

**NULIDAD ABSOLUTA POR FALENCIAS EN LA PLANEACION CONTRACTUAL
CONFORME LA SENTENCIA CE SIII E 27315-2013,**

Trabajo presentado por

EDUARDO JOSE CASTILLO POVEA

JORGE ENRIQUE PAEZ BARROS

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

MAESTRIA DERECHO ADMINISTRATIVO

BARRANQUILLA

2019-2

TABLA DE CONTENIDO

<u>INTRODUCCION</u>	6
<u>1. CONTRATACION ESTATAL</u>	10
<u>1.2 CONCEPTO DE CONTRATO ESTATAL Y DE OBRA PÚBLICA</u>	10
<u>1.3 ETAPAS DE LA CONTRATACION ESTATAL</u>	11
<u>1.4 PRINCIPIOS EN LA CONTRATACION ESTATAL</u>	12
<u>2 LA PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL</u>	13
<u>2.1 Noción de Planeación Contractual</u>	13
<u>2.2 El deber de planeación del contrato de obra, por parte del contratante</u>	14
<u>2.3 Falencias de planeación que pueden generar nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito</u>	16
<u>3 LA NULIDAD ABSOLUTA POR FALENCIAS DE LA PLANEACIÓN</u>	17
<u>3.1 Fundamento legal de la nulidad del contrato de obra por objeto ilícito, debido a falencias de planeación</u>	17
<u>3.2 Consecuencias de la nulidad absoluta derivada de la falencia de planeación, para el contratante</u>	177
<u>3.3 Consecuencias de la nulidad absoluta del contrato estatal de obra por objeto ilícito, para el contratista</u>	18
<u>3.4 Consecuencias de la nulidad absoluta del contrato estatal de obra por objeto ilícito, para la comunidad</u>	18

<u>3.5 Incongruencia en el grado de responsabilidad y sus consecuencias, entre las partes del contrato.....</u>	188
<u>4. JUSTICIA.....</u>	19
<u>4.1 LA JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....</u>	21
<u>4.1.1 Surgimiento y justificación del derecho administrativo.....</u>	21
<u>4.1.2 La Administración Pública.....</u>	21
<u>4.1.3 La función administrativa.....</u>	22
<u>4.1.4 La Justicia Administrativa.....</u>	22
<u>4.1.5 Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.....</u>	23
<u>4.1.6 Alcance De La Jurisdicción De Lo Contencioso Administrativo.....</u>	23
<u>4.1.7 Integración de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.....</u>	25
<u>4.1.8 Justicia Contencioso Administrativo.....</u>	25
<u>4.2 JUSTICIA MATERIAL.....</u>	25
<u>5 ANALISIS DE LA SENTENCIA CE SIII E 27315 DEL 24 DE ABRIL 2013.....</u>	27
<u>5.1 Identificación de la sentencia:</u>	27
<u>5.2 Problema jurídico:</u>	27
<u>5.3 Hechos Relevantes (Presupuestos Facticos):.....</u>	27
<u>5.4 Tesis:.....</u>	28
<u>5.5 Argumentos Del Demandante</u>	28
<u>5.6 Contra Argumento (Argumentos del demandado)</u>	29
<u>5.7 Respuesta al problema jurídico.....</u>	29
<u>5.8 Ratio decidendi.....</u>	30
<u>5.9 Consecuencias de la Sentencia en el ordenamiento jurídico.....</u>	30

<u>6. Discusión de los Resultados y Posición Frente a la Sentencia.....</u>	30
<u>6.1 En cuanto a la categorización de servidor público, o de particular con responsabilidad de colaborar con la Entidad Estatal, en que coloca al potencial oferente, cuando todavía no es ni siquiera proponente:</u>	31
<u>6.2 En cuanto al alcance obligacional que el Consejo de Estado le asigna a las partes del contrato, en el deber de planeación del proceso contractual.</u>	31
<u>6.3 En cuanto a la forma de distribuir las consecuencias o efectos de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, por objeto ilícito, por falta de planeación (defectuosa planeación). .</u>	32
<u>7. CONCLUSIONES.....</u>	32
<u>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	344

RESUMEN

El Consejo de Estado de Colombia, a través de la sentencia CE SIII E 27315-2013 introdujo al ordenamiento jurídico una nueva causal de nulidad absoluta por objeto ilícito, la cual se genera por falencias en la planeación del contrato estatal. De acuerdo con la normatividad vigente, la planeación del proceso contractual le corresponde únicamente a la entidad contratante conforme a las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011, 1882 de 2018 y el decreto reglamentario 1082 de 2015. No obstante, el Consejo de Estado en la referida sentencia le asigna el deber de planeación al contratista, sin tener en consideración que el mismo no está obligado a realizar dicha función en la etapa precontractual, como tampoco a subsanar defectos generados en la primera etapa de planeación, cuando aún no hay contratista porque el proceso de selección está en momentos previos a la expedición y publicación del acto administrativo de apertura del proceso, y donde solo hay potenciales proponentes, pero no contratista, que es a quien legalmente se le exige el deber de colaboración en la ejecución del contrato. Con la declaratoria de nulidad del contrato por objeto ilícito, se suspende la ejecución del mismo y el contratista debe asumir la pérdida de casi todos los recursos invertidos en la ejecución de la obra, lo cual equivale a decir, que por disposición judicial, el contratista sufre detrimento patrimonial, investigación penal, fiscal y afectación en su inscripción en el RUP porque el Estado contratante no cumple con el deber de correcta planeación, lo que constituye evidente injusticia para con el contratista.

PALABRAS CLAVE.

Nulidad absoluta, falencias, planeación contractual y sentencia CE SIII E 27315-2013.

ABSTRACT.

The State Council of Colombia, through the EC judgment SIII E 27315-2013 introduced the legal system a new cause of absolute nullity for illegal purposes, which is generated by shortcomings in the planning of the state contract. In accordance with current regulations, the

planning of the contractual process would correspond to the contracting entity in accordance with laws 80 of 1993, 1150 of 2007, 1474 of 2011, 1882 of 2018 and regulatory decree 1082 of 2015. However, in the aforementioned judgment, the State Council assigns the contractor a planning duty, without taking into consideration that he is not obliged to perform said function in the pre-contractual stage, nor to correct defects generated in the first stage of planning, when there is still no contractor because the selection process is in moments prior to the issuance and publication of the administrative act of opening the process, and where there are only potential proponents, but not a contractor, which is the one who is legally required to of collaboration in the execution of the contract. With the declaration of nullity of the contract for illicit purpose, the execution of the contract is suspended and the contractor must assume the loss of almost all the resources invested in the execution of the work, which is equivalent to saying that, by judicial provision, the contractor suffers from property detriment, criminal investigation, tax and involvement in its registration in the RUP because the contracting State does not fulfill the duty of proper planning, which constitutes obvious injustice towards the contractor.

KEYWORDS.

Absolute nullity, flaws, contractual planning and EC judgment SIII E 27315-2013.

INTRODUCCION

El presente trabajo, analiza lo asimétrico que resultan las responsabilidades que se derivan del contrato de obra entre el Estado y los contratistas, en relación a la interpretación y aplicación de la sentencia de anulación absoluta del contrato estatal, especialmente el de obra, por objeto ilícito, por falencias de planeación del proceso contractual, ocasionado por la decisión del juez de lo contencioso administrativo de cargarle al contratista, casi toda la responsabilidad patrimonial,

por haber contratado y no advertir previamente al Estado las falencias que en materia de planeación del contrato y del proceso contractual contenían los documentos del proceso.

En este sentido, se analiza la figura denominada nulidad absoluta por falencia en la planeación contractual que trata el Consejo de Estado, en la sentencia CE SIII E 27315-2013, en la que da inicio a la concepción de una nueva causa de nulidad absoluta, por objeto ilícito derivado de la falta de planeación del contrato estatal, o por defectos en la misma, lo cual significa que es una causal de desarrollo jurisprudencial, por tanto no se encuentra de manera directa, expresa y taxativa en la ley, sino derivada del numeral 2° del artículo 44 de la ley 80 de 1993 y la primera parte del título hace referencia a la nulidad por falencias de planeación contractual, porque se hace un estudio de la planeación del contrato, incluyendo las exigencias legales y reglamentarias de planeación contractual; el deber de planeación de la entidad contratante; las consecuencias de la declaratoria de la anulación, para la entidad contratante, para el contratista, y para la Sociedad, entre otros.

Para cotejar empíricamente lo planteado, se analizó la citada sentencia con la finalidad de demostrar que se presenta una ausencia de justicia con la decisión de la Subsección C de la Sección Tercera, de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de modo, que el tema adquiere importancia en la medida que amplía el horizonte teórico del Derecho Administrativo en torno a uno de sus componentes vitales que es el contrato estatal y la jurisprudencia que sobre el tema ha proferido el Consejo de Estado, especialmente la que tiene que ver con la nulidad por falencias de planeación que se encuentra en la etapa precontractual de la misma.

En suma, este trabajo contribuirá a la comunidad de abogados, jueces, empleados, funcionarios y estudiosos del derecho; pues el análisis profundiza los conceptos de planeación, justicia y todas aquellas categorías asociadas a la contratación estatal con el ánimo de contribuir nutridamente a estas instituciones de naturaleza pública.

Para comprender lo expuesto, epistemológicamente se asume un desarrollo cualitativo de la investigación que permite flexibilidad, y no con ella, se pierde una interpretación objetiva, sobre el contexto de la sentencia CE SIII E 27315-2013, fundamentados en la ley, en la doctrina, en los principios generales del Derecho y en la jurisprudencia, que son las fuentes históricas del Derecho Administrativo.

En esta misma lógica, este artículo desde las perspectivas descritas, aborda el concepto de justicia existente sobre el tema, a partir de una aproximación a los tratadistas más reconocidos sobre el asunto. Sin embargo, las narrativas alcanzadas no son concluyentes, ya que la justicia es una categoría iusfilosófica indeterminada.

Finalmente, este trabajo da cuenta del contrasentido que se deriva de la jurisprudencia del Consejo de Estado, donde este tribunal carga a quien no es participe, ni coparticipe legalmente del contrato estatal para asumir una obligación del proceso de planeación del contrato con la entidad pública.

METODOLOGIA

Metodológicamente la investigación es de corte cualitativo, pues tal enfoque garantiza un análisis sustancial sobre las características y cualidades no solo de las normas jurídicas de carácter constitucional, legal y jurisprudencial, como también los tratamientos de los juristas sobre el tema, es decir la doctrina. Por ello lo anterior tiene una relación epistemológica fundamental con el paradigma hermenéutico propuesto por el economista y sociólogo alemán Max Weber.

Desde esta perspectiva, de tradición alemana la presente investigación efectuó una interpretación a partir de dos métodos. El primero de ellos, el inductivo, que permitió un estudio cuidadoso de cada una de las disposiciones en detalle, desde su singularidad; y dos desde el método sistémico, se realizó una interpretación en conjunto de todas las normas que integran y permiten comprender el problema jurídico planteado.

En coherencia con lo señalado, se demanda una investigación de tipo explicativa, pues no sólo describe el objeto de estudio, también busca establecer las causas que se encuentran detrás de éste

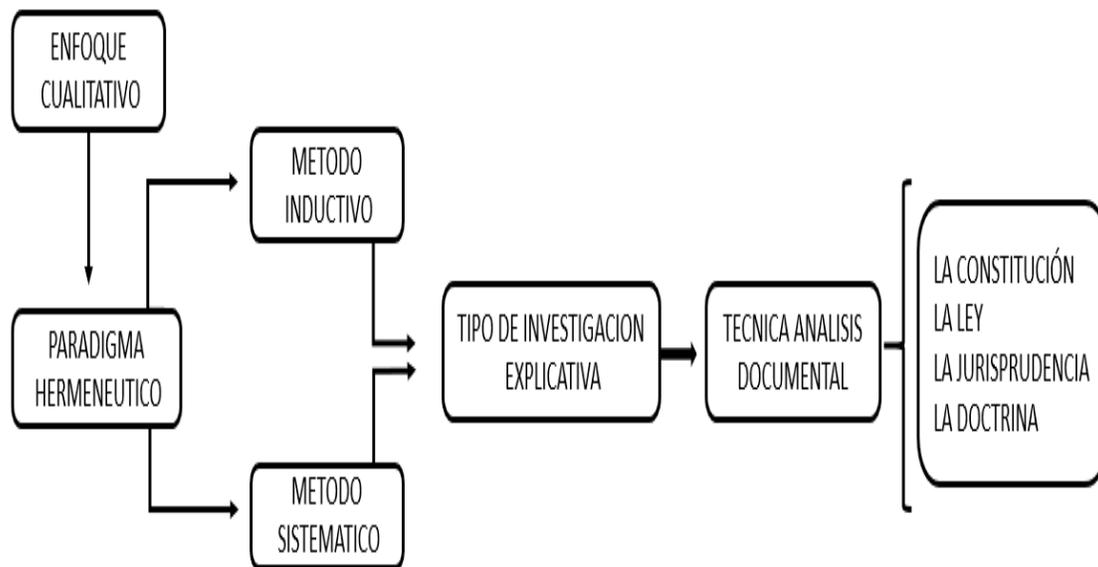
y que permiten determinar los factores que rodean el comportamiento del objeto de estudio. Por otra parte, permite establecer una interpretación estructural de las fuentes formales y materiales que motivan la configuración de este problema visibilizado en este trabajo de investigación.

Para lograr la materialización de este propósito metodológico, se tiene como técnica de investigación aplicar un análisis de documento, el cual como es evidente recae sobre la constitución, la ley, la jurisprudencia y las aportaciones que la doctrina ha desarrollado a nivel internacional y nacional sobre el tema, de modo que, para ello, se utilizó previamente un estado del arte para seleccionar las fuentes pertinentes para respaldar este estudio.

En resumen, de forma didáctica se comparte el siguiente cuadro que grafica la estructura metodológica de este trabajo de investigación.

Gráfico Núm. 1.

Estructura metodológica:



Fuente: Elaboración propia.

1. CONTRATACION ESTATAL

1.1 NOCION DE CONTRATO

Desde las instituciones romanas (Agudo, 2012) hasta nuestros días, ha existido la institución de contratos, la cual se ha optimizado a través de los diferentes aportes doctrinales y legislativas, en el tiempo, con el objeto loable de perfeccionarlos. En ese trasegar sin duda alguna, el espíritu del artículo 1495 del código civil condensa esa evolución histórica, y con ello establece “Contrato o convención, como el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.

1.2 CONCEPTO DE CONTRATO ESTATAL Y DE OBRA PÚBLICA

Según el artículo 32 de la ley 80 de 1993, contratos estatales son “todos los actos jurídicos generador de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el estatuto de contratación estatal, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”, es decir, los contratos que se derivan de las obligaciones contraídas por entidades de derecho público y de derecho privado en relación de la cosa pública a través de la manifestación de la voluntad expresa.

Por su parte, el contrato de obra pública, según el numeral 1. Del artículo 32 de la ley 80 de 1993 Es el contrato que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”, lo que significa, que es un contrato que realiza la administración pública a través de una parte contractual, con el objeto de generación, sostenimiento y establecimiento de una obra de esta naturaleza en un bien inmuebles.

Para Benavides (2010), “La idea de una sola categoría de contratos es fundamental en la ley 80 de 1993. Ella reposa sobre la doble finalidad de la actividad contractual que tiene en cuenta

al mismo tiempo los intereses económicos de los contratistas y el interés público inherente a todo contrato estatal” (p. 69); y agrega: “Aunque nuestro contrato estatal legitima las prerrogativas de la administración en el servicio público, estos no son poderes extracontractuales como en el derecho francés” (Benavides, 2010, p. 322), lo que significa que tiene límites razonables a las prerrogativas, de modo que no extiende poderes más allá de los reconocidos por el ordenamiento jurídico.

1.3 ETAPAS DE LA CONTRATACION ESTATAL.

Como bien se sabe, todo contrato demanda un proceso o evolución, de ahí, que las grandes etapas del proceso contractual y por ende objetos de la planeación a cargo del Estado contratante, son las siguientes:

Etapas Precontractual: comprende todas las actividades que se realizan, o lo que debe realizar antes del perfeccionamiento del contrato, y está integrada por las siguientes fases:

a) Fase previa a la publicación del proceso de selección del contratista: Esta fase comprende desde la planeación, con todos los estudios y documentos requeridos por la leyes y reglamentos, pasando por los diseños del proyecto y sus anexos y la decisión para iniciar el proceso de contratación, hasta la publicación del proceso de selección del contratista. En ella se debe planear, todas las actividades necesarias para una debida, completa y oportuna ejecución de la obra proyectada con destino a satisfacer las necesidades de la comunidad y el interés general exigido por la Constitución Política y el Estatuto General de Contratación.

b) Fase de selección del contratista: Esta fase va desde la publicación del proceso de selección del contratista, hasta la adjudicación del contrato, pasando por la publicación del proyecto de pliego de condiciones, los avisos de convocatoria y publicidad, los estudios y demás documentos previos, como la expedición y publicación del acto administrativo de apertura del proceso de

selección, el pliego de condiciones definitivos y los estudios previos definitivos. En el pliego de condiciones y en el acto de apertura, se incluye el cronograma del proceso de selección.

Etapa Contractual: comprende desde la celebración del contrato y su ejecución, hasta antes de la liquidación del mismo. Incluye todas las actividades y obligaciones que integran y materializan el objeto del contrato; la vigilancia y control a través de la interventoría y/o de la supervisión.

Etapa Pos contractual: Comprende desde la liquidación del contrato, hasta que culmina la vigencia de los amparos de las garantías contractuales con efectos pos contractuales, porque más allá de la liquidación formal del contrato, trascienden algunas relaciones contractuales para garantizar la estabilidad de la obra, la buena calidad del servicio, el pago de salarios y prestaciones sociales.

1.4 PRINCIPIOS EN LA CONTRATACION ESTATAL

En términos generales, en la contratación estatal se aplican todos los principios de la función administrativa, la Constitución Política, el Estatuto General de Contratación Estatal, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Principios específicos: De la ley 80 de 1993: Denominados así por el profesor Jorge Fandiño, (2014), los de Transparencia; Economía; Responsabilidad; Ecuación Contractual y Selección Objetiva. Principios Constitucionales: Igualdad; Moralidad; Eficacia; Economía: Celeridad, Imparcialidad y Publicidad, fijados en el artículo 209 de la Constitución Política. Más los del Debido Proceso, Defensa y Contradicción, contemplados en el artículo 29 del mismo cuerpo normativo. Congreso de la Republica de Colombia. Constitución Política (1991); Principios del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: Buena fe y Publicidad establecidas en el artículo 3 de dicho código. Congreso de la Republica de Colombia,

Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2011) y como principio especial para lograr la debida, completa y oportuna ejecución del contrato, está el principio de planeación.

2 LA PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

2.1 Noción de Planeación Contractual.

La planeación es una técnica utilizada por los seres humanos para prever, organizar y administrar de manera previa, las actividades que requiere ejecutar. En materia de contratación estatal, la planeación cobra importancia porque a través de sus distintas manifestaciones, se puede prever, organizar y administrar en debida forma la ejecución de obras, la adquisición de bienes y servicios que la administración pública necesita, para mejor uso y rendimiento de los recursos estatales y satisfacer necesidades de interés público (Haberkorn, 2016).

En otras palabras, la planeación como técnica de organización se encamina a lograr el uso eficiente de los recursos y permite cumplir los fines del Estado de una manera oportuna y adecuada Consejo de Estado (2014). Así se ve el principio de planeación que se presenta como la guía en la delimitación de los aspectos que deben ser evaluados y tenidos en cuenta en las diferentes etapas del proceso de contratación pública (Amaya, 2016). En este orden de ideas, los principios jurídicos juegan un papel protagónico en materia de contratación pública, lo que significa a la postre que estas son normas jurídicas de indudable observancia (Sandoval, 2015), pues no solo por su capacidad de orientación interpretativa de los procesos, también por su fuerza vinculante para la perfección y materialización de la contratación estatal

En ese orden de ideas, cuando se presentan defectos de planeación en el proceso contractual, surgen problemas de ejecución que impiden la terminación de la obra en las condiciones requeridas, por ello, la definición de planeación no se puede limitar a un cumplimiento de requisitos exigidos en la ley, sino que su efectividad exige acciones concretas en la contratación pública que garanticen

la ejecución total de las obligaciones contractuales en tiempo y calidad (Aponte, 2014). Aunque el principio de planeación no encuentra reconocimiento expreso en la legislación legal colombiana, no impide que este sea extraído de normas de carácter jurisprudencia inspiradas en el derecho constitucional, y principios extra sistémicos (Sandoval, 2015).

Conforme a lo precedido, si bien es cierto que ni el constituyente primario, ni el legislador establecen la planeación de manera directa, concreta y precisa, en los textos de la constitución y de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal, es incuestionable (Consejo de Estado, 2014).

En suma, como dice Sandoval (2015), esto comprende “Toda actividad humana encaminada a lograr un propósito, el cual debe estar antecedida de un plan. Planear, entonces, significa diseñar la estrategia y el procedimiento a seguir a fin de poder alcanzar un objetivo previamente establecido”.

2.2 El deber de planeación del contrato de obra, por parte del contratante.

El principio de planeación comprende un mandato de optimización y constituye un deber superior y legal para la administración pública. (Congreso de la Republica de Colombia Constitución Política 1991). El deber u obligación que tiene la Entidad contratante de planear el proceso contractual, se encuentra establecido en la ley 80 de 1993 artículo 26 numeral 3.

Junto con el proyecto de pliego de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración y cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado de los diseños, planos y evaluaciones de pre factibilidad o factibilidad (L. 1150 de 2007). Por otro lado, la ley 1474 de 2011 artículo 74, establece que todas las entidades del Estado deberán publicar el plan de acción en el cual se especificarán los objetivos, las estrategias, los

proyectos, las metas, los responsables, los planes generales de compra y la distribución presupuestal de sus proyectos de inversión junto a los indicadores de gestión (L. 1474 de 2011).

En otras palabras, todo esto permite comprender que “según la teoría de gerencia de proyectos, cuando se trabaja de forma inadecuada la etapa de planeación, se ve representado mediante problemas que se originan durante la ejecución de la obra” (Pico, B y otro; 2014). De esta forma, “las entidades públicas tienen la obligación de contar con estudios y documentos propios que le sirvan de base para definir el objeto contractual, los términos de la obra, su costo y las exigencias de idoneidad técnica, así como las garantías que pedirá a los proponentes, para la selección de la mejor oferta” (Jurado, 2017).

De otra parte, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, también se han pronunciado en diferentes providencias y momentos, donde han reiterado el deber que tienen el Estado contratante de planear debidamente el contrato estatal. Sobre estos postulados, “El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (...) y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos” (C. Const. D 8699/2013).

En consonancia con lo predicado, si no fuera así, para la Corte Constitucional Colombiana, resultaría contradictoria que “en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección” (Consejo de Estado, 2007).

En esta perspectiva de análisis, el magistrado Enrique Gil Botero (2013) en su salvamento de voto a la sentencia No. 27315 del 24 de abril del 2013, al referirse a ella, señala que “el fallo implica que el contratista se constituye en un garante del compromiso de un tercero, es decir, de la Administración Pública, respecto de quien es exigible el cumplimiento del principio de la

planeación, y en ese sentido, la consecuencia más gravosa para el contratista es que entra a responder por actuaciones de la cual ni siquiera fue participe” (Amaya, 2016).

Por los lados de la doctrina, esta señala, que se “observa en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, financieros, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas” (Santofimio, 2010).

En este sentido, “el Principio de planeación en la celebración de un contrato estatal supone la debida planificación en su etapa precontractual por parte de la entidad estatal” (Christancho, 2017). De otra parte, “los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirven de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones o del contrato” (Fandiño, 2014, p. 22).

2.3 Falencias de planeación que pueden generar nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito.

Las falencias que producen nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, son aquellas que desde el momento de su celebración ponen en evidencia que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse (Consejo de Estado, 2013).

3 LA NULIDAD ABSOLUTA POR FALENCIAS DE LA PLANEACIÓN.

3.1 Fundamento jurídicos de la nulidad del contrato de obra por objeto ilícito, debido a falencias de planeación.

La nulidad del contrato de obra por objeto ilícito derivado de falencias de planeación, es de origen jurisprudencial. En este sentido, el Consejo de Estado se fundamenta en el artículo 1742 del código civil y en el numeral 2 del artículo 44 de la ley 80 de 1993, que en su parte literal como causal de nulidad, dice “2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”. Para el Consejo de Estado, “la falta de planeación del contrato, materializada en la no adquisición de los terrenos necesarios para la ejecución del contrato, antes del perfeccionamiento del mismo, genera nulidad absoluta por objeto ilícito”.

Lo descrito se fundamenta en la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Interno 27315. C.P: Santofimio, Jaime. Abril de 2013. La posición del alto tribunal fue reiterada en las sentencias proferidas en los procesos N° 66001-23-31-000-1999-00435-01 –interno 24.809 C. P: Santofimio, Jaime. Junio 2013 y N° -66001-23-31-000-1998-00685-01 - interno 26.637 C. P: Santofimio, Jaime. Junio de 2013.

3.2 Consecuencias de la nulidad absoluta derivada de la falencia de planeación, para el contratante.

Las consecuencias son: Suspensión de la ejecución de las obras y retraso en la terminación de la misma; y de paso ser objeto de investigación penal y disciplinaria, lo cual sin duda resulta de una parte una garantía no solo de control jurídico, sino de control social en relación al contratante.

3.3 Consecuencias de la nulidad absoluta del contrato estatal de obra por objeto ilícito, para el contratista.

Las consecuencias para el contratista, son: Terminación anticipada e irregular del contrato; imposibilidad de recibir el monto de las utilidades esperadas por la ejecución de la obra; detrimento patrimonial, ocasionado por la pérdida de lo invertido en la ejecución del contrato; ser objeto de investigación penal, disciplinaria, y eventualmente fiscal; anotación de antecedente negativo en el registro de cámara de comercio; y deterioro del buen nombre como constructor en cabeza de la persona jurídica..

El Doctor, Enrique Gil Botero en su salvamento de voto de fecha 5 de julio de 2013, en el marco de la sentencia del 13 de junio de 2013, en el proceso interno 24809, indica que la tesis adoptada en el fallo implica que el contratista sin ser responsable o tener bajo su control el principio de planeación contractual en la fase precontractual, sin ser garante de la conducta de la administración en la misma etapa, resulta soportando las consecuencias de esa forma de obrar, como si hubiera participado de ella.

3.4 Consecuencias de la nulidad absoluta del contrato estatal de obra por objeto ilícito, para la comunidad.

La comunidad, sufre las siguientes consecuencias: Pérdida o aplazamiento indefinido de la satisfacción de sus necesidades; generación de desconfianza en las instituciones públicas y en el contratista; percepción de falta de idoneidad de los funcionarios encargados de hacer la planeación del contrato; percepción de corrupción en la entidad contratante.

3.5 Incongruencia en el grado de responsabilidad y sus consecuencias, entre las partes del contrato.

Mientras el contratante, a pesar de ser el legal y absolutamente responsable de la debida planeación del proceso contractual en todas sus etapas, no sufre deterioro patrimonial por la declaratoria de la nulidad referida, el contratista, debe asumir la totalidad de la pérdida o deterioro

patrimonial de lo que haya invertido en la ejecución de la obra, a excepción de lo que le reconozcan por la parte de obra que sea útil para beneficio de la comunidad, en la eventualidad que así suceda.

4. JUSTICIA.

Con la Constitución Política y las demás disposiciones del resto del ordenamiento jurídico Colombiano, los jueces de la república como garantes del Estado Social de Derecho, tienen la compleja y gran responsabilidad, de mantener la necesaria correlación que debe existir entre derecho y justicia, para lograr una correcta toma de decisiones al momento de dictar sentencia, porque la justicia, a pesar de ser un concepto jurídico antiquísimo y más recientemente un principio como justicia material (C. P. N. Art. 228), no ha sido tenida en consideración en algunos fallos del Consejo de Estado, como en la sentencia que aquí es objeto de análisis.

En esta perspectiva Ramirez (2011) manifestó en su obra: A propósito de Justicia Material, que en múltiples oportunidades es asimilada a la prevalencia del derecho sustancial que en Colombia se fundamenta en el artículo 228 de la Constitución política. Ideas que han sido contrapuestas con el proceso judicial, necesarias porque nutren el camino que sigue la justicia judicial hacia la justicia social.

La evolución y/o transformación de la idea de justicia en un Estado Social de Derecho llevan a la consagración de principios que son determinantes en la guía de las actividades del Estado, en lo que tiene que ver en los aspectos jurídicos, político, económico y administrativo, lo cual permite la discusión de la idea de justicia “Distributiva” como justicia material prevalente.

No obstante, los tres artículos que facultan al Estado para que actúe como Estado jurisdicción o Estado hecho juez, descansan en las disposiciones 2, 13 y 94 de la Carta Política de 1991. En el primero de ello, los jueces de la Republica asumen el desafío de hacer realidad los fines

del Estado a través de sus decisiones judiciales, garantizando la efectividad de los principios, derechos y deberes del Estado Social de Derecho.

Por su parte como respuesta a la justicia distributiva o material, los jueces mediante el mandato del artículo 13 de la Constitución podrán hacer realidad la igualdad entre desiguales mediante un tratamiento diferenciado que reconoce desde una perspectiva crítica por no decir marxista, las condiciones materiales de existencia de los colombianos. En este sentido el artículo 13 indica que el estado mediante los jueces, “promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan” (C.P.N Art 13).

Así mismo, esta idea es reforzada por la obra de John Rawls (2006), donde la justicia no es forma, es materia, de ahí, la idea de justicia como imparcialidad que no es más que una repuesta proporcional a las necesidades entre desiguales, de ahí que el modelo de justicia social ha de ser comprendido por los jueces de la república con el objeto de atender las demandas sociales. De esta manera, “la justicia (...) depende esencialmente de cómo se asignan los derechos y deberes fundamentales, y de las oportunidades económicas y las condiciones sociales en los diversos sectores de la sociedad” (Rawls, 2006, p. 21).

En cuanto al artículo 94, a los jueces no solo se les reconoce su poder discrecional, sino el poder infinito de crear derecho, pues así se lo reconoce la constitución a los jueces cuando predica: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos” (C.P.N. Art 94).

Como se evidencia la discrecionalidad radica en el mandato constitucional que les dice a los jueces que los derechos fundamentales “no deben entenderse como la negación de otros”. ¿Otros qué? Otros derechos “que, siendo inherentes a la persona humana, no figuran expresamente en ellos”. Esto es lo que se conoce como la teoría de los derechos fundamentales innominados (Suelst-Cock, 2016, p. 352), los cuales, en razón de la justicia material, solo lo pueden crear los jueces.

4.1 LA JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

4.1.1 Surgimiento y justificación del derecho administrativo.

Para Montaña (2010), el Derecho Administrativo se ha configurado a partir de una convicción de un tratamiento jurídico diferente al convencional, a uno u otro sujeto de derecho, bien sea en razón de su esencia o naturaleza o en atención a la actividad que desarrollaba (p. 23). En este contexto, se podría decir que la práctica de dictar reglas de manera atípica y poco convencional referente a algunos comportamientos de los estamentos públicos es, en última instancia, el fenómeno que justifica y promueve la génesis de la construcción teórica de una disciplina que conocemos en la actualidad como derecho administrativo.

4.1.2 La Administración Pública.

Una de las categorías amplias del Derecho Administrativo, sin duda versa sobre la administración pública. En cuanto a ella, se comprende desde dos perspectivas un material y otra formal, con relación a la primera, Manuel Diez (citado por Rodríguez, 1995), define “la administración en sentido material como actividad funcional concreta del Estado que satisface las necesidades colectivas en forma directa, continua y permanente y con sujeción al ordenamiento jurídico vigente”. Por otro lado, se entiende la administración pública, en sentido material, como

el conjunto de actividades concreta, ejecutadas por funcionarios y por personas vinculadas o adscritas a la estructura organizacional del Estado, dentro de la función administrativa.

La Administración pública, en sentido formal, es el conjunto de personas y, estructura organizacional y funcional de cada parte del Estado, para organizar, gestionar, decidir, ordenar, y manejar los bienes conforme a sus competencias, en dirección al cumplimiento de la función que le corresponda. Esta categoría es el resultado del Estado Moderno liberal, de ahí, que se interpreta esta institución como “una forma de relacionar al Estado con la sociedad, es decir, una forma de vincular lo general con lo particular dentro de un terreno donde las clases están presentes” (Espejel, 2014, p. 144).

4.1.3 La función administrativa.

Siguiendo la conceptualización de Montaña (2010,p.124) se entiende la función administrativa, de manera residual, como el conjunto de actividades particulares, disimiles entre sí, pero diversas de aquellas propias de las función judicial y legislativa, que de manera directa desarrollan las finalidades del Estado consagradas en la Constitución Política, las cuales pueden ser ejecutadas por distintos sujetos de derecho, con apego al ordenamiento jurídico superior, y en estos parámetros conceptuales, se concibe el derecho administrativo, como el derecho de la función administrativa.

4.1.4 La Justicia Administrativa

La doctrina coincide en señalar que la Justicia Administrativa “es un medio técnico-jurídico que somete la actividad de órganos dependientes, a la fiscalización de órganos independientes para eliminar del acto con fuerza de cosa juzgada, aquellos aspectos de ilegalidad perturbadores del ordenamiento jurídico” (Betancur, 1996, p. 30). Para este modelo de justicia, no hay escenarios

vedados o acabados, de modo que busca la perfección, buscando eliminar toda alteración o perturbación en el sistema jurídico.

4.1.5 Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

En cuanto a la jurisdicción establece como objeto y principios en la ley 1437 del 2011 en su artículo 103 que: “los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, la ley y la preservación del orden jurídico”

4.1.6 Alcance de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Conforme a la voluntad del legislador colombiano consignada en el artículo 104 de la ley 1437 del 2011, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tiene el alcance de conocer, “además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente determina en el abanico de su competencia, conocer de los siguientes procesos:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable;
2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado;
3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes;
4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público;
5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno;
6. Los ejecutivos derivados de las condenas

impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades; 7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.

Frente a lo dicho se agrega un párrafo, que condensa no solos efectos de este Código, y se entiende por entidad pública todo órgano o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%” (L. 1437 del 201).

Existen algunas excepciones a dicho alcance, las cuales están señaladas en el artículo 105 de la mencionada codificación, así:

“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos: 1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos; 2. Las decisiones proferidas por autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de las competencias en materia de recursos contra dichas decisiones atribuidas a esta jurisdicción.; 3. Las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley; 4. Los conflictos de carácter laboral surgidos entre las entidades públicas y sus trabajadores oficiales”.

4.1.7 Integración de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está integrada por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos.

4.1.8 Justicia Contencioso Administrativo

Se entiende la Justicia Contencioso Administrativo, como la justicia impartida por el Estado a través de los jueces y magistrados pertenecientes a la Jurisdicción Contencioso Administrativo, dentro del alcance constitucional y legal que ella tiene conforma a los artículos 103, 104 Y 105 del CPACA, para el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho, con apego al principio de justicia material.

4.2 JUSTICIA MATERIAL.

Derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, el principio de la justicia material y la prevalencia del derecho sustancial.

Según la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T- 339/2015, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, el artículo 228 de la Constitución Política “establece que la administración de justicia es función pública y se concreta en la independencia de sus decisiones, en la prevalencia del derecho sustancial”, de tal forma dice la Corte Constitucional “el derecho a acceder a la justicia contribuye de manera decidida a la realización material de los fines esenciales e inmediatos del Estado, tales como los de garantizar un orden político, económico y social justo, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana”.

Desde sus primeros pronunciamientos la Corte Constitucional se ha referido al principio de la justicia material señalando que el mismo “se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica”. La aplicación de este principio es de

carácter obligatorio dentro de las actuaciones y decisiones de la Administración cuando define situaciones jurídicas, las cuales además de ajustarse al ordenamiento jurídico y de ser proporcionales a los hechos que le sirven de causa o motivo, deben responder a la idea de la justicia material. De igual forma, lo es en la función ejercida por los jueces en el análisis de los casos concretos, quienes dentro del estudio probatorio deben evitar incurrir en el exceso ritual manifiesto, en la inobservancia del material probatorio, y por el contrario han de sujetarse a los contenidos, postulados y principios constitucionales de forzosa aplicación, como la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas. Esta Corporación resalto que el juez del Estado Social de Derecho es ahora un funcionario que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para fungir como un servidor vigilante, activo y garante del derecho sustancial. El juez que reclama el pueblo colombiano a través de sus Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas (i) la obtención del Derecho Sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos a su vez constituyen el ideal de la justicia material.

El Derecho Sustancial es aquel que se refiere a los derechos subjetivos de las personas, en oposición al derecho formal que establece los medios para buscar la efectividad del primero. De esta manera, aunque no sea posible ontológicamente establecer un acuerdo sobre qué es la verdad y si esta es siquiera alcanzable, jurídicamente la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares.

Más que la aplicación del Derecho surgido de la ley, en forma simple, aislado de la realidad social, tolerante y protector de indebidas prácticas de la administración pública, que en vez de resolver controversias entre el Estado con sus colaboradores, genera fundados resentimientos de estos últimos contra el Estado mismo, por la vulneración que al interpretarla y aplicarla hace a

derechos patrimoniales, y a la construcción de un orden social justo, se precisa de la justicia que reconoce y protege a todo ser humano los mínimos derechos propios del Estado Social de Derecho.

5 ANALISIS DE SENTENCIA

5.1 Identificación de la sentencia:

CE SIII E 27315 del 24 de abril 2013 Apelación.

5.2 Problema jurídico:

Tiene derecho, o no, el recurrente (demandante) Jairo Ospina Cano al reconocimiento y pago de las pretensiones denegadas en la sentencia de primera instancia, al amparo de lo pactado en el contrato No. 0366-1 de 1994 y con fundamento en el principio de economía, establecido en el numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, en el principio de responsabilidad del artículo 26 de la misma normatividad, en el principio de planeación del contrato, señalado en los artículos 25, 26, y 30, de la Ley 80 de 1993?

5.3 Hechos Relevantes (Presupuestos Facticos):

El 14 de diciembre de 1994, el demandante y el demandado celebraron el contrato No. 0366-1 por medio del cual aquel se obligó a construir, por el sistema de precios unitarios, el puente peatonal de San Antonio de Carrizal; Como valor total del contrato se convino la suma de \$29'296.061,88 de la cual se canceló al contratista Once Millones Trecientos Sesenta Y Siete Mil Ochocientos Veintinueve Pesos Con Setenta Y Cinco Cvos. (\$11'367.829,75), a título de anticipo y que corresponden al 40% del valor del contrato. El plazo de ejecución de la obra se pactó en 60 días calendario; El 6 de enero de 1995 las partes suspendieron la ejecución del contrato. El 10 de abril de 1995, el contratante solicita al contratista liquidar el contrato de mutuo acuerdo debido a la imposibilidad de ejecutar las obras; Por su parte, el contratista manifiesta su intención de construir el puente y pide que el contratante resuelva el conflicto con los propietarios de los predios.

El 30 de octubre de 1996, el contratante expide la Resolución No. 220 por medio de la cual liquida unilateralmente el contrato. El contratista recurrió el acto administrativo de liquidación del contrato y la entidad contratante expidió la Resolución No. 036 de 1997 en la cual resolvió confirmar la decisión.

5.4 Tesis:

Las partes del contrato inobservaron el deber contenido en los principios de planeación, legalidad, orden y priorización que deben orientar la contratación estatal, porque en atención a esos principios, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado y su inobservancia, genera nulidad absoluta por objeto ilícito del contrato.

5.5 Argumentos Del Demandante

Según el Consejo de Estado, el demandante, en su condición de apelante, sostiene que la entidad contratante incumplió el contrato No. 0366-1 de 1994 al inobservar tanto el principio de economía establecido en el numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 como el principio de responsabilidad del artículo 26 de la misma normatividad durante la etapa precontractual, y que el Tribunal sólo reconoció al contratista los gastos en que incurrió por concepto de obras, 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.

Igualmente, sostiene que la entidad contratante le causó perjuicios al contratista no sólo al actuar de forma negligente durante la etapa precontractual porque no adquirió los predios, sino también al prolongar indefinidamente la suspensión del contrato, sin tomar las medidas necesarias para superar la causa de la parálisis del contrato, ni utilizar la cláusula excepcional de terminación unilateral del contrato.

5.6 Contra Argumento (Argumentos del demandado)

En el presente caso, la sentencia de apelación objeto de análisis, no presenta contraargumentos, vale decir, argumentos del demandado.

Es preciso recordar que el apelante, es el mismo demandante y beneficiario del fallo de primera instancia, posible razón por lo que en la sentencia de apelación objeto de análisis, no aparecen argumentos del demandado.

5.7 Respuesta al problema jurídico.

Se confirmó la hipótesis, al determinar el Consejo de Estado que el apelante-demandante Jairo Ospina Cano, no tiene derecho al reconocimiento y pago de las pretensiones denegadas en la sentencia de primera instancia, ni a ninguna de sus pretensiones que anteriormente habían sido aceptadas, porque según esa alta Corporación de Justicia, en la etapa precontractual se configuró la violación del deber de planeación, generando la nulidad absoluta del contrato No. 0366-1, por objeto ilícito, por infringir los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2° del Decreto 01 de 1984.

5.8 Ratio decidendi.

Expresión latina que literalmente en español significa “razón para decidir” o “razón suficiente” Hace referencia a aquellos argumentos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que constituyen la base de la decisión del tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento. En otras palabras, “abarca el criterio jurídico determinante, así como las razones inescindiblemente relacionadas con el decusum y sin las que la decisión del caso no sería comprensible o carecería de fundamento” (Olano, p. 187)

En este sentido, el Consejo de Estado toma su decisión fundamentado en que las partes del contrato (contratante y contratista) inobservaron los principios de planeación, legalidad, previsibilidad, orden y priorización, que deben orientar la contratación estatal, porque en la planeación la administración no adquirió el lote de terreno requerido para la ejecución del contrato, ni el contratista hizo la observación pertinente poniendo de presente a la administración la falencia de planeación que tenía el proceso.

5.9 Consecuencias de la Sentencia en el ordenamiento jurídico.

Las consecuencias en el ordenamiento jurídico son: La introducción de una nueva causal de nulidad absoluta por objeto ilícito, no expresa y taxativa; nulidad de origen jurisprudencial; cuasi exoneración de responsabilidad patrimonial para el Estado contratante.

6. Discusión de los Resultados y Posición Frente a la Sentencia.

Se presenta posición en desacuerdo parcial, con el contenido de la sentencia (Consejo de Estado), en cuanto a lo siguiente:

6.1 En cuanto a la categorización de servidor público, o de particular con responsabilidad de colaborar con la Entidad Estatal, en que coloca al potencial oferente, cuando todavía no es proponente:

1. Porque la inobservancia de planeación, que conllevó a la declaratoria de nulidad absoluta por objeto ilícito, por fallas (defectos) de planeación, fue la falta de compra o adquisición de los terrenos necesarios para la debida y completa ejecución de la obra contratada, pasando por alto que esa falla se ocasionó en la fase de elaboración del proyecto (planeación de la obra) y preparación del proceso contractual, que por ley le corresponde es al Estado contratante y no al potencial oferente.
2. Porque la calidad de servidor público, solo se adquiere a partir del momento en que se suscribe y perfecciona el contrato.
3. Porque el futuro contratista tampoco puede ser particular con responsabilidad por omisión del deber o de falencias de planeación ocasionadas en la etapa precontractual, porque no existe ley que le ordene ejecutar esa actividad.

6.2 En cuanto al alcance obligacional que el Consejo de Estado les asigna a las partes del contrato, en el deber de planeación del proceso contractual.

1. Porque en el presente documento quedó jurídicamente claro, que la planeación del proceso contractual, es un deber exclusivo de la entidad contratante, ya que, en el estatuto de contratación estatal, no existe precepto que le asignan al particular, el alcance obligacional de tener que hacer la planeación de ninguna etapa del proceso.
2. Porque mientras la Administración Pública (Estado) tiene todo el tiempo necesario para hacer la debida y completa planeación de la obra, el particular interesado en licitar, para preparar su propuesta, solo cuenta con el plazo que va desde que se publica el proceso, hasta el momento establecido para presentar la oferta.

6.3 En cuanto a la forma de distribuir las consecuencias o efectos de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, por objeto ilícito, por falta de planeación o defectuosa planeación.

1. Porque al contratista, a pesar de ser víctima de la omisión o de la defectuosa planeación de la obra por parte de la administración, el sentenciador le quita el derecho a terminar de ejecutar la obra que gano en legítimo proceso de selección.
2. Por su parte, el contratante en el aspecto pecuniario, no pierde nada, porque hasta los dineros entregados en anticipo, le son devuelto, lo cual hace más evidente una gran injusticia en la forma de distribuir las consecuencias de la declaratoria de nulidad, en el sentido de que quien tiene todo el deber y obligación de hacer la planeación de la obra y del contrato, no pierde patrimonialmente nada, en cambio quien no está obligado a hacer la mencionada planeación, que generó la nulidad, es el que está obligado a perder todo lo invertido en la ejecución de la obra.
3. Porque adicionalmente a las consecuencias antes relacionadas, el contratista sin tener deber de planeación, también es objeto de investigación penal y disciplinaria, con alta probabilidad de ser sancionado, además de la anotación de antecedente negativo en el registro de la cámara de comercio, para próximas contrataciones.

7. CONCLUSIONES.

Entre las conclusiones más relevantes del trabajo, se tienen las siguientes:

La planeación del contrato estatal en Colombina, está elevada a rango de principio por la Constitución, por la ley, por la jurisprudencia y por el reglamento.

Por desarrollo jurisprudencial, el Consejo de Estado a través de la sentencia CE SIII E 27315 – 2013 introdujo una nueva causal de nulidad absoluta por objeto ilícito, por falencias en la planeación del contrato estatal.

Conforme al ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia, la planeación del proceso de contratación estatal, es un deber que solo le corresponde a la entidad contratante, porque el potencial oferente no tiene deber de planeación estatal.

Como consecuencia de la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, por falencias de planeación, el contratista responde civil, penal, disciplinaria y también podría ser investigado fiscalmente, si no reintegra los recursos recibidos a título de anticipo.

Frente al deber de planeación contractual, el Consejo de Estado le minimiza la responsabilidad al contratante y se la aumenta al contratista.

El Consejo de Estado, frente a las consecuencias de la declaratoria de nulidad del contrato, es incongruente entre la proporción de responsabilidad que le establece el ordenamiento jurídico al contratante, con los efectos patrimoniales que le fija la sentencia al mismo, porque mientras la ley establece que el responsable absoluto del deber de planeación contractual es el contratante, la sentencia, a él no le afecta en nada el patrimonio económico, contrario sensu, la providencia le carga la responsabilidad patrimonial al contratista, a pesar de que la ley no le fija ningún deber de planeación contractual.

Se observa injusticia contra el contratista, a través de la función jurisdiccional, porque se le impone una carga de responsabilidad y de consecuencias, que no están contempladas en el ordenamiento jurídico.

Se nota que, el Estado (Poder Judicial) abusa de la posición dominante que tiene frente al contratista, para hacerle pagar, por los defectos de planeación que comete el mismo Estado contratante.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agudo, A. (2012). A propósito de los "Fundamentos de Derecho Romano" del profesor Dr. Antonio Fernández de Buján. En: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, núm. XXXIV, 2012, pp. 459-482.
- Amaya, C. (2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. Fundación Universitaria los Libertadores, pp, 105- 119.
- Aponte, I. (2014). Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra. Revista digital de Derecho Administrativo, (11), 177- 207.
- Benavides, J. (2010) El contrato estatal. Universidad externada de Colombia.
- Betancur, C (1996) Derecho Procesal Administrativo, editorial Señal, cuarta edición tercera reimpresión.
- Christancho, S. (2017) El desconocimiento del principio de planeación en la contratación estatal, disertación entre principio y regla según los criterios jurisprudenciales - trabajo de grado especialización Derecho Administrativo -Universidad Santo Tomas Sede Bogotá.
- Congreso de la Republica de Colombia, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2011)
- Congreso de la Republica de Colombia. Constitución Política (1991);
- Congreso de la Republica de Colombia. Ley 1150 de (2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.
- Congreso de la Republica de Colombia. Ley 1474 de (2011). Por medio de la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.
- Congreso de la Republica de Colombia. Ley 80 de (1993). Por medio de la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.
- Consejo de Estado de Colombia, Sala contenciosa administrativo 21 de agosto de 2014, M. Bastidas.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicado N° 68001-23-15-000-1998-01743-01- interno 27315. (C.P.: Santofimio, J. abril de 2013).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicado N° 66001-23-31-000-1999-00435-01 - interno 24.809. (C.P.: Santofimio, J. junio de 2013).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicado N° 66001-23-31-000-1998-00685-01 interno 26.637.-. (C.P.: Santofimio, J. junio de 2013).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, 29 de agosto de 2007 M.P. Fajardo, M.

Corte constitucional, Sala Plena- Radicado D-8699, M.P. Pretelt, Jorge. Abril de 2013

Corte Constitucional, sala sexta de Revisión de Tutela, expediente T-4791486, T- 339/15 M.P. Palacio, Jorge. Junio de 2015

Espejel, J (2014). Estado y administración pública: la búsqueda de una conciliación *Ciencia Ergo Sum*, vol. 21, núm. 2, julio-octubre, 2014, pp. 143-148

Fandiño, J. (2014) *La Contratación Estatal*. Bogotá D.C. Editorial Leyer.

. un análisis comparado de tres planes estratégicos en el periodo de postconvertibilidad. *Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión Estatal*, vol. 16, núm. 27, pp. 197-199

Jurado, L. (2017). *La responsabilidad patrimonial por la violación al principio de planeación en el contrato de obra pública a la luz de la jurisprudencia de Consejo de Estado en Colombia – Universidad del Cauca.*

Montaña, A (2010), *Fundamentos de Derecho Administrativo* Pag. 23

Olano, H. (2009). *Hermenéutica constitucional*. Bogotá. D.C. Grupo Editorial Ibáñez.

Pico, B, et al. (2014). *Importancia de la planeación en proyectos de obra pública para satisfacer necesidades básicas insatisfechas y la infraestructura en Bucaramanga y su área metropolitana*. Universidad Pontificia Bolivariana de Bucaramanga.

Ramírez, D (2011). *A Proposito de Justicia Material*. Medellin Universidad de Medellin. Revista opinion juridica.

Rawls, J. (2006). Teoría de la justicia. The Presiden! and Fellows of Harvard College Publicado por The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass.

Rodríguez, G. (1995) Derecho Administrativo General, ediciones ciencia y tecnología, segunda.

Sandoval, V. (2015) Nulidad absoluta del contrato estatal por violación del deber de planeación. Revista de derecho público - Universidad de los Andes.

Santofimio, J. (2010) Tesis Doctoral Democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.

Suelt-Cock, V. (2016). El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. aproximación a los contenidos del bloque en derechos en colombia. En: Vniversitas, núm. 133, julio-diciembre, 2016, pp. 301-381

Vicuña, M. (2013) Revista Justicia N°24. Ediciones Universidad Simón Bolívar.