

CONTRATO ESTATAL – Aplicación del principio de planeación

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 planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato [...] 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 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 [...] Así que entonces en este caso 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 y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos»

NULIDAD – Nulidad absoluta

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes. [...] 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 obtenido, 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.

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.

REFORMATIO IN PEJUS – Apelante único

El principio de la reformatio in pejus impide que, por regla general, se haga más 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. [...] en la reformatio in pejus, las facultades del juez se restringen para proteger el derecho individual del apelante único. [...] 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. [...] En el asunto que se revisa en esta segunda instancia está plenamente demostrado que en el contrato que celebraron el señor Jairo Ospina Cano y el Area Metropolitana de Bucaramanga el 14 de diciembre de 1994, distinguido con el número 0366-1, se violó el deber de planeación toda vez que él se celebró sin haber adquirido los predios sobre los cuales se construiría el puente peatonal de San Antonio de Carrizal, ni haber adelantado las diligencias necesarias para ello, a pesar de que se pactó como plazo de ejecución de la obra un lapso de tiempo muy breve como lo fue el de 60 días que las partes convinieron, lo que desde ese momento ya indicaba, como efectivamente ocurrió, que la obra contratada no podría ejecutarse en esas circunstancias y en ese plazo. [...] el plenario da cuenta de que más de dos años después de

haber sido celebrado el contrato, los terrenos no habían sido adquiridos en su totalidad, tal como se deduce de la comunicación del contratista del 4 de febrero de 1996 y de que la obra finalmente no se construyó. [...] La violación del deber de planeación determina en este asunto la nulidad absoluta del contrato No. 0366-1 que las partes celebraron el 14 de diciembre 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.

NULIDAD ABSOLUTA – Obligación de restitución del anticipo

Como la administración le entregó al contratista la suma de [...] a título de anticipo, se ordenará que este la restituya debidamente actualizada, teniendo en cuenta que se trata de un decreto oficioso de nulidad y que la entidad estatal no se ha beneficiado toda vez que el interés público no se ha satisfecho en medida alguna ya que el puente contratado no se construyó ni siquiera parcialmente. De otro lado, de no ordenarse la restitución del anticipo, el contrato cuya nulidad aquí se decreta terminaría en la práctica produciendo un efecto como si fuera válido y, lo que es peor, en detrimento del patrimonio público.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013).

Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315)

Actor: JAIRO OSPINA CANO

Demandado: AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 25 de septiembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se declaró la nulidad de las Resoluciones No. 220 de 1996 y 036 de 1997, se declaró el incumplimiento del contrato No. 0366-1 de 1994 así como su terminación, se liquidó el contrato de tal forma que resultó a cargo del contratista el deber de cancelar la suma de \$515.875,61 por concepto de devolución del saldo del anticipo y se negaron los restantes pedimentos de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

En demanda presentada el 1 de diciembre de 1998¹ contra el **Área Metropolitana de Bucaramanga, Jairo Ospina Cano** pidió que se declarara la nulidad de las Resoluciones No. 220 del 30 de octubre de 1996 y 036 del 6 de marzo de 1997 por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato No. 0366-1 de 1994, la declaratoria de que el contrato se encuentra vigente pues no fue terminado legalmente, que se declarara que el demandado incumplió el contrato porque no suministró los predios en los que se iba a ejecutar la obra, porque realizó la liquidación unilateral de manera indebida y porque no canceló los trabajos ejecutados por el contratista.

Solicitó, como consecuencia de las anteriores declaraciones, que se decretara la terminación del contrato, que se ordenara su liquidación y que se condenara al accionado al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales debidamente actualizados.

En subsidio, pidió que se declarara responsable a la entidad contratante por el incumplimiento del contrato al no haber adquirido oportunamente los predios en los que se debía ejecutar la obra y, en consecuencia, que se condenara al accionado al reconocimiento y pago de los valores que resulten de la liquidación del contrato.

Estimó la cuantía en \$100'000.000.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

El 14 de diciembre de 1994, el demandante y el demandado celebraron el contrato No. 0366-1 por medio del cual aquel se obligó a construir, por el sistema de precios unitarios, el puente peatonal de San Antonio de Carrizal.

Como valor total del contrato No. 0366-1 de 1994 se convino la suma de \$29'296.061,88 de la cual se canceló al contratista \$11'367.829,75 a título de anticipo y que corresponden al 40% del valor del contrato.

El contratista invirtió el valor del anticipo en los asuntos relacionados con el objeto del contractual.

El plazo de ejecución de la obra se pactó en 60 días calendario contados a partir del acta de iniciación de obras, y en ésta se precisó que el 2 de enero de 1995 era la fecha oficial de la iniciación y que por consiguiente el contrato terminaría el 2 de marzo de ese mismo año.

El 6 de enero de 1995 las partes convinieron suspender el contrato debido a que los propietarios de los terrenos en los que se debían ejecutar las obras, impidieron el ingreso al contratista alegando que ellos no habían enajenado sus predios a la entidad contratante.

El 23 de enero de 1995, el contratista solicita al contratante que recibiera la estructura metálica del puente objeto del contrato, cuya construcción había subcontratado con autorización previa, a lo cual se le responde que no era conveniente hasta tanto no se solucionara el conflicto sobre la propiedad del

¹ Folios 78 a 102 del c. No. 1.

terreno.

El 10 de abril de 1995, el contratante solicita al contratista que inicien los trámites para liquidar el contrato de mutuo acuerdo debido a la imposibilidad de ejecutar las obras.

Por su parte, el contratista manifiesta su intención de construir el puente peatonal de San Antonio de Carrizal y por consiguiente, pide que el contratante resuelva el conflicto con los propietarios de los predios.

El 2 de febrero de 1996, el Interventor le comunica al contratista que está autorizado para continuar con la ejecución del objeto contractual y, el 4 de febrero siguiente, el contratista le responde manifestando que no es procedente reiniciar las obras en razón a que aún no se han adquirido los terrenos y, por otro lado, reclama el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

El 30 de octubre de 1996, el contratante expide la Resolución No. 220 por medio de la cual liquida unilateralmente el contrato con fundamento en que no han cesado las causas que originaron la suspensión de las obras.

El Área Metropolitana de Bucaramanga le notifica su decisión al contratista mediante el oficio GAMB-1514-96 del 5 de noviembre de 1996 en el cual manifiesta que por circunstancias ajenas a la voluntad de la Administración decidió liquidar el contrato de forma unilateral.

Como quiera que el contratista recurrió el acto administrativo por medio del cual se liquidó el contrato, la entidad contratante expidió la Resolución No. 036 del 6 de marzo de 1997 en la cual resolvió confirmar todas y cada una de las partes de su decisión.

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.

Después de decretar y practicar pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por todos éstos.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 25 de septiembre de 2003 el Tribunal Administrativo de Santander declaró la nulidad de las Resoluciones No. 220 de 1996 y 036 de 1997, declaró el incumplimiento del contrato No. 0366-1 de 1994 así como su terminación, liquidó el contrato de tal forma que resultó a cargo del contratista el deber de cancelar la suma de \$515.875,61 por concepto de devolución del saldo del anticipo y negó los restantes pedimentos de la demanda.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

Antes de resolver el fondo del asunto, el *a quo* despacha desfavorablemente las excepciones de cláusula compromisoria y de indebida acumulación de pretensiones propuestas por la entidad contratante al considerar que la legalidad de los actos administrativos sólo puede desvirtuarse judicialmente con

independencia de que las partes hayan pactado una cláusula compromisoria y que tanto la solicitud de declarar la vigencia, el incumplimiento y la terminación de un contrato estatal como la de declarar la nulidad de actos administrativos expedidos en desarrollo del mismo son pretensiones propias de la acción de controversias contractuales.

El *a quo* advierte que el Área Metropolitana de Bucaramanga inició la etapa precontractual con el propósito de vincular a un particular a la prestación de un servicio público.

Como quiera que la Administración es la responsable de realizar los estudios previos a la celebración del contrato así como el establecimiento del pliego de condiciones o de los términos de la convocatoria, cualquier conducta que realice en el ejercicio de ésta función y que genere perjuicios a su contratista le genera la obligación de indemnizar la disminución patrimonial que ocasione pues así lo dispone el artículo 50 de la ley 80 de 1993.

Debido a que en el caso concreto la Administración inició el proceso de selección del contratista sin adquirir los predios necesario para ejecutar el objeto contractual, aquella es quien debe soportar los perjuicios derivados de su falta de planeación que no el particular que resultó seleccionado.

El Tribunal no se detiene a examinar la legalidad del acto administrativo por medio del cual la entidad contratante impuso una multa al contratista sancionando así el mal manejo dado al anticipo en razón a que ese no es el asunto objeto del presente debate.

Por otro lado, el sentenciador de primera instancia considera que el Área Metropolitana de Bucaramanga liquidó el contrato No. 0366-1 de 1994 de forma ilegal pues no lo hizo en los términos del artículo 61 de la ley 80 de 1993, según el cual la liquidación del contrato procede después de su finalización ya sea porque se ejecutó el objeto contractual o porque la Administración así lo declara en ejercicio de sus facultades excepcionales.

El Tribunal señala que la entidad contratante asimiló la suspensión indefinida del contrato a la terminación del contrato y en virtud del error procedió a liquidarlo de forma ilegal.

En consecuencia, el Tribunal considera que el Área Metropolitana de Bucaramanga incumplió el contrato No. 0366-1 de 1994 al no adquirir los predios sobre los cuales el contratista debía ejecutar la prestación a su cargo y por ésta razón decreta su terminación.

Como quiera que la terminación del contrato se debe a causas imputables a la entidad contratante, el Tribunal lo liquida reconociéndole al contratista el valor de \$11'188.212 a título de la utilidad esperada y de los gastos en que incurrió al pagar los obreros y al construir la estructura metálica del puente, valor éste que una vez descontado de los \$11'367.829,75 que recibió como anticipo, genera un saldo a favor del contratante por el valor de \$179.617,75, que asciende a \$515.875,61 ya actualizado.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto la parte demandante interpuso el recurso de apelación por estimar que, pese a que la entidad contratante incumplió el contrato No. 0366-1 de 1994 al inobservar tanto el principio de economía establecido en el numeral 12 del

artículo 25 de la ley 80 de 1993 como el principio de responsabilidad del artículo 26 de la misma normatividad durante la etapa precontractual, el Tribunal sólo reconoció al contratista los gastos en que incurrió por concepto de obreros, construcción de la estructura metálica del puente y utilidad esperada sin incluir las erogaciones realizadas a título de compra de materiales, herramientas, instalación de la electricidad y arrendamiento de una bodega.

El apelante trajo a cuento una sentencia de esta Corporación sobre el equilibrio económico del contrato para señalar que cuando los factores que generan el desequilibrio son ajenos al contratista, a la Administración le corresponde asumir los costos necesarios para que su contraparte obtenga la utilidad esperada sin que esto implique una exoneración de la obligación de soportar los riesgos normales que no los anormales o extraordinarios del contrato.

El recurrente sostiene que la entidad contratante le causó perjuicios al contratista no sólo al actuar de forma negligente durante la etapa precontractual pues no adquirió los predios sino también al prolongar indefinidamente la suspensión del contrato pues no tomó las medidas necesarias para superar la causa de la parálisis del contrato ni utilizó la cláusula excepcional de terminación unilateral del contrato.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

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

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

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.

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.

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>.

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 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

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 [...]”

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.

Mucho menos podrán pretender los contratistas, en este último caso, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos.

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 lapso de tiempo muy corto (v/gr. 60 días) 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, 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 serías fallas de planeación puesto que todo indica que el objeto contractual no podrá realizarse.

Así que entonces en este caso 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 y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos.

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

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

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

⁹ Numeral 2º.

¹⁰ Numeral 3º.

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

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.

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 de 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

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”.

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 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.

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.

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 Hinestroza. Liber Amicorum*, t. II, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 1993, del cual se han tomado parte de las consideraciones sobre este aspecto.

¹⁵ Partida V, Título XIV, Ley XLIX.

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 Area Metropolitana de Bucaramanga y el Señor Jairo Ospina Cano (14 de diciembre 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 el señor Jairo Ospina Cano y el Area Metropolitana de Bucaramanga el 14 de diciembre de 1994, distinguido con el número 0366-1, se violó el deber de planeación toda vez que él se celebró sin haber adquirido los predios sobre los cuales se construiría el puente peatonal de San Antonio de Carrizal, ni haber adelantado las diligencias necesarias para ello, a pesar de que se pactó como plazo de ejecución de la obra un lapso de tiempo muy breve como lo fue el de 60 días que las partes convinieron, lo que desde ese momento ya indicaba, como efectivamente ocurrió, que la obra contratada no podría ejecutarse en esas circunstancias y en ese plazo.

En efecto, el plenario da cuenta de que más de dos años después de haber sido celebrado el contrato, los terrenos no habían sido adquiridos en su totalidad, tal como se deduce de la comunicación del contratista del 4 de febrero de 1996¹⁶ y de que la obra finalmente no se construyó.

La violación del deber de planeación determina en este asunto la nulidad absoluta del contrato No. 0366-1 que las partes celebraron el 14 de diciembre 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 la administración le entregó al contratista la suma de \$11'367.829,75 a título de anticipo, se ordenará que este la restituya debidamente actualizada, teniendo en cuenta que se trata de un decreto oficioso de nulidad y que la entidad estatal no se ha beneficiado toda vez que el interés público no se ha satisfecho en medida alguna ya que el puente contratado no se construyó ni siquiera parcialmente.

De otro lado, de no ordenarse la restitución del anticipo, el contrato cuya nulidad aquí se decreta terminaría en la práctica produciendo un efecto como si fuera válido y, lo que es peor, en detrimento del patrimonio público.

La cantidad será actualizada de acuerdo con la fórmula

$$Ra = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

¹⁶ Folio 36 del c. No. 1.

Índice inicial,

Como índice inicial se toma 50.10 que correspondende al de diciembre de 1994 y como índice final 112.88 que corresponde al de marzo de 2013.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 25 de septiembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, y en su lugar **DECRETAR LA NULIDAD ABSOLUTA** del contrato No. 0366-1 celebrado el 14 de diciembre de 1994 entre el Área Metropolitana de Bucaramanga y el señor Jairo Ospina Cano.

SEGUNDO: CONDENAR al señor **JAIRO OSPINA CANO** a que **RESTITUYA** al **ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA** la suma de **ONCE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS VEINTINUEVE PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (\$11'367.829,75)** que recibió a título de anticipo, la que ya actualizada asciende hoy a **VEINTICINCO MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS (\$25.612.786.87).**

TERCERO: 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 los contratos violando el deber de planeación.

CUARTO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado
Salvó voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente

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

Bogotá D.C., veinte (20) de mayo de dos mil trece (2013)

Rad.: 68001- 23-15-000-1998-01743-01
Exp.: 27.315
Demandante: Jairo Ospina Cano
Demandado: Área Metropolitana de Bucaramanga

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto frente a las decisiones de la Sala, salvo mi voto frente a la sentencia proferida el veinticuatro (24) de abril 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 Área Metropolitana de Bucaramanga para que: i) declarara la nulidad de las resoluciones que liquidaron unilateralmente el contrato; ii) declarara su incumplimiento, por la no entrega de los predios para ejecutar la obra; para que terminara el contrato; y iii) condenara al pago de perjuicios materiales.

Sostiene el demandante que el plazo de ejecución fue de 60 días calendario, pero que desde que empezó a ejecutarse se suspendió el término, 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, el mismo demandante apeló la decisión, porque no le concedieron parte de la indemnización que reclamó. 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 –pág. 14 y 15 de la providencia-.

ii) El proyecto añade que no se violó el principio de la *no reformatio in pejus*, porque la nulidad absoluta se declara de manera oficiosa, aun en la segunda instancia, e impone un control de legalidad para proteger el interés general.

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

La forma en que la Sala resolvió este recurso de apelación entraña una *reformatio in pejus*, aunque anunció expresamente que no incurriría en ello, pues si en primera instancia se declaró el incumplimiento del contrato y la consecuente responsabilidad a cargo de la entidad estatal, entonces debe entenderse que en esta instancia ya no es posible estudiar ese punto, es decir, el tema del incumplimiento, porque 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, hay que tener en cuenta que el tribunal Administrativo declaró 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, la demandante apeló parte de esta decisión –la que le fue desfavorable-, porque en su criterio debió condenarse a la entidad a pagar los perjuicios no reconocidos.

En estos términos, la Sala sólo tenía competencia para pronunciarse sobre los aspectos 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 era posible declarar en segunda instancia que el contrato es nulo.

En estos términos, la Sala reformó en peor del apelante único, porque le anularon el contrato que el *a quo* declaró incumplido. Esto, sin duda, constituye una reforma en contra del único apelante, porque una declaración satisfactoria a sus pretensiones, obtenida en la primera instancia, fue modificada 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 a las garantías constitucionales modernas, de manera concreta, frente 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 apeló 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, la decisión contenida en el fallo de la Sala 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.

Como corolario de lo anterior, considero que en el asunto *sub examine* se imponía partir del supuesto creado por el *a quo*, según el cual la entidad estatal incumplió el contrato, y sólo debió estudiar si se causó el perjuicio material adicionalmente pedido.

Esto significa que si sólo una parte del proceso apela la sentencia que le es favorable, el juez superior ni siquiera puede corregir eventuales errores del inferior -so pretexto de hacer prevalece la legalidad-, sin transgredir la garantía constitucional a que se alude. La prueba incontrastable de la validez de este argumento, aplicado al caso concreto, es que si el actor no hubiera apelado habría mantenido una sentencia parcialmente favorable a sus pretensiones; pero resultó que por impugnar la decisión se le anuló el contrato, es decir que el juez de segunda instancia le revocó lo que le otorgó el *a quo*.

En este contexto, impugnar será peligroso para un 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 podía compartir: anuló el contrato, porque adolece de objeto ilícito, porque la ausencia de predios donde se debían ejecutar las obras lo hacía incurrir en este defecto, porque se violó el principio de planeación -pág. 14 a 15 de la providencia-.

El precedente que crea 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 desde 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 la validez del mismo.

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