**NEGOCIO JURÍDICO - Elementos estructurales**

Esta previsión normativa, que no es otra cosa que la reproducción de la elaboración que hicieron los glosadores y los comentaristas a partir de la Metafísica de Aristóteles y que luego fue traída por Pothier nos indica y permite aseverar que la configuración de un negocio jurídico depende de que se reúnan, entre otras exigencias, aquellos elementos estructurales que se consideran como de su esencia. Ahora, si la presencia de esos elementos esenciales son los que le dan el ser al respectivo negocio, obvio es concluir que su identificación como esquema negocial depende, más que del nomen iuris, del hallazgo y constatación de ellos (…) En consecuencia, la celebración de un negocio jurídico no aparecerá demostrada si sólo se acredita que hubo un designio negocial respecto de una figura que únicamente se identifica por su nombre, o por éste y una parte de sus elementos esenciales, pero no se acredita que ese designio recayó sobre todos los elementos que lo estructuran e identifican aunque su nomen iuris no se mencione. Con otras palabras, independientemente del nombre o denominación que las partes contratantes le den a un determinado contrato o negocio jurídico, son los elementos estructurales de éste los que en últimas van a determinar su verdadera naturaleza.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Concepto**

Según lo dispone el Numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato de prestación de servicios es aquel que tiene por objeto contratar el desarrollo de actividades de apoyo a la gestión de la Entidad contratante en relación con su funcionamiento o administración, que no comportan esencialmente el ejercicio de funciones públicas administrativas

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Procedencia**

También dispone que sólo podrán celebrarse con personas naturales en los eventos en los cuales las actividades a contratar requieran de conocimientos especializados o no puedan ser ejecutadas por personal de planta de la Entidad y en ningún evento pueden dar lugar a un contrato de carácter laboral.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Contratación directa**

Por su parte, el literal h) del artículo 24 del Estatuto contractual establece que el procedimiento a seguir para celebrar contratos de prestación de servicios profesionales, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, es el de contratación directa.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Obligación del contratista**

De ésta forma se entiende que en los contratos de prestación de servicios el contratista se obliga a ejecutar actividades encaminadas a fortalecer la gestión administrativa o el funcionamiento de las Entidades Públicas contratantes, dando el soporte o acompañamiento requerido por éstas para el cumplimiento de sus fines cuando éstas por sus propios medios no los pueden satisfacer o que por la complejidad o especialidad de sus actividades requieren de conocimientos especializados difíciles de obtener por sus propios medios o mecanismos.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Modalidades**

De otra parte se encuentra que dentro de la tipología general del contrato de prestación de servicios existen varias modalidades a saber: i) El contrato de servicios profesionales propiamente dicho; ii) El contrato de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión; iii) Los que tienen por objeto la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a ciertas personas naturales o jurídicas; iv) los que tienen por objeto el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Características**

Corolario de todo lo que aquí se ha expuesto, se pueden señalar como elementos característicos del contrato de prestación de servicios los siguientes; a) Tienen por objeto el desarrollo de actividades de apoyo a la gestión de las Entidades Estatales en relación con su funcionamiento o administración, b) Pueden ser celebrados con personas naturales o jurídica, c) Sólo pueden ser celebrados con personas naturales en los eventos en los cuales las actividades a contratar requieran de conocimientos especializados o no puedan ser ejecutadas por personal de planta de la Entidad, d) En ningún evento su celebración con una persona natural puede dar lugar a un contrato de carácter laboral, e) No puede celebrarse por un término indefinido, sino por el plazo que sea estrictamente necesario e indispensable para la Entidad Estatal para el cumplimiento de sus fines, f) La inclusión de cláusulas que permiten el ejercicio de potestades exorbitantes es de carácter potestativo, g) El procedimiento a seguir para los contratos celebrados para la prestación de i) servicios profesionales; ii) De trabajos artísticos; y iii) Para el desarrollo de actividades científicas, es el de contratación directa, sin perjuicio de cumplir con el deber de selección objetiva.

**CONTRATO DE OBRA - Concepto** **- Características**

De ésta forma se entiende que el contrato de obra es un contrato por virtud del cual el contratista se obliga en favor de una Entidad Estatal a realizar todo tipo de actividades materiales sobre un determinado bien inmueble que puede ser de naturaleza pública o privada; que pueden consistir en construcción, mantenimiento, instalación, entre otras, cualquiera que sea su modalidad de ejecución y pago. (…) Así las cosas, se pueden señalar como elementos característicos del contrato de obra los siguientes; a) Tienen por objeto la ejecución de actividades materiales sobre bienes inmuebles que pueden ser de naturaleza pública o privada, b) Es típico, de carácter bilateral, oneroso, principal, solemne, sinalagmático y conmutativo, c) Es de ejecución diferida en el tiempo, d) En su celebración es la administración quién tiene la potestad de determinar la modalidad de ejecución y pago, e) Se debe designar un interventor el cual deberá ser contratado con una persona independiente de las partes contratantes, f) La inclusión de cláusulas que comporten el ejercicio de potestades excepcionales es de carácter obligatorio, j) El procedimiento a seguir para su celebración es el de licitación pública.

**PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA - Definición**

La selección objetiva prevista enel derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y hoy en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, alude a aquel principio conforme al cual la entidad deberá seleccionar el ofrecimiento que resulte más favorable a la Entidad y las finalidades que ésta busca en ejercicio de la actividad contractual, sin tener en cuenta ningún factor, interés o cualquier tipo de motivación subjetiva y conforme a las reglas, criterios o parámetros y reglas previamente establecidos tanto en la Ley, cómo en el pliego de condiciones.

**FAVORABILIDAD EN LA PROPUESTA - Concepto**

De ésta forma, se entiende que la favorabilidad en la propuesta no sólo hace referencia a que la administración adopte su decisión de adjudicación desprovista de todo tipo de afecto, interés o motivación subjetiva, sino también a que esa propuesta sea la más favorable a sus intereses, teniendo en cuenta tanto los factores de escogencia que ella misma ha establecido previamente en los respectivos pliegos de condiciones, como las reglas de procedimiento consagrado en la Ley para la tipología del contrato que se pretende celebrar.

**PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA - Ejercicio comparativo**

Luego, si lo que se busca mediante el principio al que se alude es la selección de la propuesta más favorable para la satisfacción de las necesidades o finalidades estatales, es evidente que para que la administración así pueda determinarlo debe realizar un ejercicio comparativo entre las diversas propuestas presentadas, para lo cual debe fijar, previamente, reglas claras, objetivas y completas que permitan el libre acceso al proceso de selección de todos aquellos sujetos interesados en contratar con ella en condiciones de igualdad y libre competencia.

**PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Concepto**

Por otro tanto, el principio de selección objetiva guarda una estrecha relación con el principio de transparencia, que implica, entre otras cosas, la garantía de que la administración al seleccionar el contratista seguirá el procedimiento o modalidad de selección previsto en la Ley para la tipología del contrato que pretende celebrar, que actuará de forma imparcial y objetiva, sujetándose a las reglas, criterios, factores y objetivos previamente establecidos en la norma y en los pliegos de condiciones y no procederá de forma oculta, arbitraria o movida por intereses, factores o motivaciones subjetivas… El principio de transparencia persigue, fundamentalmente, que la administración al seleccionar el contratista adelante el procedimiento previsto en la Ley para el determinado contrato o negocio jurídico que pretende celebrar en condiciones de igualdad y sin tener en cuenta alguna consideración, factor o requisito de tipo subjetivo.

**PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA - Precio del mercado**

Otro de los factores que inciden en el principio de selección objetiva es el del precio del mercado, que es uno, aunque no el único, que deben tener en cuenta las entidades estatales al celebrar el contrato, pues éstas al definir el costo real del negocio proyectado, es decir el valor de las cosas o servicios que se van a contratar teniendo en cuenta las diversas variables tales como cantidad, calidad especialidad, momento, lugar, etc., lo que procuran es que no se pague más ni menos de lo que verdaderamente cuestan para ajustarse así a la conmutatividad objetiva que de acuerdo con el artículo 28 de la ley 80 de 1993 debe imperar en el contrato estatal

**PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Finalidad**

Con éste principio lo que se garantiza es que la administración seleccione a sus contratistas conforme al procedimiento previamente definido y estructurado por la ley y con sujeción a los principios de igualdad, economía, responsabilidad, desprovista de todo factor o consideración de tipo subjetivo y exclusivamente para el cumplimiento de sus fines.

**SELECCIÓN DE CONTRATISTAS - Procedimiento**

Según lo dispone el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 la selección de los contratistas deberá realizarse, por regla general, mediante el procedimiento de Licitación pública o el concurso de méritos; y de forma excepcional a través del procedimiento de contratación directa, únicamente en los casos expresa y taxativamente previstos en la Ley.

**CONTRATO ESTATAL - Objetivo**

En efecto, siendo el contrato estatal el instrumento por excelencia de la administración para garantizar la prevalencia del interés general y procurar la satisfacción de las necesidades públicas, no puede admitirse como válido que el procedimiento contractual adelantado para su celebración no busque la satisfacción de esos intereses generales o lo que es lo mismo, que éste motivado por intereses, factores o consideraciones de tipo subjetivo.

**PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Transgresión**

Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que la administración para seleccionar al contratista adelanta un procedimiento diferente al previsto en la ley para el contrato que pretende celebrar motivada por intereses de carácter subjetivo, es evidente que en éste caso se estaría transgrediendo el principio de transparencia en la actividad contractual del Estado, pues se estaría dejando a la voluntad exclusiva de la administración el procedimiento a seguir y la selección del contratista.

**SELECCIÓN DE CONTRATISTAS - Carácter**

Pero además, es de resaltar en éste punto que las normas que regulan los procedimientos de selección de los contratistas son de orden público y de obligatorio cumplimiento por parte de sus asociados, razón por la cual la administración al seleccionar el contratista deberá adelantar el procedimiento previsto expresamente en la Ley para el contrato o negocio jurídico que pretende celebrar y exclusivamente para el cumplimiento de sus finalidades, so pena de que al no hacerlo vicie de nulidad absoluta del contrato celebrado con ocasión del mismo.

**CONTRATO DE OBRA - Principio de prevalencia - Interés general sobre el particular**

Corolario de lo que hasta aquí se ha expresado es que si, por ejemplo, una Entidad Estatal para celebrar un contrato de obra eludiendo el procedimiento previsto en la Ley para éste tipo de contratos y transgrediendo el principio de prevalencia del interés general sobre el particular, es evidente que en ésta hipótesis se estaría vulnerando el principio de transparencia y el contrato celebrado con ocasión del mismo estaría viciado de nulidad absoluta por desviación de poder.

**PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA - Transgresión**

Ahora, no se pierda de vista que el deber de selección objetiva se infringe, no solamente cuando se eluden los procedimientos que la ley establece para la escogencia del contratista, sino también cuando, a guisa de ejemplo, en la selección se involucran los intereses personales del funcionario, o hay extralimitación u omisión de su parte en el proceso selectivo.

**NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Término**

Por consiguiente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos.

**PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA - Término**

Es de precisar en éste punto que el término de prescripción extraordinaria era de 20 años porque así lo disponía el artículo 2532 del C. C., en la redacción que le había dado el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, sin embargo, éste se redujo a 10 años en virtud de la Ley 791 de 2002, que entró a regir el 27 de diciembre de 2002.

**CONTRATACIÓN ESTATAL - Reconocimiento - Pago de prestaciones**

Sin embargo, debe reiterarse, que, en materia de contratación del Estado, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícita es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado, como lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 en su inciso final

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente:** **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., quince (15) de diciembre del dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 76001-23-31-000-2007-01419-01(55102)**

**Actor: PILOTAJE Y CONSTRUCCIONES DEL PACÍFICO - PILCO LTDA.**

**Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)**

Contenido: Descriptor: Se declara de oficio la nulidad absoluta del contrato de concesión con fundamento en la causal del No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Restrictores: Interpretación, calificación e integración de los contratos del Estado/ Elementos del contrato o negocio jurídico/ El contrato de prestación de servicios/El contrato de obra/ El principio de selección objetiva del contratista/ El principio de transparencia en el marco de la actividad contractual del Estado/ La nulidad absoluta del contrato estatal por la pretermisión del procedimiento previsto en la ley para su celebración/La posibilidad de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato suscrito/Las Restituciones mutuas.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 18 de diciembre de 2014 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. **ANTECEDENTES.**

**1. Lo pretendido.**

El 6 de noviembre de 2007[[1]](#footnote-1) la **Sociedad Pilotaje y Construcciones del Pacífico Ltda. – Pilco Ltda.-** presentó demanda contra la **Nación- Ministerio de Defensa – Base Naval de la Armada Nacional** solicitando que se declarara que el contrato No. 2-146-S ADBN2/2004 suscrito entre aquella y la Base Naval ARC Málaga era un contrato de obra pública y no un contrato de prestación de servicios cómo equivocadamente lo determinaron las partes.

Pide también, que se declare que se rompió el equilibrio económico del contrato No. 2-146-S ADBN2/2004 por la falta de previsión de la Armada Nacional al elaborar los términos y condiciones de referencia y al celebrar y ejecutar el contrato.

Solicita, como consecuencia de las anteriores declaraciones que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las sumas de $72´372.831, por concepto de los sobrecostos causados por la ejecución de obras adicionales; de $157´144.500, por concepto de costos de personal; de $647´320.000; por concepto de costos de disponibilidad de equipos del contratista; de $188´000.000, a título de costos de disponibilidad de quipos de la Armada Nacional; de $230´424.829, por concepto de costos varios; de $1.627´143.969, a título de costos directos; de $455´600.311, por concepto del A.I.U del 28%; de $333´239.084, por concepto del I.V.A. del 16%; y de $458´960.576, por concepto de los intereses moratorios causados a la tasa del 12% desde el 30 de octubre de 2007.

Estima la cuantía total del proceso en la suma equivalente a $2.545´145.012.

Pide además que se condene en costas a la demandada.

**2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.**

El 8 de agosto de 2004 el Comandante de la Base Naval ARC Málaga realizó una invitación pública con el objeto de contratar mediante el procedimiento de contratación directa la “*Adecuación del Varadero”* de la Base Naval ARC de Málaga conforme a los planos y especificaciones suministrados por ésta.

El varadero se encontraba conformado por dos tipos de estructuras, unas terrestres que se podrían cubrir de agua periódicamente por el efecto de las mareas y otras marítimas que se encontrarían de forma permanente bajo el agua.

En los términos de referencia se estableció que la Base Naval ARC de Málaga le suministraría al contratista los elementos para la construcción de las diferentes estructuras del varadero, tales como pilotes, vigas principales, carrileras (longitudinales), vigas riostras (transversales), gorros metálicos y tornillos pasantes y a su vez que éste realizaría las labores de perforación en el fondo del lecho marino y posterior instalación de pilotes y vigas.

El 19 de agosto de 2004 la Sociedad demandante presentó sus observaciones frente a los términos de referencia, alegando, entre otros aspectos, que el plazo inicialmente convenido no resultaba suficiente para ejecutar la totalidad de las obras objeto del contrato y que en su esencia éste era un contrato de obra y no uno de prestación de servicios como equivocadamente lo había denominado la contratante.

El 20 de agosto de 2004 la contratante dio respuesta a las observaciones presentadas, señalando que contrario a lo que afirmaba la Sociedad Pilco Ltda., el contrato sí se podía ejecutar dentro del plazo inicialmente convenido y allegando las pruebas técnicas suficientes para justificar su afirmación y reiterando que la naturaleza del contrato suscrito no era de obra, sino de prestación de servicios.

El 31 de agosto de 2004 se le adjudicó la invitación pública a la Sociedad Pilco Ltda. Y el 2 de septiembre de 2004 se celebró entre ésta y la Base Naval ARC Málaga el contrato No. 2-146-S, ADBN2/2004 por virtud del cual ésta se obligó a “*ejecutar* [en favor de ésta] *el servicio relacionado con: el proyecto de adecuación del Varadero de la Base Naval ARC Málaga de acuerdo con los planos suministradas por la Base Naval ARC Málaga y contenidas en los términos de referencia publicados en la página web del Ministerio de Defensa, a los precios unitarios y en los términos que señala este contrato y de conformidad con la propuesta presentada por el contratista, que forman parte integrante del presente contrato, como se define en el siguiente cuadro de presupuesto”.*

Como precio inicial del contrato se fijó la suma total equivalente a $329´798.928,63 y se acordó el pago del I.V.A. en un porcentaje equivalente al 16%, propio de los contratos de prestación de servicios, sin incluir en éste los valores por concepto del A.I.U. propios de la ejecución de contratos de obra.

Como plazo inicial del contrato se convino el término de cincuenta (50) días contados a partir de la suscripción del acta de iniciación de las obras, condicionándose su suscripción a la realización de 2 perforaciones con el objeto de verificar si la maquinaria cumplía con las exigencias del pliego de condiciones.

Dicho plazo se extendió hasta el 15 de noviembre de 2005 mediante la suscripción de los contratos modificatorios Nos. 001/2-146-S ADBN2/2004, el No. 002/2-146-S ADBN2/2004, el No. 003/2-146-S ADBN2/2004, el No. 004/2-146-S ADBN2/2004, el No. 2-146-S ADBN2/2004 y el No. 2-146-S ADBN2/2004.

Dice que si bien en diversas oportunidades le advirtió a la accionada sobre los graves inconvenientes presentados en la ejecución de las obras, los sobrecostos por la ejecución de obras adicionales y que incluso le propuso dar por terminado y liquidar el contrato suscrito, la contratante siempre se negó a ello y a reconocer las sumas por concepto del desequilibrio económico ocasionado.

En la ejecución del contrato se presentaron circunstancias que ocasionaron un desequilibrio económico que se concretan en: i) sujetar su suscripción a la realización de unas obras adicionales para verificar las condiciones de la maquinaria; ii) extender el plazo inicialmente convenido en más de 14 meses más; iii) la falta de precisión de la contratante para determinar el tipo de suelo y material rocoso en la zona objeto de las obras en los términos de referencia; iv) La no realización de las labores de dragado a cargo de la Base Naval; v) la Ejecución de obras adicionales no canceladas; vi) Los sobrecostos por concepto de mantenimiento de maquinaria no reconocidos; vii) la dificultad en la ejecución de las operaciones de tipo marino; vii) las irregularidades presentadas en los materiales suministrados por la accionada, entre otros.

El 11 de enero de 2006 Pilco Ltda. solicitó el reconocimiento de los sobrecostos causados por el desequilibrio económico del contrato, petición que fue negada expresamente por la contratante a través del Oficio No. G-004/2006 CBN2-023,

Manifiesta que en la audiencia de conciliación extrajudicial la Base Naval ARC de Málaga propuso una fórmula conciliatoria por un valor equivalente a $34´944.404,83, con lo que tácitamente estaría reconociendo que con su conducta originó un desequilibrio económico del contrato suscrito.

Reitera que la imprevisión de la accionada para prever las circunstancias materiales y naturales que dificultaron la ejecución de las obras objeto del contrato generaron un desequilibrio económico que le causó graves pérdidas las cuales debían serle resarcidas conforme a lo dispuesto en los artículos 4º,5º, 25 y 27 de la Ley 80 de 1993 y que según lo dispuesto en el No. 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 el contrato suscrito era de obra pública y no de prestación de servicios.

**3. El trámite procesal.**

Admitida que fue la demanda[[2]](#footnote-2) y noticiada la demandada Nación - Ministerio de Defensa - Armada Nacional Base Naval ARC Málaga del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y ésta no la contestó por ser extemporánea[[3]](#footnote-3)

Después de decretadas[[4]](#footnote-4) y practicadas las pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión[[5]](#footnote-5), oportunidad que sólo fue aprovechada por las partes.

**II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.**

En sentencia del 18 de diciembre de 2014 el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, pues declaró que el contrato No. 2-146-S ADBN2/2004 del 2 de septiembre de 2004 suscrito entre Pilco Ltda.- y la Base Naval de la Armada Nacional de Málaga era un contrato de obra pública y no de prestación de servicios, condenó a la accionada al pago de la suma equivalente a $50´351.846 y negó los restantes pedimentos de la demanda.

Para adoptar éstas decisiones expuso las siguientes razones:

Hace referencia a los numerales 1º y 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y trae a cuento una sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 18 de marzo de 2010 bajo el radicado No. 14.390, para luego concluir que según lo convenido por las partes en el contrato No. 2-146-S ADBN2 de 2004 y los términos de referencia se lograba evidenciar que el contrato suscrito era de obra pública y no de prestación de servicios como equivocadamente lo denominaron las partes, pues se encontraba dirigido a la ejecución de actividades materiales, más no a la ejecución de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la Armada Nacional.

Agrega que la naturaleza jurídica del contrato o negocio jurídico no se veía determinada por la calificación o denominación que las partes le otorgaran al momento de suscribirlo, sino por la calificación que le otorgara la ley conforme a la voluntad de las partes.

Niega la pretensión relativa al restablecimiento del equilibrio económico del contrato al señalar que en el presente asunto la actora no había logrado demostrar la imprevisibilidad de la circunstancia que alegó como generadora del desequilibrio, uno de los elementos necesarios para que se abriera paso su reconocimiento.

En efecto, encontró demostrado que en el documento a través del cual se describió el proyecto para la adecuación de la Base Naval Bahía Málaga la contratante había precisado que el terreno objeto de las obras era rocoso, de alta dureza y resistencia y que estaba compuesto por *“limolita y micrita fosilífera”,* razón por la cual contrario a lo que afirmaba el perito Carlos Hernán Jiménez en su experticia y la contratista, ésta sí tenía conocimiento de las dificultades del terreno previamente a la suscripción del contrato.

Además, desde que la contratista realizó las 2 perforaciones de prueba su maquinaria sufrió graves averías, con lo que también se lograba demostrar que ésta tuvo conocimiento de las dificultades del terreno previamente a la celebración del contrato y aun así decidió continuar con su ejecución, asumiendo su responsabilidad.

Si bien las dificultades presentadas en el terreno objeto de las obras dieron lugar a que se extendiera el plazo de ejecución inicialmente convenido, esa circunstancia no resultaba atribuible a la accionada, pues la demandante no demostró la imprevisibilidad de las condiciones del terreno.

Por último, ordena la liquidación judicial del contrato estableciendo un saldo a favor de la Sociedad Pilco Ltda. y en contra de la Nación- Ministerio de Defensa- Armada Nacional la suma equivalente a $35´870.990, la que actualizada arrojó un valor de $50´351.846.

**2.1. Salvamento de Voto.**

Contra lo así resuelto la Magistrada Zoranny Castillo Otalora Salvó su voto frente a la decisión adoptada por la mayoría de la Sala argumentando que en el presente asunto lo procedente no era proferir una sentencia de fondo, sino declarar la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, para lo cual expuso las siguientes razones:

Las partes al celebrar un contrato que siendo en esencia de obra pública bajo la modalidad de prestación de servicios eludieron las normas que regulan la celebración, perfeccionamiento y ejecución de esa tipología de contratos, vulnerando con ello los principios que rigen el ejercicio de la función pública y la actividad contractual.

Dice que teniendo en cuenta la calidad, trayectoria y especialidad de las partes en el presente asunto, era evidente que el contrato suscrito no era más que un *“artilugio”* utilizado por éstas para eludir el procedimiento que se debía adelantar para la celebración de un contrato de obra pública, lo que se demostró mediante el Oficio No. 0659 del 20 de agosto de 2004 a través del cual éstas optaron por la modalidad de contratación directa y en razón a su cuantía.

No se explica cómo las partes convinieron un precio inicial tan bajo para posteriormente incrementarlo en más de un 840% y un plazo de ejecución inicial de 50 días para luego extenderlo a más de 18 meses.

En el presente asunto se configuró una causal de nulidad absoluta del contrato No. 2-146-S, ADBN2/2004 por objeto ilícito, pues las partes al contratar la adecuación del Varadero Bahía Málaga bajo la modalidad de prestación de servicios y mediante el procedimiento de contratación directa cuando lo procedente, atendiendo a la naturaleza y cuantía de la obra era adelantar un procedimiento licitatorio, vulneraron normas de orden público que no podían ser modificadas por su acuerdo particular, razón por la cual lo procedente era declarar de oficio su nulidad y compulsar copias a los organismos de control para lo de su competencia.

Por último, señaló que si bien al trasladar los asuntos del Despacho a su cargo al del Magistrado Fernando Augusto García Muñoz se derrotó la ponencia por ésta presentada inicialmente, la sentencia que la reemplazó debía tener la fecha actual y no la del proyecto que había sido derrotado, debía darse cumplimiento al requisito de registro y debía ser discutida por la nueva Sala escritural, ello conforme al artículo 56 de la Ley 270 de 1996 y el Acuerdo No. 209 de 1997.

**III EL RECURSO DE APELACIÓN.**

Contra lo así resuelto la demandada Nación- Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional instauró el recurso de apelación con fundamento en los siguientes argumentos:

Dice que no hubo falta de previsión, que la contratista conocía las condiciones técnicas, jurídicas y económicas en las que ejecutaría el contrato, así como también las condiciones del terreno; que fueron las mismas partes quienes analizaron y determinaron los beneficios y los riesgos que asumirían y que sí bien determinó que el contrato a suscribir era de prestación de servicios, la contratista no formuló objeción alguna frente a esa determinación durante la ejecución del contrato.

Señala que si bien el Tribunal le ordenó cancelar en favor de la contratista los mayores valores retenidos por concepto del IVA del 16%, teniendo en cuenta que en cumplimiento de sus obligaciones tributarias canceló esos valores a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, lo procedente en el presente asunto es que la contratista presente la solicitud de devolución de los dineros respectivos, para lo cual trae a cuento una sentencia proferida por la Sección Cuarta de ésta Corporación en 30 de septiembre de 2013.

Pero además, se demostró que desde la etapa precontractual la contratista supo que se le iba a cobrar el IVA al 16%, que ésta aceptó su cobro mediante el Oficio por el cual presentó su propuesta y que los valores por dicho concepto no fueron contemplados como costo directo en las actividades.

Si bien al contrato suscrito se le denominó de prestación de servicios y no de obra, todos los costos considerados por la contratista en su propuesta para la ejecución del objeto se contemplaron en el análisis de precios unitarios, costos de administración (13%) utilidad (7%) e imprevistos (8%).

Reitera que en presente asunto la contratista no demostró el desequilibrio económico del contrato, ni mucho menos que las circunstancias que alegó como generadoras del mismo, fueran imprevisibles, irresistibles y sobrevinientes.

Dice que según el estudio elaborado por la Dirección de Ingenieros de la Armada, los Abogados de la jefatura de Administración y Logística de la Armada, la Supervisora de la Obra y el Comandante del Astillero, por concepto de obras adicionales sólo se deben reconocer los costos del concreto utilizado en la construcción de las zapatas auxiliares y los derivados de la construcción del pilote 15B y por concepto de la mayor permanencia en la obra derivada de la realización de la reunión de uñitas, el incidente del carro acuña y la demolición del lecho marino se deben reconocer los costos de transporte, alimentación de un día costos de personal y utilización de equipos (Topografía, compresor y martillo) ´

Agrega que en obras adicionales la contratista incluyó costos por la ejecución de obras originadas en errores de construcción imputables a ella, otros por obras ya canceladas conforme al APU y otros por obras cuya ejecución no había sido solicitada ni autorizada por la contratante y que se presentan inconsistencias en los Oficios del 11 de enero y el 27 de julio de 2005 en cuanto a la cuantificación de los costos derivados de algunas actividades.

Con base en lo expuesto, la apelante solicita que se revoque la sentencia apelada y que en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

**IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio Público guardó silencio en ésta instancia.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada previas las siguientes:

**V. CONSIDERACIONES.**

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** Interpretación, calificación e integración de los contratos del Estado; **2)** Elementos del contrato o negocio jurídico; **3)** El contrato de prestación de servicios en el marco de la actividad contractual del Estado; **4)** El contrato de obra en el marco de la actividad contractual del Estado; **5)** El principio de selección objetiva del contratista; **6)** El principio de transparencia en el marco de la actividad contractual del Estado; **7)** La nulidad absoluta del contrato estatal por la pretermisión del procedimiento previsto en la ley para su celebración; **8)** La posibilidad de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato de concesión suscrito; **8.1)** Las Restituciones mutuas; **9)** Los hechos probados; **10)** La solución del caso concreto.

1. **Interpretación, calificación e integración de los contratos del estado.**

Ya en anteriores ocasiones ésta subsección había tenido la oportunidad de señalar al respecto:

“*Cuando se trata de establecer los derechos y las obligaciones que surgen en favor y a cargo de las partes en razón de un negocio jurídico, hay tres grandes labores que debe emprender el juzgador para la verificación correspondiente.*

*La primera es la interpretación del negocio jurídico celebrado que tiene por objeto fundamental constatar el acuerdo al que llegaron las partes, verificar los efectos que estos le señalaron a su convenio y la incorporación de estas comprobaciones al negocio.*

*La segunda es la calificación del negocio celebrado, que no es otra cosa que su valoración jurídica, esto es, determinar cuál fue el esquema negocial empleado por los disponentes, precisar las repercusiones jurídicas que de ese esquema se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo.*

*La tercera es la integración del negocio jurídico que consiste en incorporarle toda aquella regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes sino en la ley y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres como también se les llama.*

*En lo que atañe a la integración de la ley al contrato debe decirse que han de incorporarse no sólo las normas legales imperativas sino también las dispositivas, teniendo en cuenta que las primeras tienen que anidarse de manera ineludible e inmediata en el contrato, independientemente del querer de las partes, mientras que las segundas han de integrarse a falta de estipulación o de acuerdo en contrario de los contratantes, razón por la que en este último caso se dice que estas normas supletivas colman los vacíos dejados por los disponentes pero sólo aquellos que no puedan ni deban ser llenados con los criterios de la hermenéutica negocial, pues en este evento se estaría entonces frente a una labor de interpretación y no a una de integración contractual.*

*En síntesis, la precisión de los derechos y de las obligaciones que surgen en favor y a cargo de los contratantes supone que el juzgador realice las siguientes tareas fundamentales: interpretar el acto, valorarlo jurídicamente y finalmente integrarle todos los preceptos extranegociales que le correspondan.*

*Con otras palabras, el juez debe empezar por enterarse de qué fue lo que convinieron las partes (interpretar), proseguir con la valoración jurídica de lo pactado (calificando el acto, constatando los efectos jurídicos que de él se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo), para finalmente concluir con la integración de las disposiciones externas al contrato que le correspondan (normas imperativas, normas supletivas, principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos)(…)”*

Luego, sí lo que ocurre en un asunto es que las partes dicen celebrar un determinado contrato pero sus elementos esenciales en realidad estructuran otro, es al funcionario judicial al que le corresponderá llevar a cabo las labores de interpretación, calificación e integración de ese negoció jurídico, para así determinar su verdadera naturaleza.

1. **Elementos del contrato o negocio jurídico.**

En todo contrato, y en general en todo negocio jurídico, se distinguen *“las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales”* y son de la esencia aquellas *“sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente.”*[[6]](#footnote-6)

Esta previsión normativa, que no es otra cosa que la reproducción de la elaboración que hicieron los glosadores y los comentaristas a partir de la Metafísica de Aristóteles y que luego fue traída por Pothier[[7]](#footnote-7) nos indica y permite aseverar que la configuración de un negocio jurídico depende de que se reúnan, entre otras exigencias, aquellos elementos estructurales que se consideran como de su esencia.

Ahora, si la presencia de esos elementos esenciales son los que le dan el ser al respectivo negocio, obvio es concluir que su identificación como esquema negocial depende, más que del *nomen iuris,* del hallazgo y constatación de ellos.

En consecuencia, la celebración de un negocio jurídico no aparecerá demostrada si sólo se acredita que hubo un designio negocial respecto de una figura que únicamente se identifica por su nombre, o por éste y una parte de sus elementos esenciales, pero no se acredita que ese designio recayó sobre todos los elementos que lo estructuran e identifican aunque su *nomen iuris* no se mencione.

Con otras palabras, independientemente del nombre o denominación que las partes contratantes le den a un determinado contrato o negocio jurídico, son los elementos estructurales de éste los que en últimas van a determinar su verdadera naturaleza.

1. **El contrato de prestación de servicios en el marco de la actividad contractual del Estado.**

Según lo dispone el Numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato de prestación de servicios es aquel que tiene por objeto contratar el desarrollo de actividades de apoyo a la gestión de la Entidad contratante en relación con su funcionamiento o administración, que no comportan esencialmente el ejercicio de funciones públicas administrativas[[8]](#footnote-8).

También dispone que sólo podrán celebrarse con personas naturales en los eventos en los cuales las actividades a contratar requieran de conocimientos especializados o no puedan ser ejecutadas por personal de planta de la Entidad y en ningún evento pueden dar lugar a un contrato de carácter laboral.

Por su parte, el literal h) del artículo 24 del Estatuto contractual establece que el procedimiento a seguir para celebrar contratos de prestación de servicios profesionales, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, es el de contratación directa.

De ésta forma se entiende que en los contratos de prestación de servicios el contratista se obliga a ejecutar actividades encaminadas a fortalecer la gestión administrativa o el funcionamiento de las Entidades Públicas contratantes, dando el soporte o acompañamiento requerido por éstas para el cumplimiento de sus fines cuando éstas por sus propios medios no los pueden satisfacer o que por la complejidad o especialidad de sus actividades requieren de conocimientos especializados difíciles de obtener por sus propios medios o mecanismos.

De otra parte se encuentra que dentro de la tipología general del contrato de prestación de servicios existen varias modalidades a saber: i) El contrato de servicios profesionales propiamente dicho; ii) El contrato de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión; iii) Los que tienen por objeto la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a ciertas personas naturales o jurídicas; iv) los que tienen por objeto el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas.

Ya en anteriores oportunidades ésta Subsección ha señalado al respecto:

*“135.- En suma, las consideraciones centrales de esta providencia, en torno a las notas características y diferenciadoras de los contratos de prestación de servicios así como, inclusive, el contrato de consultoría, pueden ser recapituladas en los siguientes términos:*

|  |  |
| --- | --- |
| ***Tipo contractual*** | ***Especies contractuales y características.*** |
| ***Contrato de prestación de servicios.***  *Definición legal. Ley 80 de 1993. Artículo 32, numeral 3°.*  *Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.* | ***Contrato de prestación de servicios profesionales.***  *Su objeto está determinado por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad, tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, con conocimientos especializados siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas consideradas legalmente como profesionales. Se caracteriza por demandar un conocimiento intelectivo cualificado: el saber profesional.*  *Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación.* |
| ***Contrato de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión.***  *Su objeto contractual participa de las características encaminadas a desarrollar actividades identificables e intangibles. Hay lugar a su celebración en aquellos casos en donde las necesidades de la Administración no demanden la presencia de personal profesional.*  *Aunque también se caracteriza por el desempeño de actividad intelectiva, ésta se enmarca dentro de un saber propiamente técnico; igualmente involucra actividades en donde prima el esfuerzo físico o mecánico, en donde no se requiere de personal profesional.*  *Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación.* |
| ***Contrato de prestación de servicios para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.***  *Tienen lugar dentro de esta categoría los contratos de prestación de servicios que tengan por objeto la ejecución de trabajos artísticos, esto es, trabajos que corresponden al conjunto de creaciones humanas que expresan una especial visión del mundo, tanto real como imaginaria, y que sólo pueda celebrarse con determinadas personas naturales, lo que implica que el contratista debe ser un artista, esto es, una persona reconocidas como realizador o productor de arte o trabajos artísticos.* |
| ***Contrato de Consultoría*** | *Su objeto contractual está centrado hacia el desarrollo de actividades que implican el despliegue de actividades de carácter eminentemente intelectivo, pero presenta como particularidad sustantiva que tales esfuerzos están dirigidos, específicamente, al cumplimiento de ciertos cometidos expresamente definidos por el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; esto es, para la realización de estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control o supervisión. Se incluyen dentro de este tipo aquellos contratos que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programas y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.*  *Además de estos objetos contractuales, se incluyen allí aquellos que las demás disposiciones legales especiales (y reglamentarias) establezcan.* |

*”[[9]](#footnote-9).*

Corolario de todo lo que aquí se ha expuesto, se pueden señalar como elementos característicos del contrato de prestación de servicios los siguientes.

* Tienen por objeto el desarrollo de actividades de apoyo a la gestión de las Entidades Estatales en relación con su funcionamiento o administración.
* Pueden ser celebrados con personas naturales o jurídicas.
* Sólo pueden ser celebrados con personas naturales en los eventos en los cuales las actividades a contratar requieran de conocimientos especializados o no puedan ser ejecutadas por personal de planta de la Entidad.
* En ningún evento su celebración con una persona natural puede dar lugar a un contrato de carácter laboral.
* No puede celebrarse por un término indefinido, sino por el plazo que sea estrictamente necesario e indispensable para la Entidad Estatal para el cumplimiento de sus fines.
* La inclusión de cláusulas que permiten el ejercicio de potestades exorbitantes es de carácter potestativo.
* El procedimiento a seguir para los contratos celebrados para la prestación de i) servicios profesionales; ii) De trabajos artísticos; y iii) Para el desarrollo de actividades científicas, es el de contratación directa, sin perjuicio de cumplir con el deber de selección objetiva.

1. **El contrato de obra en el marco de la actividad contractual del Estado.**

En los términos del No. 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 los contratos de obra son aquellos que tienen por objeto la *“construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de la ejecución y pago…”.*

De ésta forma se entiende que el contrato de obra es un contrato por virtud del cual el contratista se obliga en favor de una Entidad Estatal a realizar todo tipo de actividades materiales sobre un determinado bien inmueble que puede ser de naturaleza pública o privada; que pueden consistir en construcción, mantenimiento, instalación, entre otras, cualquiera que sea su modalidad de ejecución y pago.

Es de precisar en éste punto que el listado de actividades allí enunciadas no es de carácter taxativo, por lo que se entiende que la administración al celebrar un contrato de obra tiene la potestad de convenir la ejecución de actividades materiales diferentes a las allí enunciadas[[10]](#footnote-10) conforme a sus necesidades[[11]](#footnote-11).

El procedimiento a seguir para celebrar éste tipo de contratos es el de la Licitación pública por no estar contenido en las excepciones previstas en los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, se pueden señalar como elementos característicos del contrato de obra los siguientes.

* Tienen por objeto la ejecución de actividades materiales sobre bienes inmuebles que pueden ser de naturaleza pública o privada[[12]](#footnote-12).
* Es típico, de carácter bilateral, oneroso, principal, solemne, sinalagmático y conmutativo[[13]](#footnote-13).
* Es de ejecución diferida en el tiempo[[14]](#footnote-14).
* En su celebración es la administración quién tiene la potestad de determinar la modalidad de ejecución y pago.
* Se debe designar un interventor el cual deberá ser contratado con una persona independiente de las partes contratantes.
* La inclusión de cláusulas que comporten el ejercicio de potestades excepcionales es de carácter obligatorio.
* El procedimiento a seguir para su celebración es el de licitación pública.

1. **El principio de selección objetiva del contratista.**

La selección objetiva prevista enel derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y hoy en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007[[15]](#footnote-15), alude a aquel principio conforme al cual la entidad deberá seleccionar el ofrecimiento que resulte más favorable a la Entidad y las finalidades que ésta busca en ejercicio de la actividad contractual, sin tener en cuenta ningún factor, interés o cualquier tipo de motivación subjetiva y conforme a las reglas, criterios o parámetros y reglas previamente establecidos tanto en la Ley, cómo en el pliego de condiciones.

La disposición a la que se alude también dispone que el *“ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido”* y que *“el administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.”*

De ésta forma, se entiende que la favorabilidad en la propuesta no sólo hace referencia a que la administración adopte su decisión de adjudicación desprovista de todo tipo de afecto, interés o motivación subjetiva, sino también a que esa propuesta sea la más favorable a sus intereses, teniendo en cuenta tanto los factores de escogencia que ella misma ha establecido previamente en los respectivos pliegos de condiciones, como las reglas de procedimiento consagrado en la Ley para la tipología del contrato que se pretende celebrar.

Así las cosas, la objetividad en la elección de un contratista en cualquier proceso de selección que se trate, hace parte integral del principio de interés general, pues por medio de éste lo que se busca es seleccionar la propuesta que sea más favorable para la satisfacción de los intereses colectivos, siendo improcedente tener en cuenta alguna consideración de tipo subjetivo.

Luego, si lo que se busca mediante el principio al que se alude es la selección de la propuesta más favorable para la satisfacción de las necesidades o finalidades estatales, es evidente que para que la administración así pueda determinarlo debe realizar un ejercicio comparativo entre las diversas propuestas presentadas, para lo cual debe fijar, previamente, reglas claras, objetivas y completas que permitan el libre acceso al proceso de selección de todos aquellos sujetos interesados en contratar con ella en condiciones de igualdad y libre competencia.

Por otro tanto, el principio de selección objetiva guarda una estrecha relación con el principio de transparencia, que implica, entre otras cosas, la garantía de que la administración al seleccionar el contratista seguirá el procedimiento o modalidad de selección previsto en la Ley para la tipología del contrato que pretende celebrar, que actuará de forma imparcial y objetiva, sujetándose a las reglas, criterios, factores y objetivos previamente establecidos en la norma y en los pliegos de condiciones y no procederá de forma oculta, arbitraria o movida por intereses, factores o motivaciones subjetivas[[16]](#footnote-16).

Y es que si no se sigue el procedimiento previsto en la ley para la tipología de contrato que se pretende celebrar se vulnera tanto el principio de selección objetiva, como el principio de transparencia, pues se estaría dejando a la voluntad exclusiva de la administración tanto el procedimiento a seguir para cada contrato que pretenda celebrar, como la selección del contratista.

Otro de los factores que inciden en el principio de selección objetiva es el del precio del mercado, que es uno, aunque no el único, que deben tener en cuenta las entidades estatales al celebrar el contrato, pues éstas al definir el costo real del negocio proyectado, es decir el valor de las cosas o servicios que se van a contratar teniendo en cuenta las diversas variables tales como cantidad, calidad especialidad, momento, lugar, etc., lo que procuran es que no se pague más ni menos de lo que verdaderamente cuestan para ajustarse así a la conmutatividad objetiva que de acuerdo con el artículo 28 de la ley 80 de 1993 debe imperar en el contrato estatal[[17]](#footnote-17).

Corolario de lo que hasta aquí se ha expresado es que si, por ejemplo, una entidad estatal adelanta un proceso de contratación directa para celebrar un contrato que en su esencia es de obra pública, es evidente que en ese contrato no se cumplió con el deber de selección objetiva, pues indudablemente no se siguió el procedimiento consagrado en la ley para seleccionar el ofrecimiento que era más favorable a la Entidad para el cumplimiento de sus fines.

1. **El principio de transparencia en el marco de la actividad contractual del Estado.**

El principio de transparencia persigue, fundamentalmente, que la administración al seleccionar el contratista adelante el procedimiento previsto en la Ley para el determinado contrato o negocio jurídico que pretende celebrar en condiciones de igualdad y sin tener en cuenta alguna consideración, factor o requisito de tipo subjetivo.

Con éste principio lo que se garantiza es que la administración seleccione a sus contratistas conforme al procedimiento previamente definido y estructurado por la ley y con sujeción a los principios de igualdad, economía, responsabilidad, desprovista de todo factor o consideración de tipo subjetivo y exclusivamente para el cumplimiento de sus fines.

Según lo dispone el artículo 24 de la Ley 80 de 1993[[18]](#footnote-18) la selección de los contratistas deberá realizarse, por regla general, mediante el procedimiento de Licitación pública o el concurso de méritos; y de forma excepcional a través del procedimiento de contratación directa, únicamente en los casos expresa y taxativamente previstos en la Ley[[19]](#footnote-19) para ello.

Por su parte, el No. 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 le prohíbe expresamente a las autoridades que intervengan en la actividad contractual actuar con abuso o desviación de poder y eludir los procedimientos de selección objetiva previamente definidos en la Ley para cada tipología de contrato.

Y ello es así porque la actividad contractual del Estado se encuentra encaminada fundamentalmente a garantizar la prevalencia de los intereses generales y la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos, razón por la cual quién adelanta un procedimiento contractual desconociendo esas finalidades primordiales incurrirá en desviación de poder y en consecuencia el contrato celebrado con ocasión del mismo estará viciado de nulidad absoluta.

En efecto, siendo el contrato estatal el instrumento por excelencia de la administración para garantizar la prevalencia del interés general y procurar la satisfacción de las necesidades públicas, no puede admitirse como válido que el procedimiento contractual adelantado para su celebración no busque la satisfacción de esos intereses generales o lo que es lo mismo, que éste motivado por intereses, factores o consideraciones de tipo subjetivo.

Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que la administración para seleccionar al contratista adelanta un procedimiento diferente al previsto en la ley para el contrato que pretende celebrar motivada por intereses de carácter subjetivo, es evidente que en éste caso se estaría transgrediendo el principio de transparencia en la actividad contractual del Estado, pues se estaría dejando a la voluntad exclusiva de la administración el procedimiento a seguir y la selección del contratista.

Pero además, es de resaltar en éste punto que las normas que regulan los procedimientos de selección de los contratistas son de orden público y de obligatorio cumplimiento por parte de sus asociados, razón por la cual la administración al seleccionar el contratista deberá adelantar el procedimiento previsto expresamente en la Ley para el contrato o negocio jurídico que pretende celebrar y exclusivamente para el cumplimiento de sus finalidades, so pena de que al no hacerlo vicie de nulidad absoluta del contrato celebrado con ocasión del mismo.

Corolario de lo que hasta aquí se ha expresado es que si, por ejemplo, una Entidad Estatal para celebrar un contrato de obra eludiendo el procedimiento previsto en la Ley para éste tipo de contratos y transgrediendo el principio de prevalencia del interés general sobre el particular, es evidente que en ésta hipótesis se estaría vulnerando el principio de transparencia y el contrato celebrado con ocasión del mismo estaría viciado de nulidad absoluta por desviación de poder.

1. **La nulidad absoluta del contrato estatal por la pretermisión del procedimiento previsto en la ley para su celebración.**

Tal como se señaló en líneas precedentes la pretermisión del procedimiento previsto en la ley para seleccionar al contratista comporta la transgresión de los principios de transparencia y selección objetiva y a su vez da lugar a la configuración de la causal de nulidad absoluta del contrato prevista en el No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es, cuando se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal.

Al respecto, ya en anteriores oportunidades ésta Subsección había señalado al respecto que:

*“El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional[[20]](#footnote-20) o con abuso o desviación de poder.[[21]](#footnote-21)*

*Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita,[[22]](#footnote-22) razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.*

*En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso.*

*En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato.*

*Si lo primero, es decir no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo segundo, esto es se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder (…)”[[23]](#footnote-23)* (Subrayado fuera de texto)

Sin embargo, a pesar de la claridad de lo expuesto, ha venido surgiendo la discusión relacionada con la causal de nulidad que se configura cuando la administración pretermite el procedimiento de selección previsto en la Ley, según el tipo contractual, pues hay quienes argumentan, con fundamento en lo que se acaba de citar, que en tal evento se configuraría siempre la causal 3ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que pretermitir el procedimiento legalmente previsto, implica faltar al deber de selección objetiva y por ende actuar con abuso o desviación de poder.

Pues bien, teniendo en cuenta que sobre este punto se han suscitado diversos entendimientos, sea ésta la oportunidad para precisar el asunto, habida cuenta de que su definición tiene una gran repercusión jurídica.

Recuérdese que de tiempo atrás[[24]](#footnote-24) esta corporación ha expresado que para que se configure la causal de nulidad prevista en el No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal, es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una norma imperativa conduce a estructurar esta precisa causal, aunque, por supuesto, habrá de configurar otra, por la elemental razón de que las normas imperativas no son solamente las que expresamente prohíben, sino también las que mandan.

En consecuencia, por regla general, si se desacata una norma que manda, es decir una que contiene una prohibición genérica o implícita del estatuto contractual, o, lo que es lo mismo, una norma que imperativamente ordena aunque no prohíbe expresamente, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero, la causal no será la enlistada en el No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sino una diferente según el caso.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el No. 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 contiene la prohibición expresa de eludir los procedimientos previstos en la Ley para seleccionar al contratista, es evidente que, por regla general, la elusión o cambio de tales procedimientos debe ser fulminado con la nulidad absoluta del contrato, con fundamento en la causal prevista en el No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, más no la prevista en el No. 3º, como equivocadamente se ha pretendido sostener en algunas oportunidades, puesto que tal comportamiento es sencillamente la celebración del contrato contra expresa prohibición legal.

Ahora, no se pierda de vista que el deber de selección objetiva se infringe, no solamente cuando se eluden los procedimientos que la ley establece para la escogencia del contratista, sino también cuando, a guisa de ejemplo, en la selección se involucran los intereses personales del funcionario, o hay extralimitación u omisión de su parte en el proceso selectivo.

Luego, en cada caso habrá que determinarse si el comportamiento de la administración, por conducto del funcionario, implicó la violación de una norma imperativa que expresamente prohibía o de una que mandaba sin prohibir de manera expresa, para de allí deducir si el contrato se celebró contra expresa prohibición legal o constitucional, en el primer caso, o con abuso o desviación de poder, en el segundo.

Pero además, debe tenerse presente que es factible que la elusión de los procedimientos selectivos sea el resultado de la decidida intención del respectivo funcionario, lo cual debe aparecer debidamente demostrado, caso en el cual, como está involucrada una cuestión subjetiva que no es otra que la intención desviada o abusiva de la administración, la causal es la 3ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual debe ser el juez quien determine esa intencionalidad que contamina de nulidad absoluta el contrato, ya que como el dolo no se presume, mal podría dejarse en manos de la administración semejante valoración.

Con otras palabras, aún en los casos en que se omiten los procedimientos de selección del contratista, para efectos de determinar cuál causal de nulidad absoluta se configura, si la 2ª o la 3ª del artículo 44 de la ley 80 de 1993, habrá que indagar si aparece algún asomo de prueba que indique la intencionalidad de la omisión, pues en este caso, por estar envuelta esta situación subjetiva, es el juez quien debe constatarla, calificarla y establecer las consecuencias, y por esta razón la administración no puede terminar unilateralmente el contrato argumentando que advierte ese hecho como causal de nulidad absoluta, pues si pudiera hacerlo estaría asumiendo una función jurisdiccional que no tiene, razones todas estas que explican el por qué en tal hipótesis se configura la causal 3ª y no 2ª.

En síntesis, la causal 2ª se configura cuando se omiten los procedimientos que la ley establece para la selección del contratista y además no aparece indicio de la intencionalidad del funcionario dirigida a pretermitirlos.[[25]](#footnote-25)

1. **La posibilidad de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato de obra suscrito.**

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes.[[26]](#footnote-26)

La posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad, si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo, es reiterada por el artículo 87 del C. C. A. en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

La nulidad absoluta no puede sanearse por ratificación de las partes, dice el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

El artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en la nueva redacción que le dio al artículo 1742 del C. C., expresa que la nulidad absoluta se sanea *“en todo caso”* por prescripción extraordinaria.

Por consiguiente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos.

Es de precisar en éste punto que el término de prescripción extraordinaria era de 20 años porque así lo disponía el artículo 2532 del C. C., en la redacción que le había dado el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, sin embargo, éste se redujo a 10 años en virtud de la Ley 791 de 2002, que entró a regir el 27 de diciembre de 2002.

No obstante, el artículo 94 del Código General del Proceso[[27]](#footnote-27) establece que *“La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado. (…)”.*

* 1. **Restituciones mutuas.**

En lo relativo a los efectos de la declaratoria judicial de nulidad de un contrato, debe preverse que conforme a la ley ella tiene la virtualidad de eliminar del mundo jurídico el contrato, de extinguir todas las obligaciones de él derivadas (C.C., art. 1625) y de retrotraer la situación de las partes al estado en que se encontrarían, como si el contrato no hubiera existido.

Al efecto, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo, en el siguiente sentido:

*“Artículo 48º.- De los Efectos de la Nulidad La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.*

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

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

Ahora bien, dentro del régimen de derecho común, como regla general, el artículo 1746 del Código Civil establece que la nulidad del contrato declarada mediante sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada *“da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o la causa ilícita”*

Entonces, debe afirmarse que por regla general en el régimen del Derecho privado la declaratoria de nulidad da lugar a las restituciones mutuas, aunque, a diferencia de lo establecido por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, como regla de excepción, el artículo 1525 del Código Civil, dispone que no es posible repetir lo que se ha dado o pagado en razón de un objeto o causa ilícitas, a sabiendas[[28]](#footnote-28); prohibición que no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por estas causas.

Sin embargo, debe reiterarse, que en materia de contratación del Estado, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícita es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado, como lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 en su inciso final.

Luego, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago y ello ocurriría, por ejemplo, cuando en un contrato que es nulo por suscribirse con abuso o desviación de poder, la obra contratada fue más allá de lo acordado sin permiso de la entidad contratante, de tal manera que, el interés público sólo se obliga en la medida pactada, en virtud de que el servicio público finalmente se prestó en la proporción acordada.

En conclusión, declarada la nulidad del contrato habrá lugar a las restituciones mutuas, si la causa de la nulidad no deviene de un objeto o causa ilícitos, a sabiendas, aunque, por supuesto, cuando nada se ha dado o pagado en razón del contrato nulo, no hay lugar a considerar y a resolver sobre las eventuales restituciones mutuas.

1. **Los hechos probados y que son relevantes para resolver el asunto que ahora se somete a decisión.**

En el presente asunto la Sociedad actora pretende que se declare que el contrato No. 2-146-S ADBN celebrado entre ésta yla Base Naval de la Armada Nacional de Málaga el 2 de septiembre de 2004 era un contrato de obra y no de prestación de servicios como equivocadamente lo denominaron; que se declare que se presentó un desequilibrio económico del contrato y que en consecuencia se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los sobrecostos que le fueron ocasionados.

Para resolver el asunto que ahora se somete a decisión, la Sala procederá a precisar en primer lugar cual es la verdadera naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las partes conforme a lo acordado por éstas en el mismo y en segundo lugar procederá a determinar sí el contrato suscrito se encuentra ajustado a derecho y de no ser así señalara las consecuencias derivadas de esa vulneración.

En el asunto que aquí se revisa por vía de la apelación se encuentra que mediante el documento de *“solicitud de oferta No. 022”* del 8 de agosto de 2004 el comandante de la Base Naval ARC Málaga realizó una invitación pública para contratar un Proyecto para la adecuación del Varadero de la Base Naval ARC Málaga hasta por la suma de $330´000.000,00 (Fols. 8 a 15 del C. No. 1).

A través del acta de adjudicación *“Por la cual se adjudica una Contratación Directa”* del 31 de agosto de 2004 el Comandante de la Base Naval ARC de Málaga le adjudica el contrato a la Sociedad Pilco Ltda. (Fols. 47 y 48 del C. No. 1).

El 2 de septiembre de 2004 se celebró entre la demandante y la demandada el contrato No. 2-146-S- ADBN2/2004 por virtud del cual el contratista se obligó en favor de la demandada a “*EJECUTAR PARA LA BASE NAVAL ARC MÁLAGA, EL SERVICIO RELACIONADO CON: EL PROYECTO DE ADECUACIÓN DEL VARADERO DE LA BASE NAVAL ARC MÁLAGA DE ACUERDO CON LOS PLANOS Y ESPECIFICACIONES SUMINISTRADAS POR LA BASE NAVAL ARC MÁLAGA Y CONTENIDAS EN LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA PUBLICADOS EN LA PÁGINA WEB DEL MINISTERIO DE DEFENSA, A LOS PRECIOS UNITARIOS Y EN LOS TÉRMINOS QUE SEÑALA ESTE CONTRATO Y DE CONFORMIDAD CON LA PROPUESTA PRESENTADA CON EL CONTRATISTA, QUE FORMAN PARTE INTEGRANTE DEL PRESENTE CONTRATO…”* (Fol. 3 del C. No. 1).

En virtud del contrato la Sociedad contratista se obligó a realizar la prueba de perforaciones; la movilización y desmovilización de equipos; las perforaciones en roca; la instalación e hincada de pilotes prefabricados; la inyección de concreto Treme, el Trazado, localización, nivelación y topografía; la instalación de las carrileras; instalación de las vías riostras y; la instalación de rieles (Fol. 3 del C. No. 1).

En la **Cláusula Tercera** las partes convinieron un sistema de pago a precio global, por la suma inicial equivalente a $329´798.928,63 (Fol. No. 3 vto. del C. No. 1).

A través de la **Cláusula Quinta** del contrato las partes convinieron que la ejecución del contrato se sujetaría a la realización de una prueba consistente en la ejecución de 2 perforaciones en el lugar indicado por el supervisor del contrato por cinco (5) días y que en caso de ser satisfactoria el plazo de ejecución inicial del contrato sería de cincuenta (50) días contabilizados a partir de la suscripción del acta de iniciación de las obras (Fol. 3vto. del C. No. 1).

Dicho plazo se extendió mediante los contratos modificatorios Nos. 001/2-146-S ADBN2/2004 del 20 de noviembre de 2004 por 30 días más (hasta el 20 de diciembre de 2004) (Fol. 60 del C. No. 1); el No. 002/2-146-S ADBN2/2004 del 29 de enero de 2005, por 40 días más (hasta el 30 de enero de 2005) (Fol. 61 del C. No. 1); el No. 003/2-146-S ADBN2/2004 del 29 de enero de 2005, por 60 días más (hasta el 30 de marzo de 2005) (Fol. 62 del C. No. 1); el No. 004/2-146-S ADBN2/2004 del 29 de marzo de 2005, por 60 días más (hasta el 30 de mayo de 2005) (Fol. 63 del C. No. 1); “*sexta modificación al contrato de servicios”* del 27 de julio de 2005 (hasta el 30 de septiembre de 2005) (Fol. 65 del C. No. 1); *“séptima modificación al contrato de servicios”* del 27 de septiembre de 2005 (hasta el 15 de noviembre de 2005) (Fol. 65 del C. No. 1).

Mediante las **Cláusulas Decimasexta y vigésima** las partes convinieron la posibilidad de que la administración pudiera ejercer, respectivamente, las potestades excepcionales de caducidad y de interpretación, modificación y terminación unilaterales, en los términos de lo dispuesto en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993 (Fols. 5 y 6 vto. del C. No. 1).

Por medio del Oficio No. S/N del 19 de agosto de 2004 el Representante legal de la Sociedad contratista le solicita a la demandada que extienda el plazo inicialmente convenido, afirmando que los 45 días convenidos sólo serían suficientes para realizar las obras de perforación sin contar los días de traslado y alistamiento de equipos y señaló:

“*Por información de la Armada Nacional, este contrato de obra civil, ustedes lo están licitando por prestación de servicios, lo cual implica que se cobrará un IVA del 16% y se hará una retención en la fuente del 6% equivalente a dieciocho millones de pesos ($18´000.000). Nosotros sabemos que las retenciones en la fuente son un anticipo para los impuestos, y por lo general en las empresas de construcción hay sobrante de retenciones. En el 99% de los casos de construcciones de obra civil nos hacen una retención del 1% por consiguiente, en este caso, ¿la Armada Nacional, al realizar el presupuesto tuvo en cuenta este desface(sic) del 5%?”* (Fol. 45 del C. No. 1).

A través del Oficio No. 0659/CBN2-JADBN2-ASJURBN2-023 la demandada al dar respuesta a la comunicación referida señaló que sí bien la totalidad de las obras se podía ejecutar en el plazo inicialmente convenido, lo extendió a 50 días y en lo relativo a la naturaleza del contrato celebrado señaló:

*“(…)*

*Aclaro que el proceso que se está adelantando no es una licitación como lo expone en su oficio, por el monto es contratación directa de acuerdo(sic) lo establecido en la ley 80 de 1993 y parámetros(sic) de procesos de contratación plasmados en la resolución 2170 del año 2002.*

*Es equivocada su aseveración en la que afirma que se va a adelantar un contrato de obra civil como si fuera un contrato de servicio, puesto que la Armada Nacional nunca la(sic) ha suministrado información que lo conduzca a pensar que se le quiere dar ese tipo de manejo al contrato…En los términos de referencia que aparecen publicados oficialmente en la página Web de la Armada Nacional se expone claramente que el trabajo consiste el (sic) la adecuación del Varadero de la Base Naval ARC Málaga, lo cual es sin lugar a dudas un servicio…”* (Fol. 46 del C. No. 1).

En los pliegos de condiciones, al describir el desarrollo del proyecto se señaló:

1. Estructuras Terrestres: i) Tres (3) posiciones de varada en concreto, cada una de 70 metros de longitud y con dos vigas principales y ii) un (1) foso de transferencia en concreto contentiva de 12 vigas en concreto; todas construidas sobre “*la lodolíta compactada dinámicamente con buena capacidad de soporte”*
2. Estructuras marinas: i) una (1) rampa en concreto reforzado con una longitud de 207 metros de los cuales 84 metros se encontrarían en la zona de influencia de las mareas (Rampa seca), la cual tenía una pendiente del 6% sostenida por dos vigas en concreto pretensado y estaba protegida por una placa en concreto integrada a las dos vigas y; 123 metros estarían sumergidos en el mar (Rampa submarina), la cual se conformaría con elementos prefabricados de concreto reforzado (pilotes, vigas y riostras), empalmados con conectores metálicos fabricados con láminas de acero naval ASTM A-131.

Para la adecuación y ampliación de la rampa submarina la contratista debía realizar las obras de perforación de la rampa submarina, instalación e hincamiento de los pilotes prefabricados en concreto, fijarlos y rellenarlos con inyecciones de concreto, realizar la labores de trazado, replanteo, localización y nivelación, realizar el montaje e instalación de las vigas carrileras principales y de las vigas riostras e instalar los rieles, entre otras (Fols. 16 a 41 del C. No. 1)

Mediante el Oficio No. 124-JOPBN2-351 del 30 de agosto de 2004 y sólo un día antes de la expedición del acta de adjudicación el Jefe de la Oficina de Planeación y Construcciones Civiles BN2 le solicitó a la contratista describir “*de manera minuciosa el tipo de equipo ofrecido por esa firma para realizar la prueba de perforaciones y así mismo las demás perforaciones correspondientes a la adecuación del varadero. Por otra parte solicito se describa de forma general el procedimiento constructivo y equipos a utilizar en ésta maniobra.*

*(…)*

*Finalmente solicito se certifique el estado actual de los equipos de propiedad de la empresa que se describen en la oferta y su ubicación con el fin de que sea verificable la información”* (Fol. 138 del C. No. 1).

El 30 de junio de 2005 se suscribió entre el Jefe de la Oficina de Planeación Civil, la Supervisora del contrato y el ingeniero residente del contrato el Acta de Recibo Parcial de obras No. 001-2-146-S-ADBN2 por un valor total a pagar de $82´449.782,00, equivalente al 75% del valor de lo contratado (Fol. 67vto del C. No. 1).

El 15 de noviembre de 2005 se suscribió entre el Jefe de la Oficina de Planeación Civil, la Supervisora del contrato y el Representante legal de la contratista el Acta de Recibo Parcial de obras No. 002-2-146-S-ADBN2 por un valor total a pagar de $82´449.732,00 (Fol. 68vto del C. No. 1).

A través de la comunicación No. 014-05 del 22 de abril de 2005 la Sociedad contratista manifestó su imposibilidad de continuar con la ejecución de las obras y solicitó que se efectuara la liquidación bilateral o por mutuo acuerdo en los siguientes términos:

*“…consideramos que las condiciones del contrato han cambiado completamente y hay una imposibilidad económica y técnica de continuar las obras de colocación de vigas y rieles según lo contratado por ello le solicitamos que de común acuerdo y posterior a efectuar un balance del proyecto a la fecha que se pacte, suspendamos la ejecución de las obras y liquidemos el contrato de la referencia al tenor de lo contemplado en la ley 80 y sus decretos complementarios sin inconvenientes para las partes…”* (Fols. 84 y 85 del C. No. 1).

Mediante los Oficios Nos. 098 OPLANBN2-023 y 099 OPLANBN2-023 del 23 de abril de 2005 señaló que *“Teniendo en cuenta que las condiciones del contrato no han cambiado; su solicitud de suspensión y liquidación del contrato debido a su planteamiento de imposibilidad económica y técnica para continuar con las obras contratadas se remitirá al personal especializado en contratación”* (Fol. 153 y 154 del C. No. 1).

De las diversas comunicaciones remitidas por la contratista (Fols. 69 a 136 del C. No. 1) y de los Oficios remitidos por la Contratante (Fols. 138 a 163 del C. No. 1) se demuestran las dificultades presentadas en la ejecución del contrato y la solicitud reiterada de aquella para suspender las obras objeto del contrato.

Se resalta lo que manifestó la contratista en la comunicación No. 016-05 del 25 de abril de 2005 en el que manifestó:

*“Las obras adicionales SI fueron aprobadas y ordenadas por la supervisión de obra de ese entonces TN Dennis Collazos y como representante de la Armada Nacional sus órdenes eran valederas y son vigentes sin importar si hay cambio de funcionario…*

*(…)*

*…desde hace mucho tiempo hemos insistido en que las condiciones del proyecto si han cambiado, la información que nos dio la Armada nos hacía presumir un suelo de unas determinadas características (limolita) y resultó roca (cuarcitas, piritas y otros elementos rocosos) información que sólo nos fue suministrada por ustedes la semana pasada mediante su oficio 093 de abril y aunque esa información es geológica y no geotécnica como era lo prometido y debido, confirmó que el suelo del varadero era roca y que ustedes si tenían dicha información y no era como nos informaron en los términos de referencia y en la visita del sitio de la obra. Este suelo destruyó equipo en varias ocasiones…Asimismo también surgió en(sic) obra que el dragado no había alcanzado los niveles de proyecto para poder colocar el sistema obligándolos a gastar tiempo y dinero en efectuar demoliciones al lecho marino de roca y ahora después del eje 20 estas condiciones aún se hacen peores como se refleja en el video tomado por el equipo de Buceo, por la existencia de grandes volúmenes de material de suelo a demoler, que requerirán grandes volúmenes de material de suelo a demoler…las condiciones milimétricas de del proyecto sólo existían en los términos de referencia…PILCO LTDA ha incurrido en gastos que superan en más del doble los valores contractuales, lo que a la fecha hace económicamente imposible continuar los trabajos por el valor contratado y ante la falta de respuesta a las solicitudes enviadas a la Armada respecto al pago de las obras adicionales aprobadas y ejecutadas, consideramos que si hay razones suficientes para suspender la ejecución del contrato pues en ningún momento la Armada Nacional o cualquier ente del estado puede pretender que quebrando un contratista se termine un proyecto”* (Fols. 86 y 87 del C. No. 1).

Mediante varias comunicaciones la contratista solicitó el reconocimiento de los sobrecostos que le fueron ocasionados por el desequilibrio económico del contrato, entre estas la comunicación No. G-004/2006 del 11 de enero de 2006 (Fols. 325 a 355 del C. No. 1), petición que fue denegada por la contratista a través del Oficio No. D: 216 CBN2-023 (Fols. 359 a 369 del C. No. 1).

A través de las comunicaciones del 9 de febrero y del 14 de marzo de 2006 la sociedad contratista requirió nuevamente a la contratante para efectos de llevar a cabo la liquidación del contrato (Fols. 385 a 387 del C. No. 1).

1. **La solución del caso concreto.**

Pues bien de las probanzas allegadas y que atrás se reseñaron se evidencia claramente que si bien el contrato No. 2-146-S ADBN celebrado el 2 de septiembre de 2004 fue denominado por las partes de prestación de servicios, en realidad se constituye en un contrato de obra, conclusión a la que llega la Sala a partir del análisis de algunos de sus elementos esenciales, tal como se pasa a ver:

i) Las partes intervinientes son, de una parte, la Nación- Ministerio de Defensa Nacional - Base Naval de la Armada Nacional de la Bahía de Málaga, Entidad Estatal; y de otra, la Sociedad Pilotajes y Construcciones del Pacífico Ltda. Pilco Ltda., persona jurídica encargada de realizar actividades relacionadas con la construcción, mejoramiento y conservación, administración, adquisición y enajenación de inmuebles en general[[29]](#footnote-29).

ii) El objeto del contrato suscrito entre las partes se concreta en la ejecución de unas obras de perforación, instalación y construcción para la adecuación del Varadero de la Base Naval ARC de la Bahía Málaga, actividades que no tienen relación alguna con la gestión administrativa o con el funcionamiento interno de la Entidad contratante.

iii) Como contraprestación, las partes convinieron el pago de un precio a cambio de la ejecución de las obras de perforación e instalación para la adecuación de un inmueble de propiedad de la contratante así: un 50% a título de anticipo en septiembre de 2004; un 25% una vez ejecutado el 75% del valor total del contrato y el 25% restante una vez finalizado el contrato y recibidas las obras a satisfacción por la contratante (Fol. 4 del C. No. 1).

iv) Es de ejecución diferida en el tiempo, pues para la adecuación del Varadero de la Base Naval ARC Bahía Málaga la Sociedad contratista debía ejecutar diferentes prestaciones sucesivas en el tiempo tales como la perforación, la instalación e hincamiento de los pilotes, entre otras.

v) A través de las **Cláusulas Décima Sexta** (Fol. 6 del C. No. 1) y **Vigésima (Fol. 6vto del C. No. 1)** las partes convinieron el ejercicio de las potestades excepcionales de caducidad, de interpretación, modificación y terminación unilaterales, cuya inclusión no es obligatoria en los contratos de prestación de servicios.

Así las cosas, en el presente asunto se encuentra que con independencia de que las partes hayan denominado el contrato suscrito como de prestación de servicios, la verdadera naturaleza jurídica del mismo es la de ser un contrato de obra por reunir algunos de los elementos esenciales de ésta tipología de contrato.

En efecto, el objeto del contrato suscrito no implicaba el desarrollo de actividades identificables e intangibles que implicaran para la contratista un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades relacionadas con la gestión administrativa o funcionamiento de la Entidad contratante ya fuera acompañándola, apoyándola o soportándola para reforzar su gestión o su funcionamiento; sino que se trataba de la ejecución de actividades materiales de adecuación sobre un inmueble de propiedad de la contratante.

Y ello es así porque la naturaleza jurídica de los contratos no se ve determinada por el nombre o denominación que le den las partes al momento de suscribirlo, sino por los elementos esenciales que caracterizan y estructuran cada tipo negocial.

De ésta forma, al tratarse de un contrato de obra destinado a la ejecución de obras para la adecuación del varadero de la Base Naval ARC de la Bahía de Málaga, la selección del contratista no podía realizarse mediante el procedimiento de contratación directa, sino que la Entidad contratante debía dar apertura a un procedimiento de licitación pública y de ésta forma seleccionar la propuesta que fuera más favorable a sus intereses en condiciones de igualdad, libre concurrencia y respetando los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad.

En efecto, los principios de selección objetiva y de transparencia comprenden la publicidad de todo el *iter* contractual, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado y la imposibilidad para la Administración de adelantar un procedimiento de selección diferente al previsto en la ley para la celebración de contratos de obra.

Y es que de no ser así se estaría violando la norma general que establece que la selección del contratista debe realizarse mediante el procedimiento de licitación pública, salvo en los casos que regula el numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993[[30]](#footnote-30) en los que es la misma Ley que determina que la selección del contratista puede realizarse a través del procedimiento de contratación directa.

Con todo lo expuesto se encuentra que siendo el contrato suscrito un contrato de obra, no podía la administración adelantar un procedimiento diferente al previsto en la Ley para éste tipo de contratos, transgrediendo con ello los principios de selección objetiva y de transparencia y los artículos 23, 24 y 29 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Reglamentario 855 de 1994 y generando la nulidad absoluta del referido contrato.

Por consiguiente, la Sala encuentra que en el presente asunto la demandada desconoció el procedimiento de licitación pública previsto en la Ley para seleccionar el contratista en contratos de obra, vulnerando con ello el deber de selección objetiva y el principio de transparencia; y viciando de nulidad absoluta el Contrato No. 2-146-S ADBN del 2 de septiembre de 2004 por haberse celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal en los términos del No. 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, nulidad esta que no puede ser saneada por ratificación de las partes[[31]](#footnote-31), no fue saneada por prescripción y la misma puede ser decretada oficiosamente porque están presentes en el proceso todas las partes que concurrieron a su celebración[[32]](#footnote-32).

Ahora bien la declaratoria judicial de nulidad de un contrato, retrotrae la situación al estado en que se encontrarían las partes como si el contrato no hubiera existido, lo que en principio daría lugar a las restituciones mutuas.

Al respecto el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato declarado nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido[[33]](#footnote-33).

Sin embargo, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato declarado nulo por objeto o causa ilícito es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público, pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado.

En cuanto a las restituciones mutuas en el presente asunto se tiene en cuenta lo pactado en el contrato, en el que las partes convinieron como valor total la suma total equivalente a $329´798.928,63, pagaderos así: un 50% a título de anticipo en septiembre de 2004; un 25% una vez ejecutado el 75% del valor total del contrato y el 25% restante una vez finalizado el contrato y recibidas las obras a satisfacción por la contratante (Fol. 4 del C. No. 1).

A su vez, mediante el parágrafo de la cláusula cuarta del contrato se dispuso:

*“****PARÁGRAFO.-*** *EL CONTRATISTA DECLARA QUE EL PRECIO GLOBAL DETERMINADO EN ÉSTA CLÁUSULA, INCLUYE TODOS LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS REQUERIDOS PARA LA ELECUCIÓN DEL SERVICIO, POR TANTO LA BASE NAVAL ARC “MÁLAGA”, NO RECONOCERÁ SUMAS DIFERENTES A LAS AQUÍ EXPRESADAS POR LA EJECUCIÓN DE LAS MISMAS EN DICHO PRECIO SE ENCUENTRA INCUIDO EL VALOR DE LA CANCELACIÓN DEL IMPUESTO DE TIMBRE Y LA PUBLICACIÓN EN EL DIARIO OFICIAL”* (Fol. 3vto. del C. No. 1).

El contratista presentó su propuesta por un valor de $ 329´798.928,63 (Fol. 49 del C. No. 1).

También debe tenerse en cuenta el acta parcial de recibo de obras No. 001-2-146-S-ADBN2 del 30 de junio de 2005 suscrita entre el Jefe de la Oficina de Planeación y Construcciones Civiles BN2 y el Ingeniero Residente en Representación de la Sociedad contratista para recibir las obras a satisfacción, en la que se estableció un saldo a pagar equivalente a $82´449.782,00 por concepto del 75% de ejecución del valor total del contrato.

Asimismo, debe tenerse en cuenta el acta parcial de recibo de obras No. 002-2-146-S-ADBN2 del 15 de noviembre de 2005 suscrita entre el Jefe de la Oficina de Planeación y Construcciones Civiles BN2 y el Ingeniero Residente en Representación de la Sociedad contratista para recibir las obras a satisfacción, en la que se estableció un saldo a pagar equivalente a $82´449.732,00.

Visto lo anterior, el contenido de dichas actas dan cuenta de que el contratista ejecutó las obras objeto del contrato suscrito, que la entidad contratante se benefició y que canceló en su totalidad el valor de éstas, razón por la cual en los término de la norma referida en el presente asunto no hay lugar a las restituciones mutuas.

Ahora bien, en cuanto a las sumas por concepto de obras adicionales que el demandante alega haber ejecutado y que pretende le sean pagadas, la Sala advierte que las mismas no se encuentran estipuladas en el contrato en estudio, por consiguiente, no hay lugar a reconocer restitución alguna por este concepto, así como tampoco a reconocer restitución alguna por los demás sobrecostos que reclama por concepto del desequilibrio económico del contrato, pues todo lo anterior no corresponde a prestaciones del contrato nulo y por ende no pueden ser tenidas en cuenta para las restituciones mutuas.

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre la de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO:** **DECRETAR** oficiosamente la nulidad absoluta del contrato de obra No. 2-146-S ADBN suscrito entre las partes el 2 de septiembre de 2004 por las razones expuestas en éste proveído.

**SEGUNDO:** No hay lugar a restituciones mutuas.

**TERCERO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Magistrado Magistrado**

**Aclaró voto Aclaró voto**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente de la Sección Tercera**

1. Folios 2 a 18 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 21 y 22 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 38 a 64 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 67 a 70 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 156 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículo 1501 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cfr. F. ALARCON ROJAS. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 183-186, 202. [↑](#footnote-ref-7)
8. Se ha señalado que el contrato de prestación de servicios no se constituye en el mecanismo o instrumento jurídico para asignar el ejercicio de funciones públicas administrativas a los particulares, pues en los términos del inciso 2º del artículo 210 de la Constitución Política, desarrollado a su vez por el artículo 110 de la Ley 489 de 1998, es la Ley y no el contrato o negocio jurídico la que determina las bases o parámetros que le permiten a los particulares el ejercicio de funciones públicas administrativas. Al respecto ver la Sentencia C-866 de 1998. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del Sentencia del 2 de diciembre de 2013, Expediente 41.719. [↑](#footnote-ref-9)
10. Por ejemplo, como objeto del contrato de obra puede agregarse la reparación, la modificación e incluso, la demolición o destrucción del objeto. ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado Integral de los Contratos Administrativos, V. II, Parte Especial, Buenos Aires, 1979, página 170. [↑](#footnote-ref-10)
11. Artículo 40 Ley 80 de 1993 *Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*

    *Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.*

    *En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración”.* (Subrayado fuera de texto) [↑](#footnote-ref-11)
12. *“Pues bien, para nuestra legislación el contrato de obra, no tiene dentro de sus elementos esenciales que el resultado de ese trabajo material sea de propiedad del Estado. Se entiende que la obra no siempre constituye un patrimonio público, comoquiera que en ocasiones las entidades estatales realizan obras directamente o por intermedio de un contratista, cuyo resultado no va a pertenecer al patrimonio público; incluso en ocasiones puede pertenecer a los particulares, sólo que son realizadas en desarrollo de las funciones sociales del Estado.*

    *Piénsese por ejemplo, en las obras que puede realizar la administración pública para atender a los damnificados de un terremoto, o de una inundación en sus bienes inmuebles afectos al hecho de la naturaleza y este asunto se ha convertido en una cuestión determinante en la configuración normativa del contrato, lo cual lo diferencia con el contrato de simple prestación de servicios, cuando los mismos están dirigidos a realizar intervención sobre bienes muebles. Si se hubiese nominado como contrato de obra pública, un evento como este no podría encuadrarse dentro de tal categoría o tendría que elaborarse distinciones como las transcritas de la doctrina.*

    *Ahora bien, la restricción establecida por el legislador en el artículo 32 No 1 de la ley 80 de 1993 a que el contrato de obra para que sea considerado como tal, tiene que materializarse respecto de un bien inmueble tiene origen en una posición de la jurisprudencia francesa, que no de nuestra tradición legal, ni mucho menos doctrinal, que se ha venido incorporando por el legislador sin mayor reflexión al momento de abordar la descripción del tipo contractual en comento”.* Al respecto ver sentencia Consejo de Estado, Expediente: 39.122. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 6 de julio de 2015, Expediente, 39.122. [↑](#footnote-ref-13)
14. *“…la esencia de los contratos de tracto sucesivo no está tanto en que su cumplimiento se prolongue en el tiempo, sino en la pluralidad de prestaciones que se deben cumplir y la independencia entre ellas; pues, cuando la única prestación debe cumplirse por partes o instalamentos no quiere decir que estemos hablando de un contrato de tracto sucesivo, sino de un contrato único, instantáneo pero pactado a plazos, como por ejemplo cuando se contrata la elaboración de una obra.*

    *De todos modos, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha sostenido de antaño que el contrato de obra tiene como característica ser un contrato de tracto sucesivo. Sin embargo, la Subsección considera pertinente que tal evento debería denominarse “de ejecución diferida en el tiempo” o “que pueden diferirse en el tiempo”.* [↑](#footnote-ref-14)
15. Modificado parcialmente por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 ***“Por 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”***

    ***Artículo 88. Factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar.****Modifíquese el*[*numeral 2*](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678#5.2)*del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:*

    *"2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.*

    *En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:*

    *a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o*

    *b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.*

    ***Parágrafo.****Adiciónese un*[*parágrafo 6º*](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678#2.P.6)*en el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 del siguiente tenor:*

    *"El Gobierno Nacional podrá establecer procedimientos diferentes al interior de las diversas causales de selección abreviada, de manera que los mismos se acomoden a las particularidades de los objetos a contratar, sin perjuicio de la posibilidad de establecer procedimientos comunes. Lo propio podrá hacer en relación con el concurso de méritos".* [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008, Exp: 17.783. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de marzo de 2012 Exp: 22.471. [↑](#footnote-ref-17)
18. Reglamentado parcialmente por los Decretos Nos. 287 de 1996 y el No. 2503 de 2005, Modificado parcialmente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2005. [↑](#footnote-ref-18)
19. Ley 80 de 1993*“****Artículo******24º.-*** *Del principio de Transparencia, En virtud de este principio:*

    *1o.  La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:*

    *a) Menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales.*

    *b) Empréstitos*

    *c) Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro*

    *d) Para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.*

    *e) Arrendamiento o**adquisición de inmuebles.*

    *f) Urgencia manifiesta*

    *g) Declaratoria de desierta de la licitación o concurso.*

    *h) Cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación.*

    *i) Bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.*

    *j) Cuando no exista pluralidad de oferentes.*

    *k) Productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas.*

    *l) Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios.*

    *m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta Ley (…)”* [↑](#footnote-ref-19)
20. Numeral 2º. (Este pie de página corresponde al texto citado.) [↑](#footnote-ref-20)
21. Numeral 3º. (original del fallo que se cita) [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324. (Original del fallo que se cita) [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, Sentencia del 8 de mayo de 2013, Expediente: 24510. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Expediente: 22.471, Sentencia del 8 de mayo de 2013, Expediente: 24.510, entre otras. [↑](#footnote-ref-24)
25. Resulta pertinente en éste punto hacer referencia a la sentencia aprobada en la audiencia que tuvo lugar el día 23 de octubre de 2017 bajo el radicado No. 53.477, en la que se señaló que se configuraba la causal de nulidad absoluta del contrato prevista en el No. 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, pues en ese asunto de las pruebas arrimadas se logró evidenciar la intencionalidad de las partes para pretermitir el procedimiento de selección, teniendo en cuenta que la administración y el contratista se avinieron previamente a celebrar el contrato sin adelantar el procedimiento de selección y decidieron denominarlo como un contrato arrendamiento, cuando por sus elementos esenciales estructuraba un contrato de concesión, que conforme a los dictados de la Ley 80 de 1993, requería para su suscripción que se adelantara un procedimiento de licitación pública, lo cual no ocurrió. [↑](#footnote-ref-25)
26. Artículo 45 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-26)
27. Código General del Proceso. Ley 1563 de 2012. “***Artículo 94.******Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora.****La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado”.* [↑](#footnote-ref-27)
28. *Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 3 de junio de 2015, Exp. 37.566: “Y es que lo que se está afirmando es que de la expresión utilizada (“repetirse”), se desprende que la imposibilidad se configura siempre y cuando alguna de las partes del contrato nulo haya deprecado la nulidad absoluta y sabía o debía conocer el vicio.*

    *En efecto, el antecedente romano se encuentra en la condictio ob turpem vel injustam causam que se elaboró en relación con los contratos formales, negocios estos en los que por ser abstractos la ilicitud de la causa no los viciaba, para que el deudor, dependiendo de si la obligación había sido ejecutada o no, solicitara la nulidad o repitiera lo dado o pagado, si en ellos se presentaban circunstancias de inmoralidad o ilicitud frente al acreedor.*

    *Pero si las circunstancias de inmoralidad o ilicitud también podían predicarse del deudor se prohibió la posibilidad de repetir para que finalmente ninguno pudiera prevalerse de una inmoralidad o ilicitud que le eran predicables, prohibición esta que se condensó en el aforismo in pari causa turpitudinem cessat repetitio.*

    *Las leyes de partida contemplaron este evento al señalar que “sabidor seyendo algún home de aquel pleito sobre que hiciera a otro promisión era torpe, et que habie derecho por si para defenderse de non cumplirlo, si sobre esto feciese después la paga, decimos que non la puede demandar, et si la demandase, non serie el otro tenudo de gela tornar”*

    *Pues bien, nótese que de acuerdo con estos antecedentes, la prohibición del artículo 1525 del Código Civil lo que persigue es evitar que alguien pueda pedir que se le devuelva lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de una causa ilícitos, esto es repetir, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud y por consiguiente ese precepto no puede regir si el juez la decreta oficiosamente, máxime si, de no ordenar la restitución, en la práctica el negocio terminaría produciendo todos los efectos como si fuese válido.*

    *Por estas razones es que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador en cada caso haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo in pari causa turpitudinem cessat repetitio” y, de otro lado, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera valido.”* [↑](#footnote-ref-28)
29. Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio de Buenaventura No. 144006- SED AA- 695674 (Fols. 1 y 2 del C. No. 1). [↑](#footnote-ref-29)
30. Derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-30)
31. Ver artículo 45 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-31)
32. Ver artículo 32 de la Ley 446 de 1998. [↑](#footnote-ref-32)
33. La disposición expresa: *“Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.* [↑](#footnote-ref-33)