

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202507-00068411
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

Bucaramanga, 30 de julio de 2025

Doctor

Jose Guillermo Carlos Manosalva

Director Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público- DADEP
Municipio de Bucaramanga

Asunto. Solicitud de concepto jurídico radicado No.2-S-DADEP-202506-00053723 de fecha 24 de junio de 2025.

Con el presente, me permito dar respuesta a la solicitud del asunto en los siguientes términos:

1. El objeto de la solicitud.

A continuación, se procede a relacionar los hechos y los interrogantes planteados en la solicitud:

"(...)

En ejercicio de las funciones asignadas a este Departamento Administrativo en lo referente a la administración, protección y uso de los bienes inmuebles de la propiedad del Municipio de Bucaramanga, nos permitimos solicitar a esa Secretaría Jurídica la emisión de un concepto jurídico con relación a los contratos de comodato actualmente vigentes que se han identificado con plazos de duración hasta por noventa y nueve (99) años, situación que no se ajusta a los parámetros legales vigentes.

1. Marco normativo sobre la duración del contrato de comodato:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 9 de 1989, modificadorio del régimen urbanístico nacional, se establece:

"Los contratos de comodato sobre bienes fiscales destinados a programas de interés social no podrán exceder de cinco (5) años de duración. Prorrogables por una sola vez por un término igual".

En ese sentido, se observa que los contratos suscritos a noventa y nueve (99) años exceden en forma sustancial el límite legal previsto, motivo por el cual se está impulsando desde el DADEP un proceso de saneamiento contractual, a fin de garantizar la legalidad y valides de los instrumentos jurídicos vigentes sobre bienes de uso y/o interés público.

2. Consulta jurídica solicitada:

Solicitamos a esa Secretaría emitir pronunciamiento jurídico sobre los siguientes puntos:

- ¿Es procedente jurídicamente dar por terminado anticipadamente, por mutuo acuerdo entre las partes, los contratos de comodato vigente suscritos por término de 99 años, con el propósito de suscribir un nuevo contrato ajustado a los límites legales en cuanto al tiempo, requisitos y documentación?*
- ¿A los comodatarios actuales les sería aplicable el principio de favorabilidad, en el entendido de que los contratos se suscribieron en vigencia de normas anteriores y bajo el principio de favorabilidad, en el entendido de que los contratos se suscribieron en vigencia de normas anteriores y bajo el principio de autonomía de la voluntad? En caso afirmativo o negativo, se solicita sustentar jurídicamente la aplicabilidad o inaplicabilidad de dicho principio.*

Sobre este aspecto, cabe señalar que el principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, así como en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo y desarrollado por la jurisprudencia constitucional, implica que en el caso de duda en la interpretación o aplicación de normas, debe adoptarse aquella que resulte más favorable o destinatario de la norma. No obstante, requerimos el análisis jurídico sobre su procedencia específica en el marco de los contratos de comodato de bienes públicos.

3. Observaciones adicionales:

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202507-00068411
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

Los contratos de comodato en cuestión no cuentan con estudios previos, ni con los soportes técnicos y jurídicos exigidos por la normativa contractual vigente (Ley 89 de 1993; Decreto 1082 de 2015, entre otros), lo que refuerza la necesidad de su revisión y eventual saneamiento”.

2. Análisis de la situación propuesta.

Se considera que, para resolver las inquietudes planteadas, es necesario abordar los siguientes temas: (i) El contrato de comodato y sus características; (ii) Régimen jurídico de los contratos de comodatos de bienes inmuebles de entidades estatales; (iii) Régimen jurídico de los contratos de comodatos de bienes inmuebles de entidades estatales con posterioridad a la expedición de la Ley 9 de 1989; (iv) Del mutuo consentimiento como causal de terminación de los contratos estatales; (v) Estudios y documentos previos en la contratación estatal, su origen y necesidad de elaboración en los procesos contractuales; (vi) La ausencia de estudios previos como causal de nulidad de los contratos estatales; (vii) Los principios de la actividad contractual del Estado, el principio de favorabilidad y su aplicación en la contratación estatal y (viii) Respuestas y conclusiones.

3. Desarrollo de los temas planteados.

3.1. El contrato de comodato y sus características.

El contrato de comodato se encuentra regulado en el Código Civil en sus artículos 2200 al 2220. En cuanto a su definición, el Código Civil dispone lo siguiente:

“Art. 2200. El comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa”.

Es por tanto un negocio jurídico por medio del cual el titular del derecho de dominio de un bien traslada a otro algunas de las facultades que se desprenden de ese principal derecho real, cuales son el uso y disfrute del mismo. Es de la esencia del comodato, según lo previsto en el artículo 2200 citado, que dichas facultades se otorguen sin contraprestación económica, esto es, en forma gratuita; de manera que, si el comodatario adquiere una prestación correlativa de este tipo, se desnaturaliza el negocio jurídico.

El comodato se caracteriza además por ser real, esto es, requiere de la entrega de la cosa para su perfeccionamiento, y por ser un contrato principal, porque existe con independencia de otro negocio jurídico.

Por su parte, el Juez del Contrato Estatal, ha determinado una serie de características del contrato de comodato, para ello, ha señalado lo siguiente:

“Prevía descomposición de la regulación legal del comodato, la doctrina ha deducido las siguientes características: de real, unilateral, gratuito y principal; **real**: porque si no hay entrega del bien bajo cualquiera de las formas de tradición previstas en los artículos 754 y 756 del Código Civil no puede hablarse de comodato; **unilateral**: porque una vez se encuentre perfeccionado sólo surgen para el comodatario las obligaciones de conservación y uso del bien de acuerdo con el objeto convenido, y la obligación de restitución surge una vez finalizado el correspondiente plazo contractual; sólo en casos especiales surge para el comodante la obligación de indemnización y de pago de mejoras, que no alcanzan a modificar su unilateralidad; **gratuito** porque que el uso de la cosa se proporciona sin contraprestación alguna y, por último la característica de **principal** porque no necesita de otro acto jurídico para existir.

Dentro de las obligaciones que adquiere el COMODATARIO, se encuentran, por definición legal, las de conservación de la cosa, de uso con sujeción a lo convenido y de restitución, en torno al bien dado en comodato. En tal sentido el articulado del Código Civil dispone:

- 2.202: la restricción para el comodatario de usar la cosa únicamente para el uso convenido y a falta de éste para el uso ordinario propio a su naturaleza;

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202507-00068411
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

- 2.003 y 2.004: la obligación para el comodatario de emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa y responder hasta de culpa levisima, leve o lata según que el comodato se hubiere acordado en pro del comodatario, de ambas partes o del comodante, siendo responsable de todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa;
- 2.005: la obligación del comodatario de restituir la cosa prestada en el tiempo convenido, pudiéndose exigir la restitución antes de tiempo ante la muerte de comodatario, la aparición en el comodante de una obligación imprevista y urgente de la cosa.

De esas mismas disposiciones se observa que en caso de contravención por el comodante de su obligación de uso de la cosa para el fin convenido, surge el derecho del comodante para exigir la reparación de todo perjuicio y la restitución inmediata del bien (**art. 2.202**) y que el comodatario sólo responde por caso fortuito cuando le ha dado un uso indebido, ha demorado su restitución salvo que se probare que el deterioro o pérdida por caso fortuito hubiera sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora, cuando éste ha sobrevenido por culpa suya, cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la propia "() *ha preferido deliberadamente la suya*" y cuando expresamente se ha hecho responsable del caso fortuito (**art. 2.203**).

Ahora: en lo que atañe con la obligación de conservación de la cosa resulta pertinente la norma prevista expresamente para el contrato de arrendamiento sobre reparaciones locativas, de acuerdo con la cual está obligado a realizarlas el inquilino o arrendatario de casa, y se reducen dichas reparaciones a mantener el edificio en el estado en que lo recibió "() *pero no es responsable de los deterioros que provengan del tiempo y uso legítimos, o de fuerza mayor o de caso fortuito, o de la mala calidad del edificio, por su vetustez, por la naturaleza del suelo, o por defectos de construcción*" (**art. 2.028 C. C**), obligación que a su vez guarda armonía con la prevista en el **artículo 2.203**, que sólo hace responsable al comodatario de todo deterioro que no provenga de la naturaleza y del caso fortuito cuando a la cosa se le dio un uso indebido y que sobreviene por su culpa etc."¹

Visto lo anterior, podemos deducir que entre las principales características que identifican el contrato de comodato, se encuentran las siguientes: i) es esencialmente gratuito, es decir que el uso y goce entregado al comodatario no tiene contraprestación, de lo contrario se convertiría en un contrato de arrendamiento; ii) es bilateral, puesto que celebrado surgen obligaciones tanto para el comodante quien debe permitir el uso de la cosa, como para el comodatario, a quien corresponde conservar, usar y restituir el bien al término del contrato; iii) es principal, porque existe por sí mismo sin que requiera de otro acto jurídico. iv) es real, sólo se perfecciona con la entrega efectiva o material de la cosa, término que debe entenderse como la entrega efectiva o material de la cosa y no como un modo de adquisición del derecho real de propiedad, puesto que el comodato no es un título traslativo de dominio.

3.2. Régimen jurídico de los contratos de comodatos de bienes inmuebles de entidades estatales.

Como se precisó anteriormente, el régimen jurídico de los contratos de comodato se encuentra sustentando en las disposiciones del Código Civil. Sin embargo, lo que ocurre con los contratos de comodato de bienes inmuebles por parte de las Entidades Estatales, es que, a partir de la expedición de la Ley 9 de 1989, el legislador estableció una serie de condiciones y requisitos para que las Entidades Estatales puedan dar en comodato sus bienes inmuebles, no obstante a pesar de la existencia de esas limitantes, no quiere decir ello que haya surgido una regulación distinta en cuanto a las características y elementos de este contrato más allá de las Contenidas en los artículos 2200 al 2220 del Código Civil.

Es por esto, que el Juez Contencioso² ha sostenido sobre el régimen jurídico de estos contratos, incluso los suscritos antes de la expedición de la Ley 9 de 1989 y de la Ley 80 de 1993, es que, su regulación se sujeta en estos casos a las normas del Código Civil, especialmente los artículos 2200 a 2220, las cuales reglamentan los derechos y obligaciones de las partes en esta clase de contratos.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 1 de marzo de 2006, radicado No. 66001-23-31-000-1997-03801-01(15898).

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, radicado No. 25000-23-26-000-2002-21376-01(30232).

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202507-00068411
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

Además, recordemos que a hoy con la Ley 80 de 1993, en especial su artículo 13, los contratos estatales que suscriban las entidades estatales sujetas a este estatuto de contratación, principalmente se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo las materias particularmente reguladas por la Ley 80 de 1993.

3.3. Régimen jurídico de los contratos de comodatos de bienes inmuebles de entidades estatales con posterioridad a la expedición de la Ley 9 de 1989.

Si bien después de 1989 con la expedición de la Ley 9, no se modificó la regulación del contrato de comodato contenida en el Código Civil, lo que si se dispuso fue una serie de condiciones y prohibiciones para que las entidades estatales puedan dar en comodato sus bienes inmuebles.

Frente a esto, el artículo 38 de la referida norma, establece:

“Artículo 38.- Las entidades públicas no podrán dar en comodato sus inmuebles sino únicamente a otras entidades públicas, sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, juntas de acción comunal, fondos de empleados y las demás que puedan asimilarse a las anteriores, y por un término máximo de cinco (5) años, renovables.

Los contratos de comodato existentes, y que hayan sido celebrados por las entidades públicas con personas distintas de las señaladas en el inciso anterior, serán renegociados por las primeras para limitar su término a tres (3) años renovables, contados a partir de la promulgación de la presente Ley”.

Entonces, con ocasión a la expedición de esta normativa y en concordancia con las disposiciones de la Ley 80 de 1993, en especial, los artículos 13 y 32, las Entidades Estatales podrán suscribir contratos de comodato para el manejo de sus bienes inmuebles respetando su naturaleza y bajo los siguientes límites, a saber: i) en relación con el sujeto, esto es, solo podrán hacerlo con otras entidades públicas o personas de derecho privado (sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones) que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, o juntas de acción comunal, fondos de empleados y similares, y ii) respecto del tiempo, se sujetaron por un término máximo de cinco (5) años renovables.

Otro aspecto para tener en cuenta con la entrada en vigor de la Ley 9 de 1989, es el que atañe a los contratos de comodatos existentes antes de esta Ley; allí, se estableció que las entidades públicas que hubieran celebrado contratos de comodatos de sus bienes inmuebles con *personas distintas* a las señaladas en el inciso 1º del artículo 38, deben renegociar estos contratos para limitar su término a tres (3) años renovables, contados a partir de la promulgación de la Ley 9 de 1989. Nótese que esta condición de renegociación establecida por el legislador frente a los contratos de comodato suscritos antes de la Ley 9 de 1989, fue establecida siempre que se tratara de contratos suscritos con *sujetos distintos* con los que a hoy no se pueden celebrar, por lo que entonces, frente aquellos contratos de comodato suscritos con los sujetos que a hoy si se permiten según la Ley, no opera la condición de renegociación para limitar su tiempo como un requisito para que pudieran continuar; por lo tanto, estos últimos bien pueden continuar conforme a la normas vigentes al momento de su celebración, ello, con fundamento en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 y al inciso 2 del artículo 38 de la Ley 9 de 1989.

Sobre la condición de renegociación de los contratos de comodato suscritos antes de la entrada en vigencia de la Ley 9 de 1989, el Consejo de Estado se ha manifestado en los siguientes términos:

“(…) Mediante la lectura del citado artículo 38 se deduce la consagración de una prohibición respecto de la celebración de contratos de comodato con personas distintas a las allí señaladas y una condición legal esencial para que los contratos que estaban en curso a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley con personas distintas a las referidas en la norma pudiesen continuar.

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202507-00068411
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

Así, la ley 9 de 1989 dispuso una condición para la prórroga de los contratos de comodato suscritos con sujetos ajenos a "entidades públicas, sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, juntas de acción comunal, fondos de empleados y las demás que puedan asimilarse a las anteriores", y fue que se renegociaran para limitar su término a 3 años renovables, contados a partir de la promulgación de la ley"³.

Con ocasión a lo expuesto, podemos concluir que con la expedición de la Ley 9 de 1989, los contratos de comodato de bienes inmuebles que suscriban las entidades estatales deben observar las siguientes reglas:

- (i) En relación con el sujeto, solo podrán hacerlo con otras entidades públicas o personas de derecho privado (sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones) que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, o juntas de acción comunal, fondos de empleados y similares. Por ende, a partir de la 9 de 1989 - queda prohibido suscribir contratos de comodato de bienes inmuebles de las entidades estatales con sujetos distintos a los antes señalados.
- (ii) Respecto del tiempo, se sujetaron por un término máximo de cinco (5) años renovables. Quiere decir lo anterior, que a partir de la vigencia de la Ley 9 de 1989, ningún comodato de bienes inmuebles puede suscribirse por un término mayor de 5 años.
- (iii) Los contratos de comodato de bienes inmuebles suscritos por entidades estatales antes de la entrada en vigencia de la Ley 9 de 1989 que se hubieren celebrado con sujetos distintos a entidades públicas o personas de derecho privado (sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones) que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, o juntas de acción comunal, fondos de empleados y similares, para poder continuar - deben renegociarse por las entidades estatales para limitar su término a 3 años renovables.
- (iv) Frente a los contratos de comodato de bienes inmuebles suscritos por entidades estatales antes de la entrada en vigencia de la Ley 9 de 1989 con otras entidades públicas o con personas de derecho privado (sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones) que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, o juntas de acción comunal, fondos de empleados y similares, pueden continuar su ejecución - ya que frente a ellos no se estableció por la norma la condición de renegociación para mantener su vigencia⁴.

3.4. Del mutuo consentimiento como causal de terminación de los contratos estatales.

Según el artículo 32 de la ley 80 de 1993 son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a las que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados de la autonomía de la voluntad, así como lo que a título enunciativo señala el artículo en mención, esto es (contrato de obra, contrato de consultoría, contrato de prestación de servicios, contrato de concesión, encargos fiduciarios y fiducia publica). Ahora, el mismo estatuto en su artículo 13, indica que los contratos que celebren las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la ley 80, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas en esta ley.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 30 de julio de 2008, radicado No. 25000-23-31-000-1996-02562-01(15466).

⁴ Para arriar a esta conclusión, se analizó una decisión judicial del Consejo de Estado, donde a través de una controversia contractual, se buscaba se ordenara la terminación de un contrato de comodato suscrito por el término de 99 años por parte de dos entidades públicas. Si bien la controversia contractual se decidió en que no operaba la causal de terminación alegada por el comodante, relacionada principalmente por la necesidad del inmueble, lo importante, fue que allí, por ejemplo, el Juez antes de analizar la causal de terminación que se alegaba, no consideró que este contrato a pesar de haberse suscrito antes de la ley 9 de 1989 debiera renegociarse en cuanto a su plazo para poder conservar su continuidad. Por ello, es que se concluye conforme a la Ley 9, que en estos casos de estos comodatos- no se estableció por la Ley la condición de renegociación para que pudieran continuar su ejecución. Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, radicado No. 25000-23-26-000-2002-21376-01(30232).

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202507-00068411
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

Por su parte, para SANTOFIMIO⁵, por contrato del Estado o estatal se entiende todo negocio jurídico, de contenido económico, consecuentemente oneroso, celebrado, por regla general bajo los presupuestos del principio de igualdad, en aras del interés público o general, en el cual una de las partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones administrativas en los términos de la ley, o cualquier otra persona que involucre en el mismo recursos públicos, y en razón del cual se generan, de manera discrecional, ponderada, proporcional y previsiva, obligaciones por regla general recíprocas, de dar, hacer, o no hacer alguna cosa entre las partes intervinientes, construyendo, regulando o extinguiendo entre ellas

En ese sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado que el régimen jurídico del contrato estatal corresponde a un régimen jurídico mixto, integrado principalmente por las normas de derecho privado (derecho comercial y derecho civil) y por las normas de derecho público en los asuntos que de forma expresa así lo señale la ley 80 de 1993⁶.

Pues bien, atendiendo entonces el régimen jurídico sobre el cual se fundamentan los contratos estatales, tenemos en cuanto al Código Civil que su artículo 1602 señala que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Como consecuencia de esta previsión, surge lo que en materia civil se denomina la revocación voluntaria de los actos jurídicos en el campo de las convenciones y los contratos; el cual, es un modo de disolver y dejar sin efecto un acto jurídico mediante otro acto posterior otorgado por quien o quienes participaron en la celebración del primero. Así se da esta figura cuando las partes en un contrato de compraventa acuerdan desistir de ella. La revocación de estos acuerdos encuentra su fundamento lógico en el postulado de la autonomía de la voluntad privada; así como el postulado facultad a los particulares para crear relaciones jurídicas, igualmente los autoriza para modificarlas o para extinguiirlas posteriormente⁷.

Entonces, con ocasión a esta previsión de la revocación o terminación voluntaria de los contratos, tenemos, que una de las formas por las cuales un contrato estatal puede terminar, es precisamente por el mutuo consentimiento de las partes, supuesto válido dentro de los modos de terminación de los contratos estatales, veamos;

"(...) La jurisprudencia de esta Corporación ha distinguido entre formas normales y anormales de terminar los vínculos contractuales, encontrándose entre las primeras el cumplimiento del objeto y el vencimiento del plazo, y entre las segundas, la declaratoria de la caducidad, la terminación unilateral propiamente dicha y la declaratoria judicial de nulidad absoluta: A propósito de la terminación, entendiendo que esa figura no es más que la finalización o extinción de la vigencia de un determinado vínculo obligacional de la Administración, siguiendo los lineamientos que al respecto ha trazado la doctrina, resulta perfectamente posible distinguir entre modos normales y modos anormales de terminación de los contratos.

En la primera categoría, esto es entre los modos normales de terminación de los contratos de la Administración, suelen y pueden incluirse las siguientes causales: a)- cumplimiento del objeto; b)- vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato; y c).- acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes. Los modos anormales de terminación de los contratos de la Administración se configuran, a su turno, por: a).- desaparición sobreviniente del objeto o imposibilidad de ejecución del objeto contratado; b).- terminación unilateral propiamente dicha; c).- declaratoria de caducidad administrativa del contrato; d).- terminación unilateral del contrato por violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades; e).- desistimiento -o renuncia-, del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20% del valor original del mismo; f).- declaratoria judicial de terminación del contrato; y h).- declaratoria judicial de nulidad del contrato.

Además se encuentra, como causal de terminación de los contratos de la Administración, el mutuo consentimiento de las partes, la cual se ubica en un estadio intermedio, puesto que no corresponde exactamente a los modos normales de terminación del contrato -puesto que al momento de su celebración las partes no querían ni preveían esa forma de finalización anticipada-, como tampoco corresponde en su totalidad a los modos de terminación anormal, dado que está operando la voluntad conjunta de las partes y ello forma parte esencial del

⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, J. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 20 de agosto de 1998, exp. 1402 de 1998.

⁷ OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E. (2019). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Editorial Temis. 7ª Ed.

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202507-00068411
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

nacimiento y del discurrir normal de todo contrato (artículo 1602 C.C.). (Subrayado fuera de texto)⁸

Ahora, en lo que especial refiere al mutuo consentimiento de las partes como causal de terminación de los contratos estatales, se ha sostenido:

"(..) El mutuo disenso, tiene fundamento en el artículo 1602 del Código Civil (CC) que dispone que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales" (la Sala resalta). Dicha figura ha sido definida por el Consejo de Estado, de la siguiente forma:

En efecto, el mutuo disenso como bien se ha definido por la jurisprudencia desde vieja data es uno de los correctivos jurídicos que tienen las partes contratantes para aniquilar el contrato "La [sic] primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley, que otros denominan 'mutuo disenso', 'resciliación' o 'distracto contractual', es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre ellas celebrado". En esta misma sentencia se señala, claramente, que ese mutuo disenso puede provenir del consentimiento expreso, el cual no requiere de la intervención judicial, o tácito, cuyo efecto sí requiere aquella y acontece "ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, sólo puede considerarse y por ende traducirse, como una manifestación clara de anotar el vínculo contractual" "No [sic] basta pues el recíproco incumplimiento, sino que es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución sean expresivos, tácita o expresamente de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato. Y cuyo fundamento ontológico no es otro que evitar "mantener indefinidamente atados a los contratantes cuyo, comportamiento, respecto de la ejecución de las obligaciones sólo es indicativo de disenso mutuo del contrato". Y en sentencia de 16 de julio de 1985, la misma Corte Suprema de Justicia consideró que "el mutuo disenso mantiene toda vigencia como mecanismo para disolver un contrato que se ha incumplido por ambas partes y ante la inocultable posición de no permanecer atado al negocio; la intervención, pues, del juez se impone para declarar lo que las partes en una u otra forma han reflejado: desatar el vínculo para volver las cosas al estado que existía al momento de su celebración"⁹.

A su vez, el Consejo de Estado¹⁰ en armonía con lo dispuesto en el Código Civil, advierte que el mutuo disenso puede originarse del consentimiento expreso, el cual no requiere de la intervención judicial, o tácito ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes de sus obligaciones contractuales, conducta que puede interpretarse como una manifestación de extinción del vínculo contractual, el cual si requiere de intervención judicial.

En este orden de ideas, se puede afirmar que en los contratos estatales es viable la terminación del contrato por el mutuo acuerdo de las partes, al amparo de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, normas aplicables a la contratación estatal con fundamento en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

3.5. Estudios y documentos previos en la contratación estatal, su origen y necesidad de elaboración en los procesos contractuales.

Los estudios y documentos previos corresponde a los análisis y documentos que sirven de soporte para dar inicio al proceso de contratación y para elaborar el proyecto de pliego de condiciones y los pliegos de condiciones, así como el respectivo contrato. En estos estudios previos, se analizan la conveniencia, necesidad y oportunidad de contratar, mediante la observancia de todos los presupuestos fundamentales del contrato estatal, como objeto, especificaciones técnicas, fundamentos legales, valor, ejecución, riesgos, presupuestos, etc.¹¹.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 30 de noviembre de 2017, radicación n° 08001-23-31-000-2005-00864-01(36330) y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 22 de abril de 2022, radicación n° 05001-23-31-000-2001-00016-01 (55.467).

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 22 de abril de 2022, radicado No. 05001-23-31-000-2001-00016-01 (55.467).

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 26 de julio de 2012, radicado No. 13001-23-31-000-1998-00343-01(23605).

¹¹ DEIK ACOSTAMADIEDO, C. (2015). *Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección*. Abeledopertot S.A., 1ª ed.

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202507-00068411
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

Su origen legal, deviene de la Ley 80 de 1993, la cual con fundamento en el principio de economía literales 7 y 12, estableció el deber de elaborar estudios que se exigen con antelación al inicio del proceso de selección o a la firma del contrato, según el caso, las autoridades deben analizar la conveniencia e inconveniencia del objeto a contratar, consigan las autorizaciones y aprobaciones para ello, elaboren los estudios y diseños y proyectos requeridos, los pliegos de condiciones (Cuando corresponda) y que cuenten con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad de los contratos¹².

Señala MATALLANA, que con fundamento en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1474 de 2011, se debe verificar que la Entidad realizó con anterioridad a la apertura del proceso de selección o a la firma del contrato cuando corresponda, los estudios que justificarán la viabilidad de recursos sino el cumplimiento de los fines de la entidad estatal¹³.

Por su parte, el Consejo de Estado ha determinado que dada el deber de elaborar estudios previos con antelación a la apertura del proceso o a la firma del contrato según corresponda, los mismos están ubicados o hacen parte de la fase precontractual, en la cual se encuentran, por un lado, aquellas actividades preparatorias y de planificación, y, por el otro, los trámites de selección del contratista¹⁴.

Los estudios y documentos previos tienen entonces como objetivo fundamental "identificar técnica y económicamente el objeto del futuro contrato", analizar todas las variables que pueden afectar los procesos de selección, los contratos, y su estructura de ejecución para que el proponente o contratista cuente con los elementos necesarios para valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad y los riesgos que ella propone.

Un aspecto importante por resaltarse es que en virtud de las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, los estudios y documentos previos son obligatorios a realizarse para todo tipo de contrato que pretenda suscribir una entidad estatal, puesto que el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80, no distingue según la naturaleza, cuantía ni modalidad de selección, con la sola excepción que contiene la Ley para los contratos de urgencia manifiesta¹⁵.

Sobre este regla de elaboración de estudios y documentos previos para todo contrato estatal, el Juez Contencioso ha precisado lo siguiente:

"(...) Sin embargo, históricamente, la regulación legal y reglamentaria en materia de contratación estatal es que todo contrato, sin excepción alguna, debe estar soportado en un estudio previo, independientemente que, al instante de darse la apertura del respectivo proceso de selección o al momento de perfeccionar el acuerdo de voluntades, los requisitos, exigencias y formalidades se flexibilicen. Es posible entonces que ciertos contratos al momento de su celebración estén exentos de los requisitos y solemnidades habituales, pero ello no ha significado que se elimine la necesidad de elaborar un estudio previo, obligación que en sentir de la Sala estaba vigente para el mes de diciembre de 2004, en virtud de lo preceptuado en la Ley 80 de 1993 y sus normas reglamentarias"¹⁶.

3.6. La ausencia de estudios previos como causal de nulidad de los contratos estatales.

Dada la obligación de orden legal establecida por el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 sobre el deber de elaborar estudios previos a todo contrato estatal previo apertura del proceso de selección o suscripción del contrato según corresponda, señala DEIK ACOSTAMADIEDO¹⁷

¹² Idem.

¹³ MATALLANA CAMACHO, E. (2015). *Manual de Contratación de la Administración Pública*. Universidad Externado de Colombia, 4ª ed.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 24 de octubre de 2019, radicado No. 11001-03-25-000-2010-00264-00(2217-10).

¹⁵ DEIK ACOSTAMADIEDO, C. (2015). *Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección*. Abeledoperrtot S.A., 1ª ed.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 24 de octubre de 2019, radicado No. 11001-03-25-000-2010-00264-00(2217-10).

¹⁷ Establece que esta posición es compartida por autores como MATALLA y ESCOBAR. En DEIK ACOSTAMADIEDO, C. (2015). *Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección*. Abeledoperrtot S.A., 1ª ed.

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202507-00068411
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

que para ciertos autores doctrinantes, la apertura de un proceso de selección sin dichos estudios previos o con estudios mal elaborados puede dar lugar a la nulidad de los contratos estatales; ruptura del equilibrio económico del contrato, a su turno, conllevan a posteriores reclamaciones de mayores pagos por la ejecución del contrato; dificultades en la comparación objetiva de las ofertas, lo cual podría llevar a la nulidad en la adjudicación; problemas de ejecución del contrato, al ser necesario paralizar el proyecto hasta que se definan los planos y diseños o modificar las cantidades de obra o especificaciones técnicas en contratos de obra; violación a los principios de buena fe, economía, eficacia y eficiencia; y vulneración al principio de igualdad por que " *la información que suministra la entidad no tiene certeza y por lo no tanto no atrae a una población de posibles oferentes que, de encontrar una información cierta, tal vez, se animarían a participar en la convocatoria*".

Ahora, el Consejo de Estado, en cuanto a casos de declaratoria de nulidad de contratos por la ausencia de estudios y documentos previos, recientemente en una decisión judicial decidió en cuanto a ello, lo siguiente;

"(...) 37.9. Así, tanto el acto administrativo de justificación como los estudios previos eran una obligación legal imperativa y exigible desde el momento en el que se concibió la enajenación del inmueble El Oasis, motivo por el cual, cuando menos dichos documentos debieron existir al momento de la suscripción del adicional No. 2 del 3 de diciembre de 2010, en el que se concibió el proyecto, la demandada contrajo la obligación de comprar el inmueble y el Municipio de enajenarlo, pero ello no fue así.

37.10. De hecho, si se admitiera la interpretación más liberal, esta es, que el acto administrativo de justificación y los estudios previos anexos que se elaboraron con ocasión de la celebración del convenio interadministrativo marco del 14 de septiembre de 2009 sí cobijaban al contrato de aporte en especie y venta del 13 de abril de 2011 —lo que solo podría aceptarse a modo de hipótesis—, la verdad es que este acto y estudios no cumplen con el lleno de los requisitos de los artículos 3 y 77 del Decreto 2474 de 2008 porque allí no se identificó ni se determinó el objeto a contratar, la necesidad que se pretendía satisfacer, ni el análisis del valor estimado del contrato, sino que en ellos se enunciaron actividades y objetivos genéricos sin expresar proyectos concretos, mucho menos el aporte y enajenación de un bien inmueble con la finalidad de realizar un proyecto inmobiliario y turístico.

38. Con fundamento en todo lo anterior, la Sala reafirma que en la celebración del contrato de aporte en especie y venta del inmueble del 13 de abril de 2011 se vulneraron normas imperativas asociadas al cumplimiento del principio de selección objetiva porque antes de su suscripción no se elaboraron los estudios previos de que trata el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 ni se expidió el acto administrativo de justificación de la contratación directa que exige el artículo 77 del Decreto 2474 de 2008, a pesar de que, tales documentos adquieren superlativa importancia para determinar, entre otras cosas, la necesidad y conveniencia de que una entidad pública se despoje de sus bienes, así como la contraprestación por la que lo hará. Así las cosas, se concluye que el referido contrato está viciado de objeto ilícito porque se vulneraron normas imperativas en los términos de los artículos 1519 y 1741 del Código Civil, lo que impone la sanción de nulidad absoluta, tal y como lo declaró el Tribunal en primera instancia.

39. En este punto es importante advertir que no le asiste razón a la demandada al señalar que la falta de elaboración de estudios previos no daría lugar a declarar la nulidad absoluta del contrato por no encuadrar este aspecto en ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en la medida que, si bien el régimen de contratación estatal es especial respecto del derecho común, lo cierto es que se integra con aquél⁵⁰, por lo que, si un vicio no se encuadra en una de las causales enlistadas en esa norma, se debe acudir, por vía de integración, a las causales de nulidad que establece el derecho privado⁵¹.

40. La jurisprudencia reciente de esta Corporación se ha decantado por señalar⁵² que cuando se eluden los procedimientos de selección cuyo agotamiento es obligatorio por mandato legal o cuando se vulneran las reglas imperativas asociadas al cumplimiento de dichos procedimientos, tales como la elaboración de estudios previos —artículo 25.12 de la Ley 80 de 1993⁵³— o la expedición de ciertos actos necesarios para adjudicar un contrato, el contrato estatal que se celebre estará viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito de conformidad con los artículos 1519 y 1741 del Código Civil. Esta causal de nulidad se sustenta en que dichas

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202507-00068411
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

normas, por estar íntimamente relacionadas con el cumplimiento de los fines de la contratación pública, que incluyen "la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados" —artículo 3º de la Ley 80 de 1993—, integran el orden público de la Nación, esto es, son normas de perentoria y obligatoria observancia que no pueden ser objeto de inaplicación ni disposición por pacto de los contratantes.

41. En consecuencia, la ausencia del acto de justificación de la contratación directa y de los estudios previos que lo debían acompañar sí vician de nulidad absoluta el contrato de venta y aporte del inmueble El Oasis, por objeto ilícito y, por ello, este punto de la providencia recurrida será confirmado en esta instancia"¹⁸.

En cuanto al campo de las nulidades de los contratos estatales, recordemos que el contrato al ser un reflejo del acuerdo de voluntades que tiene como finalidad acordar los derechos y obligaciones de las partes, debe sujetarse al cumplimiento de ciertos requisitos para que sean válidos, en especial, los dispuestos en el Código Civil en su artículo 1502. En efecto, los elementos esenciales de toda declaración de voluntad manifestada a través de un contrato, sea este privado o público, son la capacidad, el consentimiento, el objeto ilícito y la causa lícita¹⁹.

No obstante, a lo anterior, en el campo y régimen de los contratos estatales sometidos a la Ley 80 de 1993, dado su ritualidades, requisitos y exigencias para la formación del contrato, se estableció además un régimen legal expreso acerca de la nulidad absoluta de los contratos por incumplimiento de ciertos parámetros. Es por esto, que el artículo 44 de la Ley 80, incorpora además de las causales de nulidad del Código Civil de su artículo 1502, otra serie de nulidades de los contratos estatales.

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

La diferencia pues, en cuanto al régimen de la nulidades absolutas que trae la Ley 80 Vs las del derecho común, es que el procedimiento para la aplicación de las primeras, se encuentra descrito en los artículos 44 a 49 de la Ley 80, y dentro del cual, evidenciado en un contrato - una causal de nulidad absoluta especial de la Ley 80, no hay lugar a acudir a las causales previstas en el artículo 1502 del Código Civil, sino conforme lo prevé el artículo 13, en este escenario tendrán preferencia las disposiciones especiales del Estatuto General de la Contratación Pública.

Además, esto implica, que evidenciada alguna de estas causales de nulidad absoluta del artículo 44 de la ley 80, pero en especial las previstas en los numerales 1, 2 y 4, lo que procede es a darse por terminado el contrato mediante acto administrativo que emite el representante legal, sin necesidad de que se requiera intervención judicial para su declaratoria y terminación; mientras tanto, escenario distinto es el que acontece cuando la posible causal de nulidad absoluta del contrato no se enmarca en los presupuestos de los numerales 1,2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 - sino en los del artículo 1502 del Código Civil y los numerales 3 y 5 del

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 20 de junio de 2023, radicado No. 050012333000201300295 01 (52.804).

¹⁹ EXPOSITO, VELEZ, J. (2013). *Forma y contenido del contrato estatal*. Universidad Externado de Colombia.

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202507-00068411
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

artículo 44 de la Ley 80 , allí, será necesario para su declaración y terminación recurrir a la autoridad judicial.

Sobre este punto de las causales de nulidad absoluta del contrato estatal, se ha precisado por el Consejo de Estado lo siguiente:

" (...) 5. La nulidad absoluta de los contratos estatales.

Para que el contrato sea plenamente válido se requiere el cumplimiento tanto de los requisitos establecidos en las normas que regulan la contratación estatal, según las cuales el interés general prima frente a la autonomía de la voluntad, como de aquellos previstos en el derecho privado a los cuales remite el propio Estatuto de Contratación de la Administración Pública, desde luego, adaptados a los principios de la contratación estatal.

Al tenor de lo prescrito por el artículo 1502 del C.C., para que un contrato sea válido se requiere que concurren las siguientes condiciones:

- a) Consentimiento de las partes exento de vicios (ordinal 2)*
- b) Causa lícita (ordinal 4)*
- c) Objeto lícito (ordinal 3)*
- d) Capacidad de las partes contratantes (ordinal 1)*
- e) Cumplimiento de algunos requisitos o formalidades que la ley impone, básicamente en atención a la calidad o estado de las personas que lo celebran.*

Por su parte, las normas de la Ley 80, expedida en el año 1993, contentiva del Estatuto que regula la actividad contractual de la Administración Pública, establecen diversas ritualidades, requisitos y exigencias para la formación del contrato, cuya omisión podría dar lugar a que éste resultara viciado de nulidad.

En términos generales cabe mencionar que los requisitos que debe cumplir el contrato estatal para que se encuentre ajustado al ordenamiento jurídico y goce de las condiciones de validez, atañen a: i) la capacidad de las partes intervinientes, cuestión que se predica de los particulares en tanto que es la competencia el factor a examinar en relación con las entidades estatales contratantes y sus respectivos servidores públicos; ii) la observancia de los procedimientos de selección del contratista; iii) la licitud del objeto; iv) la licitud de la causa, en la cual puede entenderse incluido el aspecto relacionado con la desviación de poder y iv) la ausencia de vicios respecto del consentimiento.

Como ha sido expresado por la Jurisprudencia, en el Estatuto de Contratación Estatal existe un régimen legal expreso acerca de la nulidad absoluta de los contratos en cuya celebración participan o intervienen las entidades del Estado, el cual se encuentra contenido en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 expedida en el año de 1993; es por ello que en esta específica materia no hay lugar a acudir a las previsiones del artículo 13 de la misma Ley 80 para efectos de aplicar –en la contratación estatal–, la normatividad que en los Códigos de Comercio o Civil, según fuere el caso, contienen el régimen de las nulidades absolutas de los contratos puesto que –bueno es reiterarlo–, cuando el propio Estatuto de Contratación Pública se ocupa de regular un determinado asunto, sus disposiciones tienen preferencia en su ámbito, cuestión que no obsta para sostener, como lo ha hecho la Sala, que las propias normas legales especiales que en la Ley 80 regulan esta materia ordenan la incorporación, a este cuerpo normativo, de las disposiciones legales del Código Civil que contienen las causales de nulidad absoluta de los contratos.

En punto de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, el artículo 44 de la referida Ley 80 determina:

"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:

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

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202507-00068411
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 I

5. 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”.

Así las cosas, se impone puntualizar que los contratos estatales serán nulos entonces, de manera absoluta, i) en aquellos eventos establecidos en el Código Civil como constitutivos de la nulidad absoluta de los actos o contratos, según las previsiones de sus artículos 6 y 1741 y ii) en los casos específicamente determinados en los diferentes numerales del transcrito artículo 44 de la Ley 80.

De esa manera, al integrar en un solo y único listado tanto las causales de nulidad absoluta de los contratos previstas en los artículos 6 y 1741 del C. C., como las causales de nulidad absoluta especificadas a lo largo de los numerales que contiene el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, resulta posible concluir que las siguientes son las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales:

Artículo 6 del Código Civil:

a) Los contratos celebrados “contra expresa prohibición de la ley”.

Artículo 1741 del Código Civil:

b) Ilícitud en el objeto;

c) Ilícitud en la causa;

d) “omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan”;

e) Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración.

Artículo 44 de la Ley 80 de 1993:

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 del 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

j) 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.

Desde luego, hay lugar a señalar que aquellas causales de nulidad absoluta de los contratos estatales que provienen del Código Civil, por la incorporación que de las mismas dispuso a la Ley 80 la parte inicial de su artículo 44, sin perjuicio de adaptarlas a algunos de los principios que regulan y orientan tanto la contratación pública como el Derecho Administrativo en general, deberán ser interpretadas y aplicadas en los términos en que las mismas han sido entendidas tanto por la Jurisprudencia que al respecto ha construido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, como por la doctrina desarrollada a partir, precisamente, del estudio de las normas que integran esa codificación y en idéntico sentido habrá que concluir que en este campo también serán aplicables aquellas otras disposiciones legales contenidas en el Código Civil que se ocupan de precisar el sentido y el alcance de las nociones que sirven para estructurar las causales de nulidad absoluta consagradas en los artículos 6 y 1741 de ese cuerpo normativo (como el caso de la ilicitud en el objeto, la ilicitud en la causa, la incapacidad absoluta, entre otras; artículos 1503, 1504, 1517, 1518, 1519, 1521, 1523, 1524 C.C.)²⁰”.

De esta manera, se puede concluir, que el contrato estatal como cualquier acuerdo de voluntades se encuentra sujeto para su validez al cumplimiento de unos requisitos esenciales según artículo 1502 del Código Civil, pero también, a otros que son propios de las exigencias y ritualidades de la Ley 80 de 1993. Una de las razones por las que el contrato estatal no se ha considerado válido y ha dado lugar a la declaratoria de oficial de nulidad absoluta por parte del Juez, es el atinente a la ausencia de estudios y documentos previos antes de su celebración, pues el juez ha considerado, que el omitir su elaboración - es violar normas imperativas asociadas al cumplimiento del principio no solo de selección objetiva sino de economía, presupuesto que encuadra dentro de la causal de objeto ilícito del contrato, por

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 26 de noviembre de 2024, radicado No. 25000-23-26-000-1999-02856-01(29906).

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202507-00068411
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

violación a normas de orden público y de obligatoria observancia que no pueden ser objeto de inaplicación ni disposición por pacto de los contratantes. Sin embargo, como también se explicó, en estos casos o escenarios en los que se alegó dicha causal de nulidad por (*ausencia de estudios previos - objeto ilícito*), su declaratoria se encuentra reservada a la autoridad judicial. Por último y no menos importante en este campo de las nulidades absolutas del contrato estatal, es que como bien lo advierte el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, las mismas no son susceptibles de ser saneadas por ratificación.

3.7. Los principios de la actividad contractual del Estado, el principio de favorabilidad y su aplicación en la contratación estatal.

La Ley 80 de 1993 conocida como el Estatuto General de la Contratación Pública, es calificado como un verdadero estatuto de principios, sujetos a unos criterios generales de conducta a cargo de la administración, sin dejar de lado a los distintos actores y colaboradores que participan en la actividad contractual del Estado.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado²¹, ha establecido que la Ley 80 de 1993 es, entonces, una ley esencialmente de principios de estirpe constitucional y desarrollo legal, por oposición al anterior estatuto de contratación (Decreto - ley 222 de 1983) que lo era absolutamente de reglas, lo cual constituye una diferencia sustancial en el entendimiento del estudio del derecho que informa la contratación estatal. Como atrás se señaló, la Ley 80 de 1993 contiene en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado y, en rigor, a los cuales se encuentran sujetos los procesos de selección que adelanten las entidades públicas cuando deseen contratar bien bajo la modalidad de la licitación pública o mediante la contratación directa.

Se sostiene, que los principios que rigen la contratación estatal existen en la medida unos de rango constitucional entre otros, los de legalidad (arts. 6, 121 y 122 C.P), igualdad (art.13 C.P); debido proceso (art. 29), buena fe (art. 83 C.P); responsabilidad (ar. 90 C.P), prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P), interés público (art. 2 C.P. y concordantes), imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad y publicidad (art. 209 C.P.); otros de naturaleza especial de la Ley 80 de 1993 relativos a la transparencia, economía, responsabilidad, equilibrio económico y financiero, planeación y selección objetiva (Arts. 24,25,26,27 y 28 de la Ley 80 de 1993, y Arts. 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007, y finalmente, otro tantos, de nivel legal, pero aplicables en general a la función administrativa (Arts. 3 Ley 489 de 1998 y Art.3 de la ley 1437 de 2011).

Los principios son de tal relevancia y fuerza vinculante en su aplicación, por que son soporte estructural del sistema, puesto que establecen los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interesa al derecho, se convierten en pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas, y constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas²².

En lo que atañe al principio del debido proceso y su dimensión de la favorabilidad en materia penal, el Juez Contencioso ha explicado su alcance, entendimiento y aplicación en la actividad contractual del Estado en los siguientes términos:

“(…) Como se advierte, el derecho contractual administrativo –a partir de la ley 80 de 1993– ha sufrido un fenómeno simultáneo de constitucionalización y privatización. En efecto, el Estatuto de Contratación de la Administración Pública no sólo integra las normas del derecho privado y al principio de la autonomía de la voluntad para efectos de estructurar el contenido del contrato estatal (art. 13 *ibidem*), sino que, de igual forma, remite a los postulados constitucionales de la función administrativa y a los principios generales del derecho.

El fenómeno de constitucionalización del derecho surge a partir de la segunda mitad del siglo XX, con ocasión de la posguerra, ya que los textos superiores se fortalecen en su contenido

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2017, radicado No. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715).

²²*Idem*.

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202507-00068411
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

dogmático con el fin de fijar los límites en el ejercicio del poder público y las garantías esenciales y mínimas de los seres humanos en distintos campos: las libertades individuales, los derechos civiles y políticos, los derechos económicos y culturales, y los derechos colectivos y grupales.

En esa línea de pensamiento, es cierto que el debido proceso irradia todo el proceso contractual –incluida la etapa de selección del contratista– de forma que el subprincipio de favorabilidad también se hace extensivo a la materia administrativa. Según la favorabilidad: "en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable."

De modo que, el derecho al debido proceso, contenido en el artículo 29 de la Carta Política de 1991, tiene dos expresiones desde el derecho administrativo, que vale la pena destacar: i) el derecho al debido proceso en el derecho administrativo no sancionador y ii) el derecho al debido proceso en el derecho administrativo sancionador.

En el primero de ellos, existen algunas expresiones del debido proceso, contenidas en el referido artículo 29, que revisten matices en su aplicación, como por ejemplo los principios de tipicidad (v.gr. en materia de protección al consumidor), culpabilidad (v.gr. escenarios en los que no es relevante el comportamiento del administrado para la adopción de una decisión (v.gr. barreras arancelarias o adopción de medidas fitosanitarias), la defensa técnica o necesidad de contar con abogado (v.gr. la solicitud de reconocimiento de una pensión de jubilación se puede adelantar por el interesado motu proprio), el principio del "juez natural", es posible que en materia administrativa se pueda modificar la competencia, por ejemplo, por una reestructuración de la entidad administrativa encargada de proferir la decisión, etc.

A contrario sensu, el derecho administrativo sancionador hace parte del ius puniendi del Estado y, por lo tanto, frente al mismo se hacen extensivas todas las garantías que integran el núcleo duro y laxo del principio al debido proceso. En efecto, los derechos penal, disciplinario, sancionador, fiscal, entre otros, integran el derecho punitivo del Estado, razón por la cual, respecto de los mismos siempre será predicable el debido proceso en toda su amplia gama (v.gr. la caducidad en un contrato estatal se impone previa verificación del incumplimiento del contratista, es decir, a la sanción la antecede una culpa de este último).

En esa perspectiva, hay lugar a distinguir entre derecho administrativo de naturaleza no sancionadora, y aquel que hace parte del ius puniendi, es decir, el derecho administrativo sancionador; en este último será predicable el principio de favorabilidad del contratista, comoquiera que se trata de situaciones en las cuales el Estado ejerce una potestad que es excepcional o exorbitante consistente en la posibilidad de imponer sanciones a los proponentes y/o contratistas.

En efecto, la propia demandante pretende llevar la cláusula 1.12.5., al campo del derecho administrativo sancionador, al pretender que se aplique la caducidad de la actividad fiscalizadora y sancionatoria contenida en el artículo 38 del C.C.A. No obstante, es preciso indicar sin ambages o anfibologías que el contenido de esa disposición se encuentra lejos de contener o reflejar una potestad sancionatoria de la administración en materia contractual. Por consiguiente, la argumentación coherente de la parte demandante flaquea o cede en este punto, puesto que no puede imprimirsele un contenido sancionatorio a un precepto del pliego de condiciones que lo único que hace es fijar un parámetro de calificación basado en la experiencia de los proponentes en la ejecución de contratos estatales.

Por lo tanto, no es posible hacer una aplicación extensiva del principio de favorabilidad –como lo pretende la sociedad demandante– porque no se está frente a una competencia sancionadora, disciplinaria o punitiva de la administración pública.

Ahora, si bien existe una antinomia en numeral 1.12.5. del pliego de condiciones entre el título de la norma y el contenido de la misma, lo cierto es que prevalece el texto de la disposición, por cuanto la hermenéutica que debe prevalecer, como ya se puntualizó, es aquella que está acorde con la finalidad y el conjunto del proceso de selección, tal y como lo hizo el municipio de Rionegro, en aras de garantizar el interés público.

De modo que, se equivoca la recurrente al analizar la cláusula 1.12.5. de los pliegos de condiciones bajo la óptica de una norma sancionatoria, puesto que se trata de un precepto que tuvo como contenido y alcance establecer un criterio de valoración de experiencia y cumplimiento, sin que con ello se esté imponiendo una sanción o se discipline a los proponentes. A contrario sensu, se trató de una norma que respetaba el principio de selección objetiva –ya que era razonable, clara y equitativa– en la medida que no extendía de forma

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202507-00068411
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

indefinida el cumplimiento del requisito, sino que fijaba un plazo a todas luces razonable de cuatro años²³.

Igualmente, la Ley 153 de 1887 en su artículo 38 dispone que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, exceptuando de dicha disposición: 1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.

Acorde a lo antes señalado, unos de los principios constitucionales a los cuales se encuentra sujeta la actividad contractual del Estado es el que corresponde al debido proceso. Ahora, el debido proceso irradia todo el proceso contractual, incluida la etapa de selección como la fase de ejecución. Sin embargo, en lo que tiene que ver a la favorabilidad como dimensión dentro del principio al debido proceso, se sostiene que su aplicación en la actividad contractual se refleja o se hace extensivo en la etapa o dimensión del derecho administrativo sancionador, esto es, para el caso de la contratación, cuando quiera que la Entidad ejerza frente a su contratista o proponente alguna potestad excepcional o exorbitante consistente en la posibilidad de imponer sanciones, multas o ejercer alguna potestad como lo sería la interpretación, modificación o terminación unilateral, o la caducidad del contrato; por lo que en tratándose de casos distintos a estos, no es posible hacer una aplicación extensiva de dicho principio en la actividad contractual.

3.8. Respuestas y conclusiones.

En concordancia con lo desarrollado en los puntos anteriores, los interrogantes planteados han de resolverse así:

Al primer interrogante. Al ser el mutuo consentimiento una causal válida para dar por terminado los contratos estatales, se considera que es procedente las partes puedan apelar a este instrumento para dar por terminado los contratos de comodatos a los que refiere en su escrito.

Al segundo interrogante. El principio al debido proceso y su dimensión de la favorabilidad como principio Constitucional, es uno de los principios a los cuales se encuentra sujeto la actividad contractual del Estado; sin embargo, en lo que corresponde a la favorabilidad como principio, en el ámbito de la contratación estatal, su aplicación y extensión sólo se reserva cuando quiera que la Entidad ejerza frente a su contratista o proponente alguna potestad excepcional o exorbitante consistente en la posibilidad de imponer sanciones, multas o ejercer alguna potestad como lo sería la interpretación, modificación o terminación unilateral, o la caducidad del contrato; por lo que en tratándose de casos o escenarios distintos a estos antes descritos, no es posible hacer una aplicación extensiva de dicho principio en la actividad contractual.

Si embargo, lo que se sugiere en este punto, es que parecería que la situación expuesta, se tratará más - de un asunto de vigencia y aplicación de normas al contrato, esto, dependiendo el tiempo de suscripción. Por ello, lo que se recomienda es que el DADEP debe entrar a identificar si los contratos de comodato que menciona en el interrogante primero - fueron suscritos antes o después de la entrada en vigor de Ley 9 de 1989.

Recordemos como bien se explicó en el punto 3.3. de la presente respuesta, la Ley 9 trajo consigo una serie de limitaciones, condiciones y prohibiciones en cuanto a los sujetos y plazos con quienes las entidades del estado pueden suscribir contratos de comodato de sus bienes inmuebles; así como también estableció las condiciones para la continuidad de los contratos de comodato suscritos antes de la entrada en vigor de dicha norma. Por ello, es que insiste en la necesidad que el DADEP en el marco de sus competencias lleve cabo el proceso de identificación antes descrito, para que, conforme al resultado que obtenga, pueda establecer con claridad las actividades que se deben adelantar - según se abordó y explico en el acápite 3.3.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de julio de 2013, radicado No. 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642).

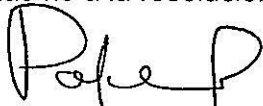
DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-S-SJ-202507-00068411
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

Quiere decir lo anterior, que con base al estudio que el DADEP lleve a cabo, puedan surgir varios escenarios o eventualidades, veamos:

- (i) Que se trate de contratos de comodatos de bienes inmuebles suscritos antes de la Ley 9 de 1989, en los cuales no existía la prohibición del plazo ni los sujetos con quienes se podía celebrar. De encontrarse vigentes estos contratos, el DADEP deberá tener claridad de los sujetos con los cuales se suscribió, pues, dependiendo su naturaleza - operará o no la condición de renegociar y ajustar su plazo según se explicó en el punto 3.3.
- (ii) Contratos de comodatos de bienes inmuebles suscritos después de entrada en vigor la Ley 9 de 1989. El DADEP debe validar si se suscribieron con ajuste el artículo 38 de la Ley 9, o si en su defecto se suscribieron contrariando la prohibición del plazo y los sujetos allí señalados.

De evidenciarse lo último, esto es, que se suscribieron a pesar de la prohibición - del texto del artículo 38 de la Ley 9 de 1989, lo que debiera proceder por el Municipio es el inicio de un procedimiento administrativo con miras a dar por terminado el contrato por haberse celebrado contra expresa prohibición Constitucional o Legal. Es decir, los contratos de comodato que se encuentren bajo este escenario son contratos que pudieran catalogarse como -nulos- según las causales de nulidad especial del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en especial a la que refiere el numeral 2.

Finalmente, es de indicar, que el presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, en el entendido que la competencia de esta Secretaría Jurídica, se encuentra delimitada en establecer una unidad de criterio jurídico, sobre la interpretación, aplicación de las normas y expedición de los actos administrativos que competen a las diferentes dependencias de la administración, más no a la resolución de casos particulares.



Paola Andrea Mateus Pachón
Secretaria Jurídica

Revisó: Ivan Mauricio Álvarez Arango/ Abg. Asesor Despacho

Proyectó: Ruben Dario Rojas Herrera/ Abg. Cps No. 2381 de 2025.