celebrado por el director del centro hospitalario del Instituto de Salud de las Fuerzas, a quien mediante la resolución 0156 del 19 de marzo de 1996 le fue delegada la capacidad de contratar, sin importar, la modalidad, su naturaleza o cuantía, manteniendo una prohibición de no comprometer vigencias futuras de la entidad delegante, situación que en el presente contrato se generó y por lo que se pide la nulidad por objeto ilícito del contrato. En este sentido recoge el tribunal:

“Tal pretensión en que el contrato se habría celebrado a nombre del Hospital Militar Central con violación a lo dispuesto en la Resolución 156 de 19 de marzo de 1996 que delega la facultad de celebrar contratos con el Director del Hospital Militar Central “exceptuando aquellos en los cuales se comprometan vigencias futuras (hecho 4 de la demanda)...”. Según la demanda la violación consistiría en que el Hospital Militar Central carece de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa a partir del Decreto-Ley 1301 de 22 de junio de 1994 en que fue convertido en una Unidad Prestadora de Servicios de Salud de III y IV nivel de atención, adscrita al Ministerio de Defensa Nacional (hechos 2 y 3) y en que habiéndose comprometido vigencias futuras en el contrato de asociación el director del hospital no tenía facultad para celebrar el contrato. Observa el tribunal que en la contestación de la demanda Centrimed manifestó que eran ciertos los hechos 2 y 3 de la demanda y, con relación al 3º, atenerse a lo expresado en la Resolución 156 del 19 de marzo de 1996.” (Cámara de Comercio de Bogotá, 2003)

Dentro del trámite arbitral se deja claridad, que la postura de los árbitros era que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo debía ser la encargada de resolver la excepción propuesta por el Hospital Militar, sobre nulidad por objeto o causa ilícita, por lo que mantuvo suspendido el proceso hasta que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolviera. No obstante, dicho trámite no fue resuelto puesto que con una acción de tutela impetrada por Centrimed Ltda. se ordenó al tribunal levantar la suspensión y continuar con la resolución del conflicto. En este sentido el Tribunal denotó que las partes no habían delegado en la cláusula arbitral la posibilidad de reconocer la nulidad del contrato por objeto o causa ilícita y pese a denotar la existencia de una eventual celebración de contrato, sin el lleno de los requisitos legales, desconoció el efecto de nulidad y en su lugar resolvió declarar un tema de

culpas compartidas aduciendo que la empresa Centrimed Ltda. durante el proceso de contratación no alegó nada sobre la resolución ni logró demostrar la vulneración de un perjuicio.

Llegado el caso al Consejo de Estado por intermedio del recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral, esta corporación procedió a realizar un análisis del objeto ilícito y la aplicación artículo 48 de la ley 80 de 1993.

En consideración a ello el Consejo de Estado determinó, que la interpretación del artículo 48 de la ley 80 de 1993, establece un régimen distinto al del Código Civil donde se debe dar reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato estatal declarado nulo o con objeto o causa ilícita, siempre que se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto beneficiado y haciendo mención que ello no provoca un desconocimiento de la disposición de la normatividad civil, en el entendido, que esta normativa solo exceptuara el sistema civil cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas de ello, puesto que esta esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico.

En esta medida menciona que la interpretación sistemática del inciso segundo del artículo 48 de la ley 80 de 1993, como la efectuada por la Sala, se ajusta mucho mejor a la defensa del principio de legalidad y, por lo mismo, es más coherente con la administración de justicia. En este sentido el Consejo de Estado denotó que, el inciso segundo del artículo 48 de la ley 80 no conlleva “derogatoria” alguna de las sanciones que prescribe la legislación civil a contratos celebrados con conocimiento de violar el ordenamiento jurídico. No se infiere de su tenor literal, tampoco de una interpretación sistemática, ni siquiera de sus antecedentes que, como se advirtió, son equívocos.

A su turno y en análisis del caso concreto el Consejo de Estado determina que, con la violación de la citada resolución, las partes simultáneamente lesionaron disposiciones que hacen parte del derecho público de la Nación, al oponerse abiertamente a los preceptos que consagran el principio de legalidad en la delegación contractual y al contravenir normas imperativas que prevén el principio de legalidad del gasto público, conforme al cual no se pueden contraer obligaciones contractuales por varias anualidades sin ajustarse a las normas precisas sobre vigencias futuras, situación tampoco desconocida por el contratista. Sin embargo, de los elementos materiales probatorios presentes en el caso no brindaron un elemento de certeza que permitiera lograr acreditar el elemento “a sabiendas” de su actuación contra el orden público, por lo que su actuación se reputó a una presumible buena fe. (artículos 83 C.N. y 1603 del C.C).

En cuanto a las pretensiones económicas analiza el Consejo de Estado que si bien, como evidencia el contratista se había efectuado a cabalidad el objeto del contrato, se denotaba que el Hospital Militar había pagado en periodos tardíos y disimiles la totalidad de la deuda, situación que podría generar la declaratoria de mora, la cual no fue solicitada en la demanda presentada por el contratista. En consecuencia, de lo anterior manifiesta que el pago de la deuda ya se efectuó y así mismo adiciona al laudo arbitral la declaración de nulidad del contrato por objeto ilícito.

Esta situación presenta la primera grieta en el sistema de contratación estatal, permitiendo el acceso y aplicación el artículo 1525 del Código Civil, resultando determinante y ampliamente debatible, por cuanto si bien es cierto no existe una norma que exceptúe la aplicación del artículo 1525 del Código Civil en la normatividad de la Ley 80 de 1993, traer dicha figura a la contratación estatal es ampliamente peligroso, puesto que se recuerda que lo que busca este artículo es generar un efecto distinto del desarrollado en las restituciones mutuas y/o el del artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

Cabe resaltar adicionalmente, que en el caso objeto de análisis del Consejo de Estado se determinó su no cabida realizando un tema de presunción de buena fe entre las partes, lo cual no deja de ser discutible. Esta situación abre pluralidad de supuestos, que van desde las afectaciones económicas serias por cuanto dependiendo del tiempo y momento en el que se aplique el artículo, se puede estar en presencia de la no devolución de un anticipo en un contrato de obra (no restituciones entre las partes) hasta el enriquecimiento del Estado por la obra o labor de uno de sus contratistas, que no recibe retribución alguna, que adicionalmente evidencia como no puede intentar un enriquecimiento sin causa, por cuanto esta es existente y palpable en la Ley, es una autorización del legislador o si se quiere un efecto jurídico dispuesto en la Ley que autoriza a la parte a realizar ese comportamiento.

Esta situación se ha venido replicando en casos semejantes dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sin mediar tipo de contrato o situaciones homologas forjando un precedente judicial que es peligroso contra cualquiera de las partes del contrato Estatal, a continuación se muestran algunos casos tomados de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Sentencia del 24 de abril de 2013, Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315) caso JAIRO OSPINA CANO Vs EL AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA, referencia: acción de controversias contractuales (apelación sentencia).

El 14 de diciembre de 1994, las partes celebran el contrato de obra pública No. 0366-1, en el cual el contratista, se obligó a construir por el sistema de precios unitarios, el puente peatonal de San Antonio de Carrizal. Según se pactó se tendría una duración máxima desde el inicio de la obra hasta su finalización de no más de 60 días. Sin embargo y como se denota

a lo largo de la sentencia el área metropolitana, inicia el proceso de contratación sin la adquisición de los predios requeridos para la obra y con posterioridad incumple con la entrega de dichos predios al imposibilitarse su compra.

El contratista en concordancia recibe \$11'367.829,75 a título de anticipo que corresponden al 40% del valor del contrato. Sin embargo, el día 6 de enero de 1995 las partes convinieron suspender el contrato debido a que los propietarios de los terrenos en los que se debían ejecutar las obras impidieron el ingreso al contratista, toda vez que como se mencionó anteriormente los predios eran suyos y no del contratante y no se había realizado la gestión predial correspondiente. Ese mismo año el contratista solicita a la entidad que reciba la estructura metálica del puente y se reinicie el contrato, a lo cual la entidad establece que no es conveniente.

En observancia a dichos hechos, el Área Metropolitana de Bucaramanga, pasados dos años procede a expedir una resolución por la cual liquida unilateralmente el contrato alegando una imposibilidad para seguir con el contrato que no depende de su voluntad.

A su turno, se procede a demandar el incumplimiento del contrato y en sentencia del 25 de septiembre de 2003 el Tribunal Administrativo de Santander declara la necesidad de que el contratista reintegre 515.875,61 por concepto de devolución del saldo del anticipo y así mismo negó las restantes peticiones de la demanda.

La providencia judicial se recurre en el entendido que el Tribunal sólo reconoció al contratista los gastos en que incurrió por concepto de obreros, construcción de la estructura metálica del puente y utilidad esperada sin incluir las erogaciones realizadas a título de compra de materiales, herramientas, instalación de la electricidad y arrendamiento de una bodega.

Declaración de objeto ilícito: aplicación del artículo 48 de la ley 80 de 1993

En análisis del caso el Consejo de Estado plantea el reconocimiento de objeto ilícito del contrato porque se están contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar **debidamente planeados** para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos.

Así mismo la sentencia establece que para que se determine el reconocimiento del pago por la obra contratada, el servicio u obra demandada debe satisfacer integralmente el interés público, situación que no se evidenció en el caso mencionado, toda vez que la estructura metálica nunca fue instalada.

A su turno analiza el mismo Consejo de Estado que en el entendido que el contrato debe su objeto a una falla en la planeación, que hace imposible su ejecución, tanto el contratista como la entidad incurren en culpas comunes, puesto que la entidad tenía el deber de adelantar la adquisición de predios previo a la contratación de la obra pero así mismo, el contratista a sabiendas de la falta de planeación en el contrato se abstuvo de mencionar su imposibilidad de ejecución y por lo mismo se comprometió a realizar la obra encomendada.

En esta medida y siguiendo el hilo conductor determina que el contratista deberá devolver el anticipo a él entregado para el contrato y no acepta que se le haga ningún reconocimiento por su actuar.

Este planteamiento vale destacar se obtiene de que el contratista no efectuó a obra total y no satisfizo el interés público que determina la ley 80 de 1993, sin embargo, aun

cuando ello es así también desarrolla el artículo 1525 del C.C. y termina si se quiere desarrollando en la praxis, más esta teoría que el planteamiento del artículo 48.

Por consiguiente, revoca la sentencia del tribunal, declara la nulidad por objeto ilícito y ordena el reintegro del anticipo en su totalidad, por parte del contratista.

Sentencia del 18 de febrero de 2010, Sección Tercera del Consejo de Estado, consejero ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez, radicación número: 85001-23-31-000-1997-00403-01(15596), referencia: acción de controversias contractuales, caso Tracto Casanare Ltda. Vs el Departamento de Casanare

El contrato adicional de obra pública distinguido con el No. 247-95, suscrito el 29 de abril de 1996 en Yopal, entre la Gobernación de Casanare y la sociedad comercial Tracto Casanare Ltda.

En el presente caso se evalúa el contrato 247 de 1995 el cual fue liquidado el 28 de febrero de 1996 sin ningún comentario o reclamo. Sin embargo, el tema no concluyó ahí puesto que ya finalizado el contrato el departamento evidenció la necesidad de obras adicionales y procedió a realizar una adición al contrato que para entonces ya estaba liquidado. Con el fin de que el “contrato” evidenciara una adición la administración del departamento procede a desembolsar un anticipo del 50% del valor del contrato como adición. La obra por consiguiente se autoriza y se construye.

Es además necesario denotar que el contratista realizó las obras y trabajos alegados durante el año 1996 en donde no mediaba una adición escrita, puesto que según se evidencia el gobernador de ese momento dio la orden verbal y posteriormente procedió a legalizarlo.

Una vez culminada la obra contratada el interventor se niega a recibirla objetando la ausencia de un contrato del cual se pudiera desprender la adición realizada, toda vez que como se mencionó el contrato al cual se encuentra sujeta ya estaba liquidado meses antes de la adición,

impidiendo que se pudiera pagar el resto por la obra mencionada, según alegó el contratista.

Declaración de Nulidad por Causa ilícita:

Como se evidencia a lo largo de la sentencia, el contrato de adición se configuró sobre un contrato ya liquidado, lo cual derivó según lo determina el Consejo de Estado en la intención contraria al orden público, la cual buscaba dar la apariencia de legalidad a unos hechos que habían sido cumplidos por fuera de ella, puesto que no era posible la adición de un contrato que ya se encontraba terminado y sin vigencia alguna.

Así mismo continua la sentencia y expresa que debido a la concertación entre el contratista y el contratante, en busca de dar una apariencia de legalidad a un hecho contrario a derecho público, según se constata de los interrogatorios, no se reconocerá suma adicional alguna al contratista puesto que: 1. No se acreditó que hubiere habido obra adicional alguna a las contenidas en el Acta de Liquidación Bilateral y 2. Puesto que para la Sala tampoco puede haber lugar a reconocimiento alguno por concepto de la fuente de las obligaciones denominada enriquecimiento sin causa, en el presente caso concreto, puesto que se nota claramente la participación directa del contratista en la situación irregular que dio lugar a la supuesta realización de las obras sin cumplimiento de las prescripciones legales.

El Consejo de Estado en esta medida declara que no reconocerá suma adicional alguna al contratista puesto que no se acreditó que hubiere habido obra adicional alguna distinta a las contenidas en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 247 - 95 y no se dejó reserva, salvedad o constancia sobre el particular dentro del texto de esta. Tampoco procederá la restitución a favor del Departamento de Casanare respecto de la suma que pagó a título de anticipo por la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”, en tanto que, en virtud

del principio de la no reformatio in pejus, no se puede hacer más gravosa la situación del apelante único, es decir, de la sociedad Tracto Casanare Ltda.

Sentencia del 27 de marzo de 2014, Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Consejero ponente: Hernan Andrade Rincón, radicación número: 25000-23-26-000-1998-02814-01(26939) caso Productora De Carnes Ubaté PCU Ltda. Vs Municipio De Ubaté, Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

El día 30 de octubre de 1998 la sociedad Productora de Carnes Ubaté PCU Ltda., por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, presentó, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del municipio de Ubaté. La razón de dicha demanda se debió a que, mediante acuerdo No. 029 proferido el 23 de diciembre de 1996 por el Concejo Municipal de Ubaté autorizó al alcalde del municipio de Ubaté de ese entonces, para que mediante contrato diera en arrendamiento las instalaciones del nuevo matadero municipal, habida cuenta que la Administración Municipal no contaba con el presupuesto ni con el personal capacitado que se requería para que pudiera entrar en funcionamiento.

Con ocasión de lo anterior, la administración de Ubaté procede a abrir el proceso de contratación directa con objeto contractual establecido en los términos de: arrendamiento de las instalaciones y equipo del nuevo matadero municipal, para el cual procede a realizar la invitación pública en la cual solo se presentan dos propuestas y se termina seleccionando a la sociedad Productora de Carnes Ubaté PCU Ltda.

El 22 de diciembre de 1997, a través de la Resolución No. 1567 A, el alcalde adjudicó el contrato a favor de la empresa ya mencionada, el cual tomó la connotación de

arrendamiento de las instalaciones, equipos y edificaciones del Nuevo Matadero del Municipio de Ubaté. Dicho contrato fijó su cuantía en la suma de \$87'964.400 y se estableció por una duración de seis años contados a partir de la entrada en operación del matadero. Una vez en firme el contrato, el contratista comienza las obras de adecuación para poner en funcionamiento el matadero y así mismo comienza la prestación del servicio.

Sin embargo, en 1998 se expide el decreto 058, en el cual se da por terminado el contrato y se ordena su inmediata liquidación, aduciendo que este es nulo debido a estar bajo la modalidad de contrato de arrendamiento, cuando en realidad lo que se está realizando es la concesión de un servicio público, así mismo menciona que el proceso de selección requerido para este servicio debió ser el de licitación pública y no el de contratación directa por el cual se adjudicó. En esta medida y amparado en el art. 45 inciso 2 de la ley 80 de 1993 se expide el decreto anteriormente señalado. Sobre el presente decreto se promueve el recurso de reposición el cual se contesta negativamente y se procede a liquidar el contrato.

En dicha liquidación se comprometen: por parte del municipio de Ubaté a pagar la suma de ciento veintiocho millones quinientos once mil quinientos sesenta y dos pesos con cuarenta centavos (\$128'511.562,40), por concepto de las inversiones efectuadas en el matadero del municipio de Ubaté, entre otros ítems, así como la sociedad se comprometía a restituirle el bien objeto del contrato.

El contrato se procede a liquidar de manera bilateral dejando las siguientes salvedades por parte del contratista: a- Que la liquidación no cubría la totalidad de las inversiones y montaje operativo. b.- Que no cubría absolutamente nada respecto de la responsabilidad civil de conformidad con el art. 50 de la Ley 80 de 1993. c.- Que no se aceptaba la causal de terminación unilateral del contrato porque estaba acudiendo a la liquidación de este de

manera forzada. y d.- Que el contratista quedaba en libertad de continuar o iniciar las acciones ordinarias para la total indemnización de los perjuicios causados. Vale aclarar que la parte demandante solicitó que se suspendiera provisionalmente el Decreto No. 058 del 16 de octubre de 1998 y esta petición fue negada mediante auto del 14 de diciembre de 1998, proferido por el Tribunal.

En primera instancia se manifiesta entonces que el contrato, mantiene todos los elementos del contrato de concesión por lo que se concluye que el contratista obró adecuadamente. La sentencia sin embargo es apelada manifestando que la ley no declaraba como servicio público el sacrificio de animales realizado por los mataderos y señalando que la imposibilidad de declararse la nulidad del contrato por parte del alcalde, puesto que esta competencia a juicio del demandante era del juez.

Consideraciones del Consejo de Estado

1. Sobre el objeto del contrato determina que efectivamente es un servicio público y por consiguiente una vez resaltados los elementos requeridos para perfeccionar el contrato de concesión, determina que si existe contrato de concesión.
2. Se manifiesta que la alcaldesa no tenía competencia para declarar la terminación del contrato en tanto y cuanto, el artículo 44 numeral 2 y el artículo 24 numeral 8 de la ley 80 de 1993, no son compatibles, debido a que este último no reúne los requisitos para ser catalogada como una expresa prohibición legal.
3. **Menciona la corporación en análisis del artículo 1525** que este opera cuando se obra a sabiendas de mala fe por lo que al no constatar en el expediente ninguna prueba de que el contratista hubiere realizado su actuar de mala fe y así mismo en el entendido que el municipio liquidó, pagó y reversó lo referente al matadero, no hay lugar a restitución alguna a título de frutos u otras expensas.

Sentencia del 29 de mayo de 2014, Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contenciosos Administrativo del Consejo de Estado, Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourt, radicación número: 25000-23-26-000-1998-02277-01(29366), Caso Instituto Colombiano De Crédito Educativo Y Estudios Técnicos En El Exterior – Icetex- vs Software Técnico Ltda. – Softec Ltda., Referencia: Acción de controversias contractuales – sentencia

El ICETEX celebró dos contratos de compraventa para la adquisición de software destinado al manejo de información administrativa y financiera de la entidad, cuyas especificaciones técnicas no coincidían con las exigidas en los pliegos de condiciones.

Para celebrar los contratos, en noviembre de 1993 el ICETEX ordenó la apertura de dos licitaciones públicas con el objeto de recibir propuestas para la adquisición, montaje y puesta en funcionamiento de dos paquetes de software que permitieran el manejo y administración automatizada de los procedimientos y operaciones relacionadas con los requerimientos de las áreas de servicios administrativos y recursos humanos, así como del área financiera de la entidad, las cuales fueron adjudicadas a la firma demandante el 30 de diciembre de 1993.

Las partes suscribieron los contratos 94-006 por valor de \$ 23'940.000 y 94-007 por valor de \$ 22'800.000, ambos del 9 de febrero de 1994 y mediante los mismos el contratista se comprometió a entregar, con montaje y puesta en funcionamiento, los sistemas de procesamiento de datos correspondientes a: i) sistemas de almacén e inventarios, ii) sistema de recursos humanos: nómina, hojas de servicio, planta de personal, capacitación, bienestar

social y estadísticas, iii) sistema de ajustes y migraciones y iv) módulos de compras, proveedores, hojas de ruta, administración de caja menor, según el contrato 006; y i) sistemas de presupuesto, tesorería y contabilidad y ii) sistemas de ajustes y migraciones, según el contrato 007. En los dos contratos se pactó que su objeto comprendía la ejecución de 5 etapas, a saber: i) entrega e instalación, ii) período de prueba, iii) período de garantía, iv) asesoría técnica y v) mantenimiento.

El 9 de febrero de 1994 se dio inicio a la ejecución de los contratos y a solicitud del contratista, los mismos fueron adicionados en tiempo por 3 meses más.

El 28 de junio de 1994 se suspendió la ejecución de los contratos y el 30 de septiembre siguiente suscribieron otrosí al acta de suspensión en la cual consta que no se podía iniciar el montaje de las aplicaciones objeto del contrato, por no encontrarse instalada la versión 2.4 de ACCELL/UNIFTY.

El 6 de octubre de 1994 las partes suscribieron un acta de entrega del software financiero en la que consta que el mismo quedaba entregado e instalado y el 12 de diciembre, la división de sistemas certificó que se recibieron instaladas, las aplicaciones de contabilidad, tesorería, presupuesto, recursos humanos, almacén y adquisiciones y señaló que el período de prueba se iniciaría el 23 de enero de 1995. En acta de entrega de 14 de diciembre se anunció que el 23 de junio de 1995 se entregarían los manuales técnicos de los sistemas de procesamiento financiero y el 23 de julio los correspondientes a los sistemas administrativo y de recursos humanos. El período de prueba, sin embargo, fue aplazado de mutuo acuerdo por cuanto no se habían adquirido las terminales, el cableado, ni la tarjeta de comunicación requeridas para su funcionamiento.

La fecha de entrega definitiva de los programas objeto del contrato 94-006 fue aplazada para el 25 de agosto de 1995, pero entre el 15 y el 28 de ese mes se presentaron inconsistencias técnicas que imposibilitaron la entrega definitiva de los programas y de los módulos de tesorería y presupuesto, por causas derivadas de la instalación de los programas y problemas de la base de datos, imputables al contratista, pues los equipos estaban en perfectas condiciones.

La entidad tuvo que contratar especialistas en el manejo de este tipo de sistemas informáticos para verificar el estado real de los sistemas diseñados e instalados por la demandada, con el fin de constatar la causa de las deficiencias técnicas detectadas y éstos conceptuaron que las inconsistencias en la operación de los sistemas de procesamiento de datos suministrados por la contratista se debía a la defectuosa calidad de los paquetes de los módulos y aplicativos diseñados e instalados, que en buena medida reportaban un error de ejecución del 85% al 100%.

En primera Instancia:

En primera medida el tribunal denota que el objeto de las licitaciones no corresponde cabalmente con la propuesta realizada por el contratista, en la medida que la aplicación ofrecida si bien contaba con algunos de los servicios requeridos no era totalmente igual a lo solicitado por la entidad. En consonancia con ello denota también el tribunal que tanto la entidad como el contratista contratante incumplieron parte de sus obligaciones lo que impidió la concreción del objeto contractual.

En este punto se denota que el ICETEX realizó la adjudicación a pesar de la diferencia entre lo pedido y lo propuesto por este proponente y una vez suscritos, mes y medio después

se adicionó el plazo de los mismos en 3 meses, con el argumento de que el contratista estaba utilizando una base de datos distinta.

Así mismo, la entidad contratante si bien recibió algunas de las labores contratadas, al final no obtuvo la ejecución de los contratos a cabalidad, no obstante, la entidad canceló el valor total de los mismos y además nunca multó al contratista ni hizo efectivas las garantías de cumplimiento pactadas, razón por la cual el tribunal aduce que no puede solicitar la resolución de los contratos alegando ser la parte cumplida de la relación. Del mismo modo señala que del contratista se podría predicar lo mismo, razón por lo que el tribunal alega que no se denota la voluntad real de celebrar un pacto contractual y así mismo señala que se demostró que tanto la entidad contratante como el contratista faltaron a sus compromisos contractuales, vulnerando los principios de lealtad y buena fe que rigen por esencia la contratación pública.

Vale mencionar que por parte del contratista se formuló demanda de reconvención la cual entiende el tribunal ya se encontraba caducada.

Consideraciones del Consejo de Estado teniendo como base el decreto 222 de 1983 y ley 80 de 1993.

El análisis del Consejo de Estado parte de la clara vulneración del objeto del contrato, por parte de la entidad contratante al momento de aceptar la oferta del contratista la cual tenía unas especificaciones técnicas diferentes a las solicitadas y que, si bien según constan en las comunicaciones y en la oferta como tal, las aplicaciones ofrecidas funcionaban correctamente en cualquier sistema operacional, éstas no correspondían a lo estrictamente solicitado en los pliegos.

Esto, sin embargo, además de ser una causal de rechazo y no estar permitida como oferta alternativa, dificultó el cumplimiento por parte del contratista quien debió obrar contra una defectuosa planeación. Por lo que para la Sala, la entidad no solo desconoció el objeto esencial del pliego de condiciones, sino que generó una flagrante violación al mismo, que como se anotó, constituía la ley del procedimiento de selección y del futuro contrato, acto administrativo de carácter general expedido por una entidad pública y que por lo mismo, para ese procedimiento específico de selección de contratistas, hace parte del ordenamiento jurídico rector de las actuaciones de los intervinientes –entidad y proponentes- en cuyo cumplimiento se haya comprometido el interés público.

Así mismo, determina el Consejo de Estado que la proponente no actúa de manera correcta debido a que era consciente de que la entidad tenía una base de datos determinada que no concordaba con los softwares incluidos en su propuesta –y finalmente contratados-, lo que la obligó a ofrecerle, una vez suscritos los contratos, la migración a dicha base de datos.

En razón de ello determina el Consejo de Estado que no cabe duda de que las partes conocían el marco legal dentro del cual debían actuar en el procedimiento de selección y celebración de los contratos, sabían de las limitaciones técnicas establecidas para la adquisición de software por parte de la entidad estatal y estaban enteradas de las consecuencias contempladas en el pliego de condiciones en caso de incumplimiento de las mismas y a pesar de ello procedieron a celebrar los contratos en contra de sus disposiciones, todo lo cual denota que la actuación del ICETEX y la firma SOFTEC LTDA., fue adelantada, **como lo dice el artículo 1525 del Código Civil, a sabiendas de la ilegalidad en la que estaban incurriendo.**

Sin embargo y una vez denotado que se cumplen los parámetros del artículo 1525 del C. C. el Consejo de Estado cambia su argumentación debido a que señala que en concordancia con el artículo 48 de la ley 80 de 1993, tampoco se muestra el cumplimiento y satisfacción de la necesidad contratada, por lo cual no hay lugar al pago y en este entendido ordena la restitución del valor que fue pagado por el ICETEX debidamente actualizado.

Sentencia del 16 de marzo de 2016, Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contenciosos Administrativo del Consejo de Estado, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación número: 76001-23-31-000-2000-01195-01(30759) Caso: Yaneth Amanda Paonessa Claros Vs Municipio de Yumbo, referencia: acción de controversias contractuales (apelación sentencia)

El día 9 de diciembre de 1997 la demandante Yaneth Amanda Paonessa Claros celebró con el municipio de Yumbo (demandado) un contrato de prestación de servicios cuyo objeto indicaba que la contratista revisará, liquidará, reliquidará y efectuará el cobro del Impuesto de Industria y Comercio, y el complementario de avisos y tableros respecto de diversas empresas que desarrollaban actividades dentro del municipio de Yumbo; así como de los aportes solidarios y sobrepagos que las empresas prestadoras de servicios públicos cobraban a los usuarios de estrato 5 y 6 y comerciales, para efectos de los subsidios otorgados a los estratos de menores ingresos.

Se afirma en la demanda que el día 12 de diciembre de 1997, las partes ampliaron el objeto del contrato, en el sentido que el contratista, además, debía adelantar el Recaudo Jurídico procesal y extraprocesal de los dineros que por concepto de los citados impuestos y aportes se debieran al municipio.

La remuneración del contratista se pactó en un 10% de lo recuperado o recaudado con diligencias prejudiciales y del 20% si respondía a acciones judiciales.

Se afirma en la demanda que la contratista comenzó a ejecutar el contrato, requiriendo primero a los sujetos pasivos objeto del contrato para que declararan y liquidaran los respectivos impuestos a su cargo; de esta actividad rindió informes al municipio contratante y lo requirió para que otorgara los poderes necesarios para iniciar las correspondientes acciones judiciales. No obstante, el 25 de marzo de 1998, mediante resolución No. 0131, el municipio declaró terminado unilateralmente el contrato, aduciendo la muerte y la incapacidad médica del contratista; pero en la parte considerativa del acto administrativo se desarrolla la causal de exigencias del servicio público, sustentado en razones que no son claras, precisas y contundentes, a juicio del apoderado de la demandante.

El 1º de julio siguiente, mediante Resolución 0312 el municipio de Yumbo liquidó, también de manera unilateral el contrato; en tal acto administrativo se valoró la indemnización debida a la contratista en cero pesos.

Sentencia del Tribunal

En sentencia del 10 de diciembre de 2004, la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Valle del Cauca, Quindío, Cauca y Nariño, denegó las súplicas de la demanda.

Para tomar esta decisión el Tribunal adujo que la función de liquidar y recaudar dineros por concepto de impuestos no es una función indelegable por parte del alcalde del municipio, comoquiera que éste está facultado para contratar apoderado en defensa de la entidad territorial.

De lo anterior se colige que el Alcalde Municipal de Yumbo no podía dar por terminado unilateralmente el contrato de prestación de servicios, pues no se dieron las causas contenidas en el artículo 17 de la ley 80 de 1993 como tampoco la Cláusula novena del mismo contrato, toda vez que en este caso no hubo incumplimiento por parte del contratista pues obra en el plenario los diferentes oficios por medio de los cuales la demandante requiere a las Empresa (sic) deudoras del impuesto de Industria y Comercio y sus complementarios de Aviso y Tableros a fin de que den cumplimiento a sus obligaciones, es más dichos oficios son coadyuvados por el jefe de Rentas del mismo ente territorial.

Consideraciones Consejo de Estado

Lo primero que entra a determinar el Consejo de Estado es el objeto del contrato, donde concluye que el objeto está claramente prohibido en su delegación mediante contrato, en la medida que, si bien se permite que a las entidades se les dé un acompañamiento y asesoría por parte de terceros, esto no significa que pueda entregarse la función de cobro coactivo de los tributos, situación que indiscutiblemente sucede en este caso. Esto se denota en la mediada que a la contratista se le entregaron mediante contrato de prestación de servicios las funciones de liquidar y reliquidar el impuesto de Industria y Comercio, y no la de mero acompañamiento en la gestión.

En consonancia con lo anterior y entendiendo que no todas las funciones entregadas a la contratista son susceptibles de declararse nulas, determina el Consejo de Estado solo declarar la nulidad referente a la liquidación y reliquidación de impuestos de industria y comercio.

Sobre lo referente a la aplicación o no del artículo 1525 del C. C., el Consejo de Estado solo se limita a mencionarlo brevemente en aras de establecer como un eventual escenario, pero no lo desarrolla.

Sentencia del 13 de abril de 2015, Sección Tercera de la Sala de lo Contenciosos Administrativo del Consejo de Estado, Consejero ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz, radicación número: 15001-23-31-000-1995-15535-01(29427), Acción de controversias contractuales – sentencia

El 29 de mayo de 1992 se celebró el contrato No. 006, entre un particular y el Municipio de Tunja, cuyo objeto fue el arrendamiento de las instalaciones del terminal de transportes de ese Municipio. Su duración era de 5 años, contados a partir del 29 de mayo de 1992. El canon de arrendamiento para el primer año fue de \$2'000.000 mensuales, que se incrementaban en un 20% cada año, hasta la terminación del contrato.

En el contrato se estableció que la entidad se obligaba a entregar el inmueble, aclarando que si para la fecha de inicio no estaba totalmente terminado y era necesario continuar con la adecuación que se le estaba realizando –porque estaba en remodelación-, el canon se reduciría en un 50%.

El 29 de mayo se hizo la entrega formal del inmueble, pero “no estaba terminado ni parcialmente terminado, impidiéndose con éste hecho el goce del bien” según el arrendatario; tanto así que el 31 de julio de 1992 se solicitó al alcalde la suspensión del inicio del contrato, por la imposibilidad física de ejecutarlo, pues no se facilitó el uso y goce de las instalaciones. La petición no fue contestada, por lo que se volvió a pedir el 14 de agosto del mismo año, pero tampoco hubo respuesta.

La entidad, mediante la Resolución No. 001047, del 8 de julio de 1993, declaró la caducidad del contrato, por el presunto incumplimiento del contratista, quien no pagó los cánones, decisión que fue impugnada, pero se confirmó lo resuelto.

Primera instancia

El tribunal mediante providencia señala que no se da paso a la expresión de contrato no cumplido en el entendido que el contratista no puede acreditar el cumplimiento de sus obligaciones o que su incumplimiento estaba precedido por el de la entidad mencionada, que imposibilitara el cumplimiento de las de aquél.

En esta medida al no prosperar la excepción no habría argumentos suficientes para dejar sin validez la medida de caducidad propuesta, además denota el a quo que el contratista solo logró demostrar su cumplimiento de la mitad de los cánones acordados con el municipio.

Consideraciones Consejo de Estado:

El Consejo de Estado parte su análisis de la tipificación errónea del contrato, toda vez que el contrato así llamado de arrendamiento es en esencia de concesión, razón por la cual esta denotando una nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito.

Ello encuentra sustento en el entendido que el contrato celebrado tuvo por objeto encomendar al contratista la operación del terminal, entendiendo por tal todo el conjunto de instalaciones y equipos que componían dicho espacio físico, al igual que su administración.

En este entendimiento, queda claro que se entregó la operación de la terminal, cuyas actividades, al constituir un servicio público, debieron ser entregadas a un contratista mediante un contrato de concesión, precedido de una licitación pública ya que sus elementos se asocian más a esta tipología contractual que a un simple arrendamiento de un bien inmueble.

A su turno, destaca el Consejo de Estado que en su actuar la entidad y el contratista eludieron la obligación de realizar la contratación mediante el procedimiento de licitación pública, y en su lugar contrataron de manera directa, contraviniendo normas de derecho público, pues los procedimientos de selección son ineludibles por las partes y de obligatorio cumplimiento, de tal manera que usar un procedimiento de selección diferente o prescindir de él, como en este caso, produce la nulidad del contrato.

Por consiguiente, establece el Consejo de Estado que en el caso de este contrato se dan los parámetros de aplicación del artículo 1525 del C.C., por lo que no habrá lugar a reembolso, poniendo de presente la expresión “el que haya pagado algo no tiene derecho a reembolso y el que lo recibió tiene derecho a conservarlo”.

En esta medida declara la nulidad absoluta del contrato, por lo que se niegan las pretensiones de la demanda, al ser incompatibles con la declaración anterior; y al estar viciado el contrato por objeto ilícito no se condenó a las partes a que cumplan en favor de la otra obligación alguna.

Sentencia del 4 de junio de 2015, Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contenciosos Administrativo del Consejo de Estado, consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación número: 73001-23-31-000-2003-00634-

01(37566) caso Sociedad Inversiones Ganaderas Del Tolima Ltda. - Invergan Ltda., vs La Empresa De Acueducto Y Alcantarillado Y Aseo Del Espinal E.S.P. Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

El día 24 de agosto de 2001 la Sociedad Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda., suscribió con la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., un contrato de arrendamiento sobre los mataderos del Espinal y Chicoral por un término de 5 años contados a partir del 1 de octubre de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2006, por valor mensual de \$5.500.000.00, el cual fue modificado en su cláusula sexta mediante otrosí de 28 de agosto de 2001 *“en el sentido que el contratista se obligó a constituir a favor de la empresa arrendadora dos pagarés, uno, para garantizar las obligaciones del contrato y el otro para garantizar el pago de salarios y prestaciones sociales del personal que se contratara para prestar el servicio”*.

Posteriormente, el día 7 de septiembre de 2001, la Sociedad Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda., pagó a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., la suma de \$5'500. 000.00 por concepto de arrendamiento de los mataderos objeto del contrato por el mes de octubre de 2001.

No obstante, lo anterior el día 24 de septiembre de 2001, el Director de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., mediante oficio No. D-725 le informó a la Sociedad Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda., que la Secretaria de Salud del Tolima ordenó el cierre definitivo del matadero de Chicoral.

Como consecuencia de lo anterior, el 1 de octubre de 2001, no fue posible la entrega a la Sociedad Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda., del matadero del Espinal por cuanto se encontraba ocupado por la Empresa Carnes y Ganados, ni del matadero de Chicoral toda

vez que esté estaba cerrado por orden de la Secretaría de Salud del Tolima. Aspectos definitivos en el no cumplimiento y ejecución del contrato en la forma que inicialmente estaba previsto.

Primera instancia

El 21 de julio de 2009, el Tribunal Administrativo del Tolima accedió a las súplicas de la demanda. Como fundamento de su decisión el *A quo* consideró:

La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., no cumplió con su principal obligación contractual en condición de arrendador en los términos del artículo 1982 del Código Civil que es la de entregar al arrendatario la cosa arrendada, además observa la Sala las siguientes irregularidades en las que incurrió la entidad accionada:

Parte del objeto del contrato lo constituía el arriendo del inmueble donde funcionaba la Planta de Sacrificio del municipio de Chicoral, al respecto debe anotarse que el contrato se suscribió el 24 de agosto de 2001 y posteriormente la no entrega del inmueble se justificó por la orden de cierre impartida por la Secretaría de Salud Departamental del Tolima, orden que según lo expresado por la misma entidad fue dada mediante Resolución No. 686 del 9 de julio de 2001, decisión que fue confirmada por Resolución 1001 del 21 de septiembre de 2001, de lo que se concluye que para la fecha en que se suscribió el contrato (24 de agosto de 2001) ya se había ordenado el cierre del matadero municipal, razón por la que es inaceptable que la entidad suscribiera el contrato de arrendamiento sobre ese bien inmueble sin esperar que se resolviera el recurso interpuesto contra esa decisión, además que en el contrato no se dejó constancia de haber puesto en conocimiento del arrendatario dicha circunstancia.

La Sociedad Invergan Ltda., el 7 de septiembre de 2001, canceló el primer canon de arrendamiento correspondiente al mes de octubre de 2001 (\$5.500.000.00) tal y como lo acepta la entidad accionada, sin que exista prueba alguna dentro del expediente de la devolución de dicha suma al accionante por parte de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., de lo que se concluye que además de no poder usufructuar los bienes tomados en arriendo si cumplió con la principal obligación de arrendatario, como es el pago del canon de arrendamiento.

Consideraciones del Consejo de Estado

En primera medida analiza el Consejo de Estado que el presente contrato es nulo por objeto ilícito en el entendido que su naturaleza se deriva del contrato de concesión y no el de arrendamiento como lo tipifica erróneamente la entidad contratante, en esta medida se determina que el servicio de mataderos constituye en sí un servicio público el cual debió contratarse por licitación pública y no por contratación directa.

En consecuencia, la sala observa que la situación aquí presentada conduce a la invalidez del contrato por objeto ilícito, que debe ser decretada de oficio, sin importar que se esté ante un apelante único.

Finalmente, y como quiera que en este caso es aplicable el régimen del Derecho Privado y no la Ley 80 de 1993, ha de considerarse entonces lo relativo al artículo 1525 del C.C., en cuanto prevé que no puede repetirse lo dado o pagado por un objeto o una causa ilícita a sabiendas.

La aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador en cada caso haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*: *Cuando media torpeza de ambos lados no se admite la repetición* y, de otro lado, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válido.

Pues bien, como la nulidad absoluta aquí se decretó oficiosamente, porque no había sido solicitada por ninguna de las partes, si se ordenara alguna restitución no se estaría transgrediendo la razón de ser la regla jurídica contenida en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*”, y, como la parte actora entregó \$5.500.000 pero nunca se aprovechó de los bienes concesionados porque no le fueron entregados, si se ordenara la restitución de esta suma, no podría afirmarse entonces que el negocio terminó produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válida.

En esta medida el Consejo condena el reembolso del “canon” pagado a la entidad contratante la cual deberá reconocerlo indexado en virtud de no generar perjuicios al contratista.

9. Resolución del Caso

Cubiertas las explicaciones anteriores, se debe poner de presente que, la contratación Estatal busca la materialización de los fines del Estado, lo cual no se traduce necesariamente en conseguir un enriquecimiento monetario en el contrato, pues si bien el Estado debe cuidar sus finanzas, las mismas no pueden ni deben quedarse ahorradas sin servir a la comunidad donde ejerce su función sino que deben materializarse para el cumplimiento de las obligaciones Estatales que vienen regladas desde la Constitución.

Comprendiendo lo anterior, el sistema de contratación pública de Colombia se ha basado siempre en lograr los objetivos estatales a partir de la mutua colaboración entre el particular y el Estado, siendo consignada esta regla en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, y se ha prohibido tajantemente el enriquecimiento sin justa causa por parte del Estado o un particular, esto siguiendo los mismos lineamientos de la Ley 80 de 1993, la normatividad civil y comercial y si se quiere ir a la base, el artículo 34 de la constitución política de Colombia (que prohíbe la confiscación).

Dado lo anterior, resulta ilógico la existencia de una norma como la reseñada anteriormente (artículo 1525 C.C.), no solo porque su aplicación ha estado en desuso en materia civil y comercial, sino porque la aplicación sin atenuantes en la contratación Estatal se traduce en una vulneración abierta a la Constitución y a la misma Ley 80 de 1993, y es que como se ha visto anteriormente, el artículo 1525 C.C. genera un tipo de resolución de contrato diferente, en el cual un juez al constatar el elemento volitivo “*a sabiendas de*” un objeto o causa ilícita en la celebración de un contrato, lo cual, puede evitar la resolución del contrato y por lo mismo abre la puerta a dejarlo en el estado en el que se encuentra al momento de estudio.

Lo anterior, pese a parecer muy eficiente desde una lógica de perseguir la corrupción y evitar los comportamientos indebidos en la contratación, se traduce en un arma de doble filo, donde la administración y el particular pueden ver afectada su contratación, presupuesto y ganancia, no solo por la evidente paralización de la obra sino porque dependiendo del momento en el que se declare la nulidad del contrato y se de aplicación de este articulado pueden derivarse efectos evidentemente nocivos para las partes del contrato. A manera de ejemplo tomamos el caso de un contrato indebidamente celebrado como el de los mataderos públicos, que tanto ha podido estudiar el Consejo de Estado en sus fallos, en especial los señalados con anterioridad a este capítulo, donde muchos municipios han acudido a la figura de un contrato de arrendamiento directo con el objeto de recibir el establecimiento para su mantenimiento y operación, siendo ya claro y pacífico que se trata de un servicio público que

al querer entregarse debe hacerse mediante la figura de concesión y previo proceso de selección de licitación pública.

Entonces, estamos frente a esos contratos evidentemente mal concebidos, adjudicados irregularmente, con procesos contractuales desviados de su naturaleza jurídica propia y por ende de su trámite pre- contractual. En la realidad tenemos que: una entidad territorial celebra un contrato de arrendamiento para dar un particular un bien del Estado (matadero), para que con él explote un servicio como el sacrificio de animales por los productos que de ello se deriva. El caso se vería diagramado así:

Caso Matadero
<p>Situación: El alcalde del <i>Municipio Y</i> debía celebrar un contrato para la operación y prestación del servicio del matadero municipal, (sacrificio de animales y actividades que de ello se deriva).</p> <p>Para lo anterior celebra un contrato de arrendamiento con el contratista “X”, con modalidad de contratación directa por un período de cinco (5) años, entregando a ése título un bien del Estado (matadero municipal), involucrando en las obligaciones la prestación del servicio de matadero.</p> <p>Durante la ejecución del contrato existen mutuos incumplimientos por entrega tardía del matadero, incumplimiento en el pago de cánones, etc.</p>
Contrato indebidamente celebrado: Arrendamiento de servicio público matadero
<p>Normas incumplidas</p> <p>Artículo 365 constitucional Numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 Ley 9 de 1979 Decreto 1333 de 1986 Artículo 1° del Decreto 77 de 1987</p> <p>Ahora bien, esta situación puede deberse a dos situaciones principales: (i) en primera el desconocimiento por parte de la autoridad administrativa de la legislación colombiana, situación que no es ajena al contexto social de Colombia y menos en municipios de 5 y 6 categoría, que pueden no contar con un equipo financiero y jurídico para la debida estructuración precontractual y contractual. Y este contrato indebidamente celebrado y existente en la realidad contrariando el ordenamiento jurídico se empieza a</p>

<p>ejecutar. (ii) El favorecimiento interesado de un contratista aprovechando una debilidad institucional y la falta de controles. Corrupción.</p>		
<p>Culpa:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Leve 2. Grave 3. Gravísima 4. Dolo <p>En este punto debe valorarse por el Juez, que clase de culpa tiene el ordenador del gasto como representante de la entidad, y cual el suscriptor del contrato como contratante. Debe tenerse en cuenta, que la celebración de un contrato con abierta ignorancia de la Ley pone a criterio del autor en una posición de culpa gravísima a las partes, como se ha visto en situaciones de procesos disciplinarios que se adelantan de forma paralela a este tipo de eventos. Pues además de los procesos disciplinarios que pudiesen citarse, también deja claro la omisión por parte de los autores del contrato de sus mínimas cargas jurídicas. Esta situación se agudiza si se refiere a corrupción abierta, pues en este punto ya no hay lugar a duda que la celebración indebida del contrato se da bajo una de las premisas del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, (i) objeto ilícito o (ii) causa ilícita.</p>		
<p>Solicitud de declaratoria de nulidad</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Partes 2. Ministerio Público 		
<p>Declaración por parte del Juez.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Objeto ilícito 2. Causa ilícita <p>Sin perjuicio de la decisión del juez donde se debatirá sobre los comportamientos, que llevan al contrato a celebrarse, en este caso por lo menos siempre habrá objeto ilícito, por celebración de este tipo de contrato contra expresa disposición normativa.</p>		
<p style="text-align: center;"><u>Etapas donde puede intervenir el Juez y sus efectos</u></p> <p>En el siguiente punto se verá, que pasaría con el proceso contractual y el contrato dependiendo de la etapa de la contratación pública en la que actúa el juez</p>		
Etapas contractuales en la que se interviene el Juez	Efectos artículo 48 de la Ley 80 de 1993	Efectos artículo 1525 c.c.
Precontractual	No se celebra el contrato y se ordena rehacer todo el proceso, pese a existir problemas de índole como pérdida de la oportunidad entre otros perjuicios. El contrato aún no le es aplicable la	No hay lugar a su aplicación por la inexistencia de una prestación entregada o que requiera resolverse.

	disposición y por lo mismo, no es factible su nulidad.	
Adjudicación y celebración del contrato	Si solo se ha firmado el contrato, pero no se ha protocolizado la entrega del inmueble, aún no existen afectaciones reales que deriven de los artículos precitados.	Escenario igual al anterior.
Contrato celebrado en ejecución	<p>El contrato de arrendamiento exige la entrega de un bien al contratista a cambio de un canon. Siendo ello así y en virtud del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, una vez declarada la nulidad por cuando menos objeto ilícito, el contrato finaliza y proceden a realizarse restituciones por el beneficio obtenido por el Estado al interés público.</p> <p>Esto acarrea por lo mismo:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La devolución del bien entregado materialmente, por parte del contratista al municipio 2. el pago de saldo del canon a que hubiera lugar. 	<p>Desde la entrega del inmueble, el contratante cae en abierta desgracia pues si se demuestra la nulidad a sabiendas, la literalidad del artículo impide la devolución del predio al Estado, sin que ello configure un enriquecimiento sin justa causa a favor del tercero. La razón, la Ley prevé la aplicación y sustenta la decisión, generando que el enriquecimiento sea autorizado por Ley.</p> <p>En caso del contratista, se evidencia que no recibirá la devolución de saldos a favor desde la nulidad del contrato.</p> <p>Esta situación si bien en este caso es abiertamente nociva para la entidad, no en cada caso se replica igual pues en un contrato de obra dependiendo del momento una u otra parte puede recibir un beneficio a su favor sin pagar ni compensar su recibo.</p>

Ahora bien, en este caso se puede aplicar el artículo 1525 del C.C. y a desplazar un efecto más eficiente (a criterio del autor), consagrado en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993. Esto resulta por la clara evidencia, en contra de quienes celebran el contrato, y es que al existir una prohibición legal en la celebración del mismo, el objeto queda viciado de ilicitud, y siguiendo lo señalado en la jurisprudencia del Consejo de Estado y otras Corporaciones judiciales, la responsabilidad de este defecto queda supeditado a la responsabilidad intrínseca del ente administrador, quien por inobservancia clara de la norma- ignorancia (culpa grave) o corrupción (dolo) dio un bien a un particular sin la observancia del parámetro legal. En este sentido y lejos de lo que, cualquier defensa de la entidad pudiera alegar, ello acarrearía un riesgo de que el Juez considere cumplida la condición a “*sabiendas de*”, pues el artículo no hace referencia a la necesidad de un dolo, sino a un comportamiento activo contrario a la Ley, donde puede entrar perfectamente la culpa grave.

Del mismo modo, el colaborador del Estado- privado debía acarrear una negligencia grave y una falta del cumplimiento de sus cargas como contratista, pues celebrar un contrato sin saber las particularidades del negocio en el que participa, provocando dos posibles situaciones: (i) la ignorancia del proceso en el que participó, lo que le genera igualmente culpa o culpa grave del contratista, bajo la premisa de ser un colaborador negligente; o (ii) el aprovechamiento de una situación que sabiéndose ilegal por su parte, no es denunciada en pro de un enriquecimiento mayor o simplemente temor a perder el contrato.

Sea cual sea el escenario las partes tienen conocimiento de la situación bien sea por una acción certera y/o por su ignorancia en el tema, lo que los acerca a una culpa excesivamente gravosa, que daría el cumplimiento del supuesto subjetivo de la norma. Asimismo, el elemento objetivo de la norma (celebración de un contrato con objeto o causa ilícita) como se explicó, estaría cumplido desde la celebración, dando cabida a la aplicación del artículo 1525 CC. y generando los efectos señalados.

Con observancia a lo anterior, las partes son susceptibles de la aplicación del presupuesto normativo viendo sus efectos como a manera de ejemplo se explicó en el caso del servicio de matadero municipal. No obstante, los efectos nocivos no se limitan a una tipología específica de contrato, sino que en virtud de la remisión expresa de la Ley 80 de 1993 a la normativa comercial y luego civil (en ese orden), salvo excepción como en el caso de las APP, todo contrato sería susceptible de la aplicación de esta norma.

Es a todas luces claro que el efecto no solo es negativo para el privado- contratista puesto que dependiendo del momento en el que se declare la nulidad del contrato, la balanza económica del mismo puede estar orientada en favor del privado o en contra de este. A manera de ejemplo, si la declaratoria se realizara después de realizado el desembolso de un anticipo en un contrato de obra pública o en la entrega de un inmueble para explotación de un bien y prestación de un servicio (concesión) significaría que el efecto de no retrotraer el contrato al estado antes de su celebración se traduce en la pérdida de recursos, predios, etc. Si bien estos son escenarios fatalistas nada determina que no sean reales cuando cualquier juez de la República correcta o incorrectamente, encuentre aplicado el artículo en cuestión.

Ahora bien, antes de proponer una solución se debe tener claro que el Consejo de Estado ha fijado una jurisprudencia tímida pues permite su aplicación, pero en el análisis del caso retrocede para evitar la configuración del elemento volitivo. Lo anterior en razón (i) el ordenador del gasto no es el idóneo para dar satisfacción del interés de la entidad; (ii) carecía de pruebas. Lo anterior no deja de ser estrategias jurídicas, que se ajustan a cada caso en particular pues el ordenador del gasto es en lo público lo que un representante legal de una sociedad es a lo civil-comercial, y por lo mismo si bien su deber no es necesariamente conexo al de su compañía-entidad, de estar debidamente facultado obliga a la compañía a la asunción de riesgos y responsabilidades por este tipo de decisiones. En otras palabras, aun cuando la entidad o sociedad busquen otro criterio y se funden desde el deber ideológico de alto calado, ello no implica que las decisiones de la entidad y/o sociedad eventualmente estén marcadas

por la corrupción o ignorancia de sus agentes produciendo, que los efectos de esta norma sean aplicables.

Por lo anteriormente expresado se evidencian los siguientes remedios, con sus respectivos bemoles:

1. Pacto en contrario. Una primera solución que se podría proponer es el pacto de las partes para intentar excluir la aplicación del efecto, esta solución trae como ventaja la economía fáctica del instrumento pues reunir a las partes y evidenciar la afectación, no resulta del todo complejo en una negociación contractual. No obstante, se advierte que la situación es (a criterio del autor) inapropiada e inaplicable.

Lo anterior, resulta como consecuencia de la aplicación del inciso segundo del artículo 6 del código civil, que señala *“En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa **prohibición de la ley**, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.”* Esta situación configura, que en el pacto de un efecto específico de la nulidad no se repute como válido y por lo mismo, al momento del estudio por el Juez, también sea susceptible de nulidad.

Esto en lugar de revestir una herramienta importante, en la gestión de un riesgo se podría convertir en la práctica en un clausulado sugerente a una deficiencia del contrato, y en una invitación para que el Juez indague con mayor ímpetu la razones, que llevaron a las partes a celebrar este clausulado. Ello sin mencionar, que una cláusula de este tenor sería de poco recibo por parte de las entidades de control.

2. No tomar medidas. Este comportamiento omisivo hasta el momento ha sido el más utilizado, pues las partes pese a estar advertidos de la naturaleza de lo previsto en el artículo 1525 del C.C. por las múltiples sentencias del Consejo de Estado, se mantienen en una

posición neutra tomando como principal inconveniente, que se difiere al Juez, la determinación del elemento subjetivo “*a sabiendas de*” y la posible interpretación del Juzgado de acarrear un perjuicio mayor con la aplicación del 1525 C.C.

No obstante, esta posibilidad no solo es ilógica, sino que deja a las partes sin elementos de defensa ante un Juez, que solo ve limitado el ejercicio de este artículo a su conocimiento de la norma y su criterio. Dado lo anterior, considero que las partes lejos de compartir este escenario deberían temerle, pues dejan en libertad de un tercero la posible pérdida de todo lo invertido en el contrato.

Dentro de este supuesto, está el esperar a llegar al juicio y solicitar la aplicación del artículo 34 de la Constitución o incluso alegar enriquecimiento sin justa causa. En cualquiera de estos escenarios se abre un debate, que en general las partes no están en disposición de soportar y que no resulta eficiente. A manera de ejemplo solicitar, al Juez que declare la excepción de la Constitución sobre la norma, requiere no solo que el juez este convencido de los argumentos de las partes, sino que encuentre verdaderamente un hilo conductor entre la prohibición constitucional y la norma sujeta de aplicación. Situación otrora complicada al no existir jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el particular y adicionalmente existir jurisprudencia del Consejo de Estado que avala su aplicación.

En el caso de alegar enriquecimiento ilícito por una de las partes, la realidad dicta una situación aún más compleja, pues la norma civil en su artículo 1525 del C.C. establece un efecto de la nulidad, por lo que es la misma Ley la que habilita este resultado, en esta medida el enriquecimiento no es sin justa causa, sino que su origen y legitimación está en cabeza de una de las fuentes primigenias del derecho como lo es la Ley.

3. Formas alternativas. Existen tres posibles soluciones, a saber: *(i)* derogar la disposición consagrada en el Código Civil, dado que en la misma contratación civil tampoco es aplicable

y resulta nefasta cuando cualquier juez pretenda su aplicación en este o en cualquier otra disciplina del derecho que tenga el Código Civil como norma residual; (ii) mitigar los efectos cambiando la línea jurisprudencial, determinando su inaplicabilidad dados los riesgos derivados de su aplicación, lo cual parece poco probable dadas las interpretaciones del Consejo de Estado sobre el particular; (iii) reducir su margen de aplicación señalando su importancia solo en un ordenamiento y su inoperancia en otros. Sea cual sea el camino a seguir de no determinarse una ruta de restricción, el riesgo resulta vigente y se vive de esperar que un juez o árbitro no encuentre válidamente probados los parámetros legales expuestos.

10. Bibliografía

- Cediel, M. C. (2007). *Contratación Estatal: Aspectos Controversiales*. Bogotá: Uniandes.
- Benavides , J. L. (2004). *El Contrato Estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, segunda edición. Bogotá.
- Cámara de Comercio de Bogotá. (2003). *Biblioteca digital de la Cámara de Comercio de Bogotá*. Obtenido de https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21578/96_V_Centrimed_VS_Hospital_Militar_2003_06_10.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Cassagne, J. C. (2013). *Tratado general del contrato público*. Buenos Aires: La Ley.
- Castro de Cifuentes, M. (2021). *Derecho de las obligaciones*. Bogotá: Uniandes.
- Correa Valencia, A. (1982). *Teoría General de las Obligaciones*. Ed. Universidad del Cauca.
- Ecobar Gil, R. (2003). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, Bogotá: Legis.
- Fernández, G., & Ospina, E. (1980.). *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*. Bogotá: TEMIS librería.

- Ferrer, J. J. (2008). *contratos públicos y el poder privado en la Republica Romana*. Universitat Jaume I de Castellón.
- García Enterría, E. (1963). La Figura del Contrato Administrativo. *Revista de Administración Pública No. 411*, pág. 111.
- Hinestrosa, F. (2003). *Tratado de las Obligaciones. Concepto Estructura Vicisitudes*, Segunda Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2015). En *Tratado de las Obligaciones. De las Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico. Volumen II. 1 ed* (pág. 710). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. T. (2015). *Tratado de las Obligaciones. De las Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico. Volumen II. .* Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- Martínez Vargas, J. R., Castro Cuenca , C., & García López, L. F. (2010). *La contratación estatal. Teoría general. Perspectiva comparada y regulación internacional*. Bogotá: Editorial Universidad de Rosario (Colombia).
- Molano Veleño, F. (2019). *La Agencia Nacional de Contratación Estatal*.
- Monedero Gil , J. I. (2015). *Doctrina del contrato del Estado*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Monedero Gil, J. I. (2015). *Doctrina del contrato del Estado*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Ospina, E., & Fernández , G. (1980). *Teoría de los Actos o Negocios Jurídicos*. Bogotá: Temis.
- Velásquez Restrepo, C. A. (1988). *Dialnet*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es>

