

CONTRATACIÓN ESTATAL – Prestación de servicios públicos

[...] la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos, que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general y que debe ceñirse a los principios de la función administrativa, entre otros, a los de transparencia y economía. La eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial los dos últimamente mencionados es decir el de la transparencia y el de la economía, depende en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva. Por supuesto que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también aseguran la eficacia de todos los principios que la rigen y por ende la efectiva satisfacción del interés general que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado.

CONTRATO DEL ESTADO – Planeación – Noción

[...] los contratos del Estado «deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales. Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.»

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C, trece (13) de junio de dos mil trece (2013).

Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809)

Actor: SOCIEDAD CONCRETO S.A

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 12 de diciembre de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 22 de abril de 1999¹, **Concreto S.A.** presentó demanda contra el **Instituto Nacional de Vías –IVIAS-** formulando las siguientes pretensiones:

Primero solicitó la declaratoria del incumplimiento del contrato No. 352 de 1994 al no haber entregado la totalidad de los predios en los cuales se iba a ejecutar la obra.

En subsidio pidió que se declarara el rompimiento del equilibrio financiero del contrato No. 352 de 1994 derivado de la demora en la entrega de los predios en los cuales se iba a ejecutar la obra.

Solicitó, como consecuencia de cualquiera de las anteriores declaraciones, que se condenara al accionado al reconocimiento y pago de los sobrecostos y de la pérdida de rentabilidad que le ocasionó la mayor permanencia de la obra, así como la actualización del valor de la condena junto con el interés bancario corriente o en subsidio de éste último, junto con la tasa de mora establecida en la ley 80 de 1993 o la que determinara el juez.

En segundo lugar, solicitó la declaratoria del incumplimiento de la ley 80 de 1993 y del contrato No. 352 de 1994 al cancelar un anticipo cuyo valor adquisitivo disminuyó por el tiempo en que se suspendió el contrato con ocasión de la no entrega de los predios.

En subsidio de ésta pretensión, solicitó la declaratoria del rompimiento del equilibrio financiero del contrato No. 352 de 1994 al cancelar un anticipo cuyo valor adquisitivo disminuyó por el tiempo en que se suspendió el contrato con ocasión de la no entrega de los predios.

¹ Folios 7 a 68 del c No. 1.

Solicitó, como consecuencia de cualquiera de las anteriores declaraciones, que se condenara al accionado al reconocimiento y pago de los sobrecostos que le generó la no actualización del valor del anticipo una vez se ordenó la reiniciación de las obras, debidamente actualizados, junto con los intereses moratorios.

En tercer lugar, solicitó la declaratoria del incumplimiento del contrato No. 352 de 1994 al no cancelar las cuentas de cobro dentro de los plazos establecidos para eso.

En subsidio de ésta pretensión, solicitó la declaratoria del rompimiento del equilibrio financiero del contrato No. 352 de 1994 derivada de la mora en el pago de las cuentas de cobro.

Solicitó, como consecuencia de cualquiera de las anteriores declaraciones, que se condenara al accionado al reconocimiento y pago del interés moratorio establecido en la ley 80 de 1994 o en subsidio, el que determinara el juez.

En cuarto lugar, solicitó la declaratoria del rompimiento del equilibrio financiero del contrato No. 352 de 1994 al cambiar el lugar para depositar el material de excavación por causa del fuerte invierno.

Solicitó, como consecuencia de la anterior declaración, que se condenara al accionado al reconocimiento y pago de los sobrecostos de transporte en que incurrió, debidamente actualizados, junto con los intereses moratorios.

En quinto lugar, solicitó que se realizara la liquidación del contrato No. 352 de 1994.

El demandante estimó la cuantía en \$2.272.649.281,05.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

El 27 de junio de 1994, la demandante y el demandado celebraron el contrato No. 352 en virtud del cual aquel se obligó a ejecutar para éste, por el sistema de precios unitarios, la construcción de la solución vial Pereira – Dosquebradas, grupo III.

Como valor total del contrato se convino la suma de \$2.968.068.348, cuyo 20% se canceló a título de anticipo.

El término de duración del contrato se fijó en 10 meses contados a partir del Acta de Iniciación de las Obras, esto es del 18 de octubre de 1994.

El INVIAS incumplió el numeral 2.14 del Pliego de Condiciones, el cual hace parte integrante del contrato No. 352 de 1994, al suscribir el Acta de Iniciación de las Obras sin haber adquirido los predios en los cuales se iba a ejecutar el objeto contractual.

De ahí que se haya suspendido la ejecución del contrato durante 11 meses contados a partir de octubre de 1994 cuando se suscribió el Acta de Iniciación de Obras hasta septiembre de 1995 cuando la entidad contratante adquirió parte de los predios requeridos.

El 18 de agosto de 1995 día éste en que se venció el plazo contractual, estando suspendida la ejecución de las obras por la falta de entrega de predios, las partes adicionaron el contrato con el propósito de prorrogar el plazo inicial en 12 meses más, el cual se extendió hasta el 28 de febrero de 1997 en virtud a que fueron suscritas otras dos adiciones.

Durante la mayor permanencia de la obra por causas exclusivamente imputables al INVIAS quien no entregó a tiempo los predios en los que se iba a ejecutar el objeto contractual, el contratista incurrió en gastos por concepto de personal administrativo y de arrendamiento de inmuebles.

Además el INVIAS incumplió el contrato y quebrantó su equilibrio económico al negar el reajuste del valor del anticipo cuyo poder adquisitivo disminuyó con el paso de los 11 meses que duró la suspensión, así como al no pagar las cuentas de cobro dentro del plazo estipulado para eso y al cambiar el lugar para depositar el material de excavación con el consecuente aumento en los costos de transporte.

Las partes suscribieron el Acta de Recibo de Obras el 28 de febrero de 1997 y a la fecha de la presentación de la demanda no se ha liquidado el contrato.

3. El trámite procesal

Admitida que fue la demanda y noticiado el demandado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y el accionado le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

La entidad demandada llamó en garantía al consorcio T.C.T.H. con quien contrató la consultoría, asesoría e interventoría técnica y administrativa del contrato No. 352 de 1994.

Después de decretar y practicar pruebas y de resultar fracasada una audiencia de conciliación, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo fue aprovechada por aquellas.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 12 de diciembre de 2002 el Tribunal Administrativo de Risaralda absolvió a la firma interventora llamada en garantía y acogió parcialmente las pretensiones pues declaró el incumplimiento del INVIAS, lo condenó al reconocimiento y pago de la suma de \$3.762'331.369,98, le ordenó liquidar el contrato No. 352 de 1994 y negó los restantes pedimentos.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

Luego de reproducir los hechos y las pretensiones de la demanda y de hacer un recuento de la actuación surtida, el a quo empieza por valorar la masa probatoria y concluye que se encuentra probado que el INVIAS incumplió el contrato No. 352 de 1994 y en consecuencia quebrantó su equilibrio económico al suscribir el Acta de Iniciación de las Obras sin haber entregado la totalidad de los predios en los cuales se iba a ejecutar la obra.

Entre otras pruebas que obran en el expediente, el Tribunal basó su conclusión en el numeral 2.14 del Pliego de Condiciones denominado posesión de la zona de las obras, en el Acta de Iniciación de las Obras, en las comunicaciones T.C.T.H. 48 del 25 de noviembre de 1994, 758 del 6 de octubre de 1995 y 1079 del 2 de febrero de 1996, en el escrito de Concreto S.A. del 11 de marzo de 1996, así como en los testimonios de Adolfo Gómez Gómez y Héctor Augusto Martínez.

El sentenciador de primera instancia estima el monto de los sobrecostos en que incurrió el contratista con base en el dictamen pericial allegado con la demanda cuyo traslado se ordenó el 21 de septiembre de 2000 sin recibir objeción alguna, prueba ésta en que se señaló que del total de los gastos en que había incurrido el

contratista la mitad correspondía a la ejecución del contrato No. 352 y el valor restante, al cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato diferente.

Cabe resaltar que la indemnización incluye los sobrecostos en que incurrió el contratista por concepto de los salarios y las prestaciones sociales del ingeniero Fernando Gómez Gómez y del arrendamiento de inmuebles durante el tiempo que duró la suspensión del contrato y los sobrecostos a título del personal administrativo y profesional, arrendamiento de inmuebles, alquiler de equipos y ampliación de pólizas durante el mayor número de meses que duró el contrato luego de que se ordenara la reanudación de las obras; así como los perjuicios derivados del bajo rendimiento constructivo, de la depreciación del valor adquisitivo del anticipo, del pago inoportuno de las cuentas de cobro y finalmente, por concepto de lucro cesante.

Por otra parte el sentenciador de primera instancia ordenó que el INVIAS realizara la liquidación unilateral del contrato teniendo en cuenta el valor de la condena.

Finalmente considera que al consorcio interventor llamado en garantía por el INVIAS no le es endilgable ninguna responsabilidad por los hechos de la demanda.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto la parte demandada interpuso el recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones:

El recurrente sostiene que el contrato No. 352 de 1994 se suspendió gracias a que las partes así lo acordaron con fundamento en que no se había adquirido los predios de la zona de las obras.

El contratista reclama el reconocimiento y pago de los gastos por concepto de personal administrativo y profesional, del arrendamiento de inmuebles y del alquiler de maquinaria en que incurrió durante el tiempo en que se suspendió el contrato No. 352 de 1994 y durante el mayor número de meses que duró su ejecución sin tener en cuenta que al tiempo de la suspensión aún no había iniciado la construcción de la solución vial Pereira – Dosquebradas grupo III y que en el transcurso de la ejecución extemporánea del objeto contractual tanto el personal,

como los inmuebles y las maquinarias también estaban siendo utilizadas para la ejecución del contrato No. 351 suscrito entre las mismas partes para la construcción solución vial Pereira – Dosquebradas grupo II.

De modo que los gastos pretendidos por el contratista no se derivan del contrato No. 352 de 1994 para la construcción de la solución Pereira – Dosquebradas grupo III sino del contrato No. 351 para la solución vial Pereira – Dosquebradas grupo II.

El recurrente considera que no hay lugar a indemnizar la mora en el pago de las cuentas de cobro porque la cláusula tercera del contrato No. 352 de 1994 establece que la entrega de las sumas de dinero a cargo del INVIAS está supeditada a la existencia de una apropiación presupuestal para tal efecto.

En cambio, el recurrente señala que quien incurrió en mora fue el contratista al no presentar las cuentas de cobro dentro del plazo estipulado en la cláusula octava, esto es dentro de los 15 días calendario siguientes a la terminación de cada mes.

En conclusión, el apelante dice que los contratos adicionales que ampliaron el tiempo y el valor del contrato No. 352 de 1994, así como el reajuste de los precios unitarios incluido en cada cuenta de cobro por expreso mandato de la cláusula octava mantuvieron y aseguraron el equilibrio económico del contrato.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público opina que debe revocarse la sentencia de primera instancia por las siguientes razones:

El contratista aprovechó que estaba ejecutando a la vez el contrato No. 351 y el contrato No. 352, celebrados respectivamente para la construcción del grupo II y del grupo III de la solución vial Pereira – Dosquebradas, para pedir el pago de las erogaciones realizadas durante la ejecución del primero en el marco de la acción contractual incoada para la declaratoria del incumplimiento o del rompimiento del equilibrio económico del segundo.

El Tribunal accedió a dicha pretensión en consecuencia de lo cual ordenó el pago de las erogaciones realizadas por el contratista durante la suspensión del contrato

No. 352 de 1994 y durante el mayor número de meses que duró su ejecución con fundamento en los valores señalados en el dictamen pericial allegado con la demanda.

La prueba pericial, acogida por el Tribunal únicamente en razón a que no recibió objeción alguna, determinó que el 50% de los gastos del contratista en dicho período de tiempo se realizaron con ocasión del contrato No. 352 de 1994 mientras que el restante porcentaje correspondía a la construcción del grupo I y II de la solución vial Pereira – Dosquebradas sin que obrara prueba alguna al respecto.

Por otro lado, el Ministerio Público considera que el anticipo perdió poder adquisitivo por causa de la negligencia del contratista quien conociendo que el contrato estaría suspendido durante 11 meses escogió una modalidad de depósito que no le generaba rendimientos económicos.

Tampoco es procedente reconocer el ajuste de las cuentas de cobro en razón a que el contratista no las presentó dentro de los 15 días calendario siguientes a la terminación de cada mes ni probó que el retardo se haya debido a la tramitomanía o a la falta de disponibilidad presupuestal por parte del INVIAS.

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

V. CONSIDERACIONES

1. El artículo 365 de la Constitución Política señala que *“los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado,”* que es deber de éste *“asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional,”* que *“podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”* y que *“en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.”*

Esta preceptiva superior encuentra cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, al disponer que *“los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento*

de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que [además de la obtención de utilidades cuya obtención garantiza el Estado] colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”²

De otro lado la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley.³

Pero además el artículo 209 superior dispone que *“la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones...”*, mandato este que reitera el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 al disponer que *“las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.”*

Pues bien, de todo este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos, que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general y que debe ceñirse a los principios de la función administrativa, entre otros, a los de transparencia y economía.

La eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial los dos últimamente mencionados es decir el de la transparencia y el de la economía, depende en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva.

² Lo encerrado entre corchetes fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

³ J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. Tesis Doctoral. *El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*. Universidad Carlos III de Madrid. <http://hdl.handle.net/10016/8339>.

Por supuesto que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también aseguran la eficacia de todos los principios que la rigen y por ende la efectiva satisfacción del interés general que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado.

2. De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado *“deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad.*

La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales.

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.

En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la

legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.”⁴

“La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato. Es aquí, en este período, donde el principio de legalidad se manifiesta de manera más intensa por actuar en forma de vinculación positiva a la ley, es decir, porque las exigencias del legislador son especialmente expresas y claras para el operador.”

“...Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales.”^{5 6 7}

⁴ J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública*. En *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma contractual*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 42-43.

⁵ J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. Tesis Doctoral. *El contrato de concesión...* Op. cit.

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 14287. “[...] [l]as entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar. “1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. 2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. 3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando

Pues bien, dentro de tales parámetros, como se acaba de expresar, se encuentra el de oportunidad, parámetro este que tiene íntima relación con el momento en que ha de celebrarse el contrato pues las más elementales consideraciones sobre la prestación de los servicios públicos y la protección de los recursos del Estado indican que debe procederse a su celebración cuando todos los factores jurídicos, económicos, técnicos, materiales, operativos, temporales, climáticos, etc., que sean previsibles, aseguren la mayor probabilidad de que el objeto contractual se llevará a feliz término y se entregará en óptimas condiciones.

Pero además ese parámetro de oportunidad, entre otros fines, persigue establecer la duración del objeto contractual pues esta definición no sólo resulta trascendente para efectos de la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista.

Y es que la definición de la duración del objeto contractual, y ya considerando el asunto desde el punto de vista del valor, permite fijar el costo real del negocio proyectado, es decir el valor de las cosas o servicios que se van a contratar teniendo en cuenta, entre otras variables, la fluctuación de precios para que la

los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.”

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de junio de 2008. Rad. 15001233100019880843101- 8031. “[...] Así pues, además de los principios de transparencia, economía, celeridad y selección objetiva, consustanciales al procedimiento contractual, debe darse cuenta de otro que si bien no cuenta con consagración expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, sin lugar a la menor hesitación forma parte de toda actuación estatal conducente a la selección de un contratista y a la celebración y ejecución del correspondiente vínculo negocial: el de planeación, como herramienta empleada en los estados sociales de derecho con el propósito de procurar la materialización de los fines del Estado o, en otros términos, de alcanzar la satisfacción de los intereses generales y la garantía de la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; planeación asociada a la concepción general de la misma como instrumento de fijación tanto de objetivos y metas, como de los medios o procedimientos para alcanzarlos; como forma de programar la distribución de los gastos estatales en función de los ingresos que se pretende recaudar, de suerte que los mismos se reflejen en el presupuesto general de la Nación y en el de cada entidad estatal. En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado. De hecho, aún cuando, como se indicó, el multicitado principio de planeación carece de consagración normativa expresa en el Derecho positivo colombiano, su contenido y alcances bien pueden delinearse como consecuencia de la hermenéutica armónica de un conjunto de disposiciones de rango tanto constitucional –artículos 2, 209, 339 a 353 de la Carta Política– como legal –artículos 25 (numerales 6, 7 y 11 a 14) y 26 (numeral 3) de la Ley 80 de 1993–, con remarcado acento tras la expresa catalogación de la contratación estatal como mecanismo de promoción del desarrollo por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 [...]”

Administración no pague ni más ni menos de lo que verdaderamente vale la ejecución del objeto contractual y de esta manera ajustarse a la conmutatividad objetiva que de acuerdo con el artículo 28 de la ley 80 de 1993 debe imperar en el contrato estatal.

De otro lado, el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva pues tiene la obligación de escoger la propuesta más favorable y la escogencia de esta también depende en últimas, como ya se vio, de la observancia del principio de planeación.

Finalmente, no debe olvidarse que a las voces del inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 los particulares *“tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que...⁸ colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”* y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros, como por ejemplo el que estos se decidan a enajenar predios sobre los cuales han de construirse las obras que son o serán materia del contrato.

Mucho menos podrán pretender los contratistas, en estos casos, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos o, por decir lo menos, a percibirlos con fundamento en un negocio jurídico que ostenta un vicio de ilegalidad por violar, entre otros, el principio de planeación.

⁸ El aparte omitido de este inciso fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

Corolario de lo que hasta aquí se ha expresado es que si, por ejemplo, una entidad estatal celebra un contrato para ejecutar una obra pública en un corto lapso de tiempo (habida cuenta de la magnitud y complejidad de la obra) y al momento de la celebración del negocio ni siquiera ha entrado en negociaciones con los propietarios de los terrenos sobre los cuales la obra se va a hacer, ni ha adelantado diligencia alguna para su adquisición, o sólo se ha adquirido una parte de ellos, es obvio que en ese contrato se faltó al principio de planeación de tal manera que desde ese instante ya es evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse en el tiempo acordado y por consiguiente infringen la ley no sólo la entidad estatal sino también el contratista al celebrar un contrato con serias fallas de planeación puesto que todo indica que el objeto contractual no podrá realizarse o será muy difícil realizarlo en el tiempo prefijado.

Así que entonces en estos casos se estará en presencia de un contrato con objeto ilícito porque se está contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar eficaz y oportunamente, de tal manera que finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos.

Pero por supuesto que no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal conduce inexorablemente a la nulidad del contrato por ilicitud en su objeto, toda vez que las falencias que producen ésta mácula en el contrato de la administración son aquellas que desde el momento de su celebración ponen en evidencia que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo.

3. 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 constitucional⁹ o con abuso o desviación de poder.¹⁰

⁹ Numeral 2°.

¹⁰ Numeral 3°.

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,¹¹ 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 debe observarse el principio de planeación, la elusión de este mandato comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público.

3.1 La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes.¹²

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.

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 nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido¹³, constituyéndose este mandato en una excepción al régimen común previsto en el artículo 1525 del Código Civil que dispone que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324.

¹² Artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

¹³ 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”*.

Pero para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos 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.

Así lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 al disponer que “... Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.

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 ilicitud de su objeto o de su causa, la obra contratada no se ha ejecutado total o parcialmente y de tal manera que el interés público se haya satisfecho en esa misma medida en virtud a que el servicio público finalmente se prestó en alguna proporción.

Ahora, cuando en la contratación estatal resulta aplicable en toda su dimensión lo dispuesto en el artículo 1525 del Código Civil, es decir que “*no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas*”, ésta prohibición no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por estas causas.

Si nos atenemos a los antecedentes históricos y a la razón de ser del precepto, la conclusión no puede ser otra.¹⁴

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

¹⁴ Sobre el origen y desarrollo de esta prohibición puede leerse el excelente artículo de F. NAVIA ARROYO. *Reflexiones sobre la máxima nemo auditur*, en *Homenaje a Fernando Hinestrosa. Liber Amicorum*, t. II, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 1993, del cual se han tomado parte de las consideraciones sobre este aspecto.

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 tenuto de gela tornar*”¹⁵

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 válido.

Por supuesto que si nada se ha dado o pagado en razón del contrato nulo, no hay lugar a considerar y a resolver sobre las eventuales restituciones mutuas.

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

¹⁵ Partida V, Título XIV, Ley XLIX.

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 sana “*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.

3.3 Por la época en que se celebró el contrato de obra entre el Instituto Nacional de Vías –INVIAS- y la sociedad CONCRETO S.A. (27 de junio de 1994), 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.

Este término se redujo a 10 años en virtud de la Ley 791 de 2002 que entró a regir el 27 de diciembre de 2002, pero como la ley aplicable es la que era vigente al momento de la celebración del contrato, se sigue que cualquier nulidad absoluta que tenga este contrato, al día de hoy, todavía no se ha saneado por la prescripción extraordinaria.

4. El principio de la *reformatio in pejus* impide que, por regla general, se haga mas gravosa la situación del apelante único, principio este que admite como excepción, además del evento en “que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella”, aquel en que debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte que no apeló.

4.1. Esta garantía, constitucional por cierto, ampara un derecho individual como lo es el de la parte que resultó parcialmente vencida en el proceso, consistente en que, si apela, no puede ser modificado lo que le fue favorable porque la contraparte, al no recurrir, consintió en lo que se decidió en su contra.

Luego, quien consiente en lo desfavorable de un fallo, dispone de su interés al someterse inmediatamente a él, no obstante tener la posibilidad legal de alzarse contra la decisión mediante la interposición del recurso de apelación.

Así que entonces, el principio de la reformatio in pejus muestra en el trasfondo la protección de un interés individual que se ampara precisamente porque la otra parte dispuso del suyo al no recurrir lo que le fue desfavorable.

En conclusión, en la reformatio in pejus, las facultades del juez se restringen para proteger el derecho individual del apelante único.

4.2. Las nulidades absolutas son sanciones que prevé la ley para aquellos negocios jurídicos que contravienen, entre otros, el orden público y las normas imperativas.

Significa lo anterior que las nulidades absolutas protegen intereses generales y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y que las facultades del juez se incrementan pues las puede decretar oficiosamente.

4.3. En consecuencia, si en el trámite de la segunda instancia, que se surte en virtud del recurso de un apelante único, se advierte una causal de nulidad absoluta, es poder-deber del juez el decreto oficioso de ella porque se lo impone el control de legalidad que el ordenamiento le manda en aras de la protección del interés general que envuelve la defensa del orden público y las normas imperativas.

Por lo tanto, jamás podrá decirse que, en un caso como el que se acaba de mencionar, el decreto oficioso de la nulidad absoluta lleve consigo la violación del principio de la reformatio in pejus porque la protección del orden jurídico es un interés general que debe prevalecer sobre el interés particular que contiene el principio de no reformar la sentencia en perjuicio del apelante único.

5. En el asunto que se revisa en esta segunda instancia está plenamente demostrado que en el contrato que celebraron la sociedad **CONCRETO S.A.** y el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVIAS-** el 27 de junio de 1994, distinguido con el número 352, se violó el deber de planeación toda vez que él se celebró sin haber adquirido los predios sobre los cuales se construiría la solución vial Pereira-Dosquebradas Grupo III pues desde ese momento ya se advertía que la obra contratada no podía ejecutarse en el plazo de 10 meses que había sido pactado, lo que efectivamente acaeció en razón a que sólo hasta pasados 11 meses

contados desde la suscripción del Acta de Iniciación de Obras se logró adquirir algunos de los respectivos inmuebles.

En efecto, el plenario da cuenta de que transcurrido el plazo de ejecución del contrato aún no se había adquirido los predios necesarios para su ejecución, tal como se deduce de la suscripción de las múltiples prórrogas, y también advierte que la obra sólo pudo concluirse aproximadamente 27 meses después del 18 de octubre de 1994.

La violación del deber de planeación determina en este asunto la nulidad absoluta del contrato No. 352 de 1994 que las partes celebraron el 27 de junio de 1994 ya que infringieron los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.

Por consiguiente, es consecuencia obligada la revocación de la sentencia apelada para en su lugar decretar la nulidad absoluta del mencionado contrato y en este sentido se decidirá.

Ahora, como finalmente la Entidad Estatal se benefició toda vez que las prestaciones cumplidas por el contratista le sirvieron para satisfacer el interés público mediante la construcción de la obra contratada, aunque tardíamente, no hay lugar a ordenar restitución alguna dando así aplicación a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

Finalmente se ordenará compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para que investiguen las conductas de quienes celebraron el contrato violando el deber de planeación.

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 de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 12 de diciembre de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, y en su lugar **DECRETAR LA NULIDAD ABSOLUTA** del contrato No. 352 celebrado el 27 de junio de 1994 entre el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVIAS-** y la sociedad **CONCRETO S.A.**

SEGUNDO: ORDENAR compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para que investiguen las conductas de quienes celebraron el contrato violando el deber de planeación.

TERCERO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Magistrada

ENRIQUE GIL BOTERO

Magistrado

Salvó Voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO ENRIQUE GIL BOTERO

NO REFORMATIO IN PEJUS - Salvamento de voto. Desconocimiento del derecho a la no reformatio in pejus

En efecto, en un caso como ese hay que tener en cuenta que el tribunal Administrativo declara que la entidad estatal incumplió el contrato, y por tanto ordenó a la entidad pública pagar parte de la indemnización solicitada en la demanda. Por lo anterior, si la demandante apela parte de esta decisión –la que le fue desfavorable-, porque en su criterio debió condenarse a la entidad a pagar los perjuicios no reconocidos, el superior sólo puede estudiar ese aspecto.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C, trece (13) de junio de dos mil trece (2013).

Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809)

Actor: SOCIEDAD CONCRETO S.A

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto frente a las decisiones de la Sala, salvo mi voto en la sentencia proferida el trece (13) de junio de 2013, en el proceso de la referencia –CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa-, y expresaré, en los términos que siguen, las razones que me condujeron a disentir de la decisión mayoritaria.

1. Síntesis del problema

La parte actora demandó al Instituto Nacional de Vías para que: i) declarara el incumplimiento del contrato No. 352 de 1994, entre otras razones, por no entregar los predios donde se realizarían los trabajos; y ii) que se le condenara a pagar los perjuicios que le ocasionó la mayor permanencia en la obra.

Sostiene el demandante que el plazo de ejecución fue de 10 meses, pero que se suspendió, porque la entidad no entregó los terrenos requeridos para trabajar.

El Tribunal administrativo accedió a las pretensiones de la demanda, porque encontró demostrado el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad estatal; sin embargo, la demandada apeló la decisión, entre otras razones, porque en su criterio los mayores costos del contratista no se causaron, ya que empleó la

maquinaria y el personal en otro contrato suyo que estaba ejecutando en un lugar próximo al del caso *sub iudice*.

Al decidir este recurso la Sala revocó la sentencia, aduciendo que:

i) El contrato es nulo porque viola el principio de planeación, puesto que es inadmisibile que se celebre un negocio jurídico de obra, donde la entidad se compromete a entregar el inmueble en el cual se realizaran los trabajos, pero que al momento de celebrarlo no lo tenga disponible. Por esta sola circunstancia se concluye que el contrato adolece de objeto ilícito –págs. 15 y 16 de la providencia-

ii) La sentencia añade, como argumento obiter dictum –pues en el caso concreto no aplicaba este razonamiento para resolver el litigio- que no se viola el principio de la no reformatio in pejus cuando en la segunda instancia se declara de oficio la nulidad absoluta del contrato –fl. 21-

2. Primera razón de mi disentimiento con la Sala: se desconoció el derecho a la *no reformatio in pejus* del apelante único.

Pese a que la forma en que se resolvió este recurso de apelación no entrañó una *reformatio in pejus*, porque el apelante único fue la entidad condenada –INVIAS-, de allí que la Sala podía decidir contra el que no apeló –CONCRETO SA-, en todo caso la sentencia estimó que aún en el evento de que éste hubiera apelado de manera única, siendo favorecido parcialmente con la condena, no se violaría ese principio constitucional.

Frente a esa consideración hipotética debo manifestar que si en primera instancia se declara el incumplimiento de un contrato y la consecuente responsabilidad a cargo de la entidad estatal, debe entenderse que si apela el favorecido, para pedir un poco más, ya no es posible para el *ad quem* estudiar ese punto, es decir, el tema del incumplimiento, comoquiera que el *a quo* ya resolvió que la entidad incumplió sus obligaciones, luego sólo puede ocuparse de determinar si se causaron los perjuicios reclamados.

En efecto, en un caso como ese hay que tener en cuenta que el tribunal Administrativo declara que la entidad estatal incumplió el contrato, y por tanto ordenó a la entidad pública pagar parte de la indemnización solicitada en la demanda. Por lo anterior, si la demandante apela parte de esta decisión –la que le fue desfavorable-, porque en su criterio debió condenarse a la entidad a pagar los perjuicios no reconocidos, el superior sólo puede estudiar ese aspecto.

En este orden, la Sala sólo tendría competencia para pronunciarse sobre los asuntos propuestos por el único recurso de apelación: la indemnización de perjuicios, respetando el hecho de que ya obtuvo en primera instancia parte de sus pretensiones. En esta medida, no será posible declarar en segunda instancia que el contrato es nulo.

En estos términos, la Sala reformaría en peor del apelante único, pues le anularía el contrato que el *a quo* declaró incumplido. Esto, sin duda, constituiría una reforma en contra del único apelante, porque una declaración satisfactoria a sus pretensiones, obtenida en la primera instancia, se modificaría en la segunda, so pretexto de negar tan sólo lo apelado, pero no lo concedido por el *a quo*.

Y es que el principio–derecho constitucional y fundamental de la *no reformatio in pejus* no puede desconocerse ni transgredirse en aras de proteger el interés general. En efecto, en un Estado Social de Derecho, el individuo es el eje central del poder público, razón por la que las Constituciones Políticas adquieren altísima relevancia en la delimitación y configuración de las garantías mínimas de aquél en aras de protegerlo de actuaciones censurables provenientes de las autoridades públicas, o inclusive de terceros.

El anterior paradigma fue el bastión sobre el que se levantó el constitucionalismo moderno a partir de la posguerra, lo que significó la reformulación de la exigua Sociedad de Naciones, para darle paso a la creación de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y, por consiguiente, abrirle camino a lo que el eximio profesor Gustavo Zagrebelsky denominó el “derecho dúctil”, es decir, un constitucionalismo moderno que irradia todo el ordenamiento jurídico.

A diferencia de lo sostenido, estoy convencido que la defensa de la legalidad y de las normas imperativas no puede exceptuar la fuerza vinculante de un derecho fundamental, en este caso, la garantía que tiene todo apelante único de que la sentencia impugnada no le será reformada en peor. En esa línea de pensamiento, debo enfatizar que me aparto de las posturas que se fundamentan en el principio democrático o de pura legalidad para cuestionar los planteamientos trazados en los modernos textos constitucionales.

En ese orden de ideas, la defensa acérrima del principio de legalidad tiene que ceder ante las garantías constitucionales modernas, de manera concreta, frente a

aquellas que se relacionan con derechos fundamentales, dentro de las cuales se encuentra el principio de la no reforma en peor.

Incluso, en materia penal –que tiene mayor incidencia en cuanto se refiere a aspectos de orden público, buenas costumbres, legalidad pura– al condenado que apela en aras de obtener una rebaja en la pena, y que en el curso de la segunda instancia se advierte que habría lugar a imponer una pena mayor, la citada protección constitucional impide que se le haga más gravosa la situación y se le garantice la sanción inicialmente impuesta.

Por lo tanto, la prevalencia del interés general sobre el individual y la finalidad de la defensa de la legalidad, no pueden sobreponer el orden constitucional instituido para proteger al individuo del ejercicio del poder público, incluido del judicial.

Y, si bien, el criterio expresado en el fallo tiene un objetivo altruista o plausible con miras a proteger el interés general, lo cierto es que no puede admitirse, se insiste, que en un ordenamiento jurídico como el Colombiano, que se precia de llevar con orgullo el modelo insigne de Estado Social de Derecho, existan excepciones creadas desde la pura legalidad a garantías y principios de rango constitucional.

Esto significa que si sólo una parte del proceso apela la sentencia que le es favorable, el juez superior no puede corregir eventuales errores del inferior -so pretexto de hacer prevalecer la legalidad-, sin transgredir la garantía constitucional a que se alude.

En este contexto, impugnar será peligroso para el apelante único, porque no llegará a la segunda instancia con la garantía constitucional de que le mantendrán, por lo menos, lo que le concedieron en la primera instancia. Es decir, le pueden reformar en peor, pese a que el recurso de apelación se instituyó para defender sus intereses.

2. Segunda razón de mi disentimiento con la Sala: No existe objeto ilícito cuando la ejecución de un contrato de obra empieza sin contar con los terrenos donde se realizarán los trabajos.

La Sala incurrió en un error de apreciación que tampoco puedo compartir: anuló el contrato, pues se dice adolece de objeto ilícito, en razón de la ausencia de predios

donde se debían ejecutar las obras lo que lo hacía incurrir en este defecto, porque se viola el principio de planeación -pág. 15 a 16 de la providencia-.

Este precedente, que reitera esta posición de la Subsección C, resulta peligroso, por decir lo menos, pues sin ambages exige que los contratos de obra cuya ejecución requiera predios que no aún no tiene la entidad en su poder se deban comprar antes de iniciar la ejecución del contrato. Esta posición crea una rigidez en los contratos que ya no sólo repercute sobre el problema de ejecución material de las obligaciones, sino que ahora afecta la legalidad el negocio jurídico, pues si no se cuenta con el terreno que se requiere para ejecutar el contrato adolecerá de este vicio de la voluntad.

Esta posición crea varias dudas difíciles de entender, para aplicar su solución a los casos concretos; por ejemplo, cómo aplicar esta tesis a los contratos de concesión de carreteras, que suponen la ejecución de trabajos a lo largo de varios kilómetros de extensión? Se necesitan todos los terrenos para celebrar el contrato o para iniciar su ejecución? Me preocupa que la respuesta sea positiva, porque de ser así esta jurisprudencia habrá introducido una incertidumbre en los negocios difícil de administrar.

Además, la causal de nulidad que prosperó –objeto ilícito- se fundó en la violación al *principio de planeación contractual*, cuyo alcance o contenido concreto en este específico caso sólo dilucidó la Subsección C, expresando que atenta contra él, y por tanto contra el objeto del contrato, asumir obligaciones en materia de ejecución de obras públicas sin contar con los inmuebles donde se ejecutarían los trabajos.

Ahora, tampoco se diga que me parece un problema pequeño que una entidad asuma obligaciones que puede incumplir fácilmente; lo que sucede es que esto debe acarrear consecuencias relacionadas con el incumplimiento del contrato, pero no con su validez.

Por esta razón, la Sala rompió la cuerda de esta discusión por el extremo más débil, el del contratista, quien sin ser responsable o tener bajo su control el principio de planeación contractual en la fase precontractual, sin ser garante de la conducta de la administración en la misma etapa, resultó soportando las consecuencias de ese forma de obrar, como si hubiera participado de ella.

En último término, creo que sorprende a todos que el incumplimiento en la entrega oportuna al contratista de los terrenos necesarios para las obra, ahora se convierta en causal de nulidad absoluta, y no de incumplimiento de las obligaciones, generador de responsabilidad patrimonial.

En estos términos dejo sustentada mi diferencia con la posición mayoritaria.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO