

CONTRATACION ESTATAL - Finalidad

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.

ESTUDIOS PREVIOS - Finalidad.

Los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado 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

COSTO REAL - Noción.

El valor de las cosas o servicios que se van a contratar teniendo en cuenta las diversas variables tales como cantidad, calidad especialidad, momento, lugar, etc., persigue ineludiblemente que la Administración no pague ni más ni menos de lo que verdaderamente cuestan en el mercado para ajustarse así a la conmutatividad objetiva que de acuerdo con el artículo 28 de la ley 80 de 1993 debe imperar en el contrato estatal.

PRECIO - Factor de Selección

Dentro de los factores que inciden en la selección objetiva está el del precio, factor este que de todo lo que se ha expresado se deduce que es el del mercado, esto es aquel que tienen los bienes o servicios en un momento y lugar determinado habida cuenta de su cantidad, calidad, especialidad, etc.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, veintiocho (28) de marzo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 73001-23-31-000-1999-00536-01(22471)

Actor: PABLO EMILIO MARTINEZ ENCISO

Demandado: MUNICIPIO DE IBAGUE

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor Pablo Emilio Martínez Enciso contra la sentencia del 10 de diciembre de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

En demanda presentada el 8 de abril de 1999¹ contra el Municipio de Ibagué, el señor Pablo Emilio Martínez Enciso pidió que se declarara que el demandado había incumplido los contratos números 0056 y 144, celebrados respectivamente el 28 de noviembre de 1997 y el 16 de diciembre de este mismo año.

Solicita como consecuencia de la anterior declaración que se resuelvan los mencionados contratos y que se condene al demandado a pagar una suma no inferior a \$218.947.000, junto con los correspondientes intereses, por concepto del lucro cesante y del daño emergente que ha padecido con el incumplimiento

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

El 28 de noviembre de 1997 demandante y demandado celebraron el contrato No. 0056 que tenía por objeto la entrega, instalación y puesta en funcionamiento de tres computadores destinados al servicio de varias de las dependencias de la administración municipal, en el que se pactó como precio la suma de \$11.000.000.

El 16 de diciembre de 1997 demandante y demandado celebraron el contrato No. 144 que tenía por objeto la entrega, instalación y puesta en funcionamiento de varios equipos de sistemas destinados al servicio de sendos centros educativos del Municipio de Ibagué, en el que se pactó como precio la suma de \$ 99.970.000.

En cada uno de estos contratos el Municipio se obligó a entregar el 50% de su valor a título de anticipo al momento de su suscripción y el saldo restante a la entrega satisfactoria de los bienes materia de la negociación.

En el mes de mayo de 1998 el demandante pidió al Municipio que le informara la razón por la cual hasta ese momento no se había ordenado ni la actualización de precios ni el pago de los anticipos correspondientes, petición a la que respondió el demandado en el sentido de informar que se estaban adelantando todas las gestiones necesarias para la cancelación de las obligaciones adquiridas en razón de esos contratos y que aún se estudiaba la viabilidad de la actualización de los precios.

Hasta el momento de la presentación de la demanda el Municipio aún no había hecho entrega de los anticipos acordados lo que implica un incumplimiento de los contratos y grandes perjuicios para el demandante.

El demandante, como consecuencia del incumplimiento del Municipio al no percibir las utilidades esperadas de esos contratos, incumplió otras obligaciones que había contraído con terceras personas entre las que se destacan las adquiridas con el

¹ Folios 26 a 34 del c. No. 1.

proveedor de los equipos que se obligó a entregar, una promesa de compraventa de inmueble celebrada con Lucía Isabella Jamardo Márquez y un contrato de compraventa sobre unas vacas que celebró con el señor Gregorio Tovar.

Con el señor Jaime Saíz, proveedor de los equipos que se obligó a entregar, perdió las sumas de \$2.925.0000 y \$26.000.000 que dio a título de arras en los contratos de compraventa que celebró con aquel sobre los bienes que el demandante se obligó a dar al Municipio en razón de los contratos tantas veces mencionados.

Con la señora Lucía Isabella Jamardo perdió la suma de \$15.000.000 que dio a título de arras en el contrato de promesa de compraventa de un inmueble que celebró con aquella.

Con el señor Gregorio Tovar perdió la suma de \$2.000.000 que dio a título de arras en el contrato de compraventa de unas vacas que celebró con aquel.

Además, dice el demandante, su patrimonio se ha menoscabado porque ha dejado de percibir las utilidades que le reportarían los contratos celebrados con el Municipio ya que esas ganancias, debidamente trabajadas, le hubieran reportado un provecho equivalente al 8% mensual.

También se mermó su patrimonio al haber realizado gastos para la celebración de los contratos que el municipio incumplió y para el pago de los honorarios del abogado.

Finalmente el actor asevera que el incumplimiento le causó perjuicios morales porque se afectó su credibilidad comercial ya que se dañó su imagen ante los proveedores y clientes.

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 aprovecharon todos ellos.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 10 de diciembre de 2001 el Tribunal Administrativo del Tolima acogió parcialmente las pretensiones de la demanda pues declaró el incumplimiento del Municipio, lo condenó a pagar la suma de \$16.677.140.90 por concepto de perjuicios materiales 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 considerar que se encuentra probada la celebración de los contratos así como su incumplimiento por parte del Municipio.

Lo primero con la copia auténtica de los documentos que los contienen y lo segundo con la aceptación que hizo el Municipio al contestar la demanda al expresar que no pudo pagar los anticipos pactados por la difícil situación económica por la que atravesaba.

En cuanto a los perjuicios el Tribunal estima que sólo debe reconocerse la utilidad que se esperaba obtener con ellos, es decir el 10% de su valor que asciende a \$11.000.000, y los gastos por concepto de pólizas de cumplimiento y publicación de los contratos que ascienden a \$ 126.888, lo que arroja un total de \$11.126.888 que una vez actualizado queda en \$16.677.140.90.

Los restantes perjuicios deprecados los niega argumentando que tienen su origen en circunstancias ajenas a los contratos celebrados con el Municipio y que el demandante ha debido esperar a que se produjera el resultado de éstos ya que ellos crean meras expectativas y se sabe que las entidades estatales incumplen sus obligaciones sobre todo cuando cambian las administraciones.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

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

Empieza el apelante por mostrar su inconformidad con la decisión de condenar al Municipio a pagar solamente la suma de \$16.677.140.90 correspondientes a la utilidad esperada de los contratos porque, de un lado deben ser indemnizados todos los perjuicios y el dictamen pericial los cuantifica en \$127.360.021, y, de otro lado, el 10% que el Tribunal trae a cuento es un porcentaje arbitrario porque no cuenta con respaldo probatorio ya que ninguna de las probanzas recaudadas lo enseña.

Luego critica el recurrente la aseveración del Tribunal al decir que los contratos crean meras expectativas y posteriormente se adentra en el cuestionamiento de no reconocer los quebrantos sufridos con la pérdida de las sumas de dinero que el actor entregó a título de arras en otros negocios jurídicos porque, a su juicio, entre éstos y los contratos celebrados con el Municipio existe un nexo de causalidad puesto que con las pruebas recogidas en el expediente (la documental que contienen los contratos celebrados con el Municipio y los contratos celebrados con los terceros, así como la testimonial de estos terceros contratantes) aparece plenamente demostrado que si el Municipio no hubiera incumplido el demandante no lo hubiera hecho a su vez con aquellas otras personas y no habría perdido las arras que a ellos les entregó.

Finalmente combate el hecho de que el Tribunal no se hubiera pronunciado sobre la resolución de los contratos.

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 38 de la Ley 153 de 1887 preceptúa que en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración.

Los contratos que han dado origen a esta cuestión litigiosa fueron celebrados el 28 de noviembre y el 16 de diciembre de 1997, esto es cuando aún estaba vigente el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

En consecuencia, ha de entenderse que a los referidos contratos le son aplicables aquella disposición con las implicaciones que por aquel entonces tenía.

Lo anterior no significa que el mismo principio que consagraba aquella norma, así como sus implicaciones, no se encuentren ahora plasmados en la Ley 1150 de 2007 aunque por supuesto con algunas variaciones que no son del caso aquí traer.

2. 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

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

³ Jaime Orlando 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>.

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 asegurarán 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.

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

Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado 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 del costo real del negocio proyectado, es decir el valor de las cosas o servicios que se van a contratar teniendo en cuenta las diversas variables tales como cantidad, calidad especialidad, momento, lugar, etc., persigue ineludiblemente que la Administración no pague ni más ni menos de lo que verdaderamente cuestan en el mercado para ajustarse así a la conmutatividad objetiva que de acuerdo con el artículo 28 de la ley 80 de 1993 debe imperar en el contrato estatal.

Pero además 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 teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios del mercado podrá cumplir con otro imperativo deber como es el de la selección objetiva pues tiene la obligación de escoger la propuesta más favorable.

Recuérdese que el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993, vigente por la época en que se celebraron los contratos que dieron lugar a este debate procesal, consagraba el principio de selección objetiva, que hoy también se prevé en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, al disponer que *“la selección de contratistas será objetiva”, que “es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”, que “ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido” y que “el administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.”*

Destácase entonces que dentro de los factores que inciden en la selección objetiva está el del precio, factor este que de todo lo que se ha expresado se deduce que es el del mercado, esto es aquel que tienen los bienes o servicios en un momento y lugar determinado habida cuenta de su cantidad, calidad, especialidad, etc.

Corolario de lo que hasta aquí se ha expresado es que si, por ejemplo, una entidad estatal celebra un contrato en el que resulta que el precio acordado es el doble del que realmente tienen en el mercado las cosas que constituyen su objeto, en ese contrato no

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

se cumplió con el deber de selección objetiva pues indudablemente el ofrecimiento que se hizo en la respectiva oferta no era el más favorable para la entidad.

Y este incumplimiento del deber de selección objetiva también indica que no se cumplió con el deber de planeación pues de haberlo hecho, el negocio se hubiera diseñado de tal manera que la contraprestación por las cosas ofrecidas sería igual a valor que ellas tenían en el mercado en ese momento y en ese lugar.

3. En pretérita oportunidad esta Subsección expresó lo que a continuación se transcribe por ser pertinente en este caso:

“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 constitucional⁵ o con abuso o desviación de poder.⁶

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,⁷ razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.

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

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

Si lo primero, es decir no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo segundo, esto es se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder.

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.⁸*

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

⁵ Numeral 2º. (Este pie de página corresponde al texto citado.)

⁶ Numeral 3º. (Este pie de página corresponde al texto citado.)

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324. (Este pie de página corresponde al texto citado.)

⁸ Artículo 45 de la Ley 80 de 1993. (Este pie de página corresponde al texto citado.)

prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido, consituyéndose 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 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.

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... (1997), 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.

Y lo anterior es así aún en la hipótesis en que el prescribiente se acoja a la nueva ley porque el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 dispone que “la prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aun al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir.”

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.^{9 10}

5. En el asunto que se revisa en esta segunda instancia está plenamente demostrado que en los contratos que celebraron el señor Pablo Emilio Martínez Enciso y el Municipio de Ibagué el 28 de noviembre y el 16 de diciembre de 1997, distinguidos con los números 0056 y 144, se violaron los deberes de planeación y el deber de selección objetiva toda vez que en cada uno de ellos se pactó como precio un valor igual al doble del que en realidad tenían en el mercado las cosas que constituían su objeto.

En efecto, las pruebas recaudadas enseñan que en la cadena económica de intermediación, el señor Pablo Emilio Martínez Enciso le compró al señor Jaime Saíz los computadores que con anterioridad se había obligado a entregarle al municipio de Ibagué en virtud de los contratos Nos. 0056 y 0144 y que el verdadero valor de tales cosas en el mercado era la mitad de lo que el demandante pidió y contrato y la entidad estatal se obligó a pagar por ellas.

Con otras palabras, la administración municipal no escogió la oferta más favorable puesto que no tuvo en cuenta los precios del mercado ya que de haber tenido en cuenta este factor habría advertido que se obligaba a pagar el doble del verdadero precio.

Para corroborar lo que se acaba de afirmar es suficiente mirar la prueba documental y testimonial arrojada al expediente:

En el documento que contiene el contrato No. 0056¹¹ aparece que su objeto lo constituyen 3 computadores DELL, modelo dimensión procesador Pentium 233 MHZ MMX 32 MB SDRAM, disco duro de 4 GB (10 MS) CDROM de 24* variable a MB

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de enero de 2011, expediente 16326. (Este pie de pagina corresponde al texto citado.)

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de marzo de 2011, expediente 18118.

¹¹ Folios 4 a 7 del c. No. 1.

VRAM video memoria- monitor 14.28 SVGA-512K cache memory-fax modem 33.6, tarjeta de red 3 COM-MOUSE teclado 2 universal serial bus ports. Windows 95, Office 97 y antivirus Mcaffé, por un valor cada uno de \$3.899.000 y un total de \$11.697.000 por los tres.

En el documento que contiene el contrato No. 0144¹² aparece que su objeto lo constituyen 2 computadores ACER AOPEN, procesador Pentium 1.33 MHZ, 16 MB RAM, disco duro de 2.1 GB, multimedia 16X 1 MB video memoria monitor 14" . 28 SGVA, 256 K cache memory, fax modem 33.6, mouse teclado MS Windows 95 preinstalado, por un valor cada uno de \$1.720.000 y un total de \$3.440.000 por los dos; 45 computadores ACER AOPEN, procesador Pentium 1.66 MHZ, 16 MB RAM, disco duro de 2.1 GB, multimedia 16X 1 MB video memoria monitor 14" . 28 SGVA, 256 K cache memory, fax modem 33.6, mouse teclado MS Windows 95 y antivirus preinstalado, por un valor cada uno de \$1.844.000 y un total de \$82.980.000 por los cuarenta y cinco; 15 impresoras marca EPSON FX1170, por un valor cada una de \$720.000 y un total de \$10.800.000 por las quince; y 25 estabilizadores de 1500 watos, por un valor cada uno de \$110.000 y un total de \$2.750.000 por los veinticinco.

Ahora el documento que contiene el contrato de compraventa que celebraron el 2 de diciembre de 1997 el señor Pablo Emilio Martínez Enciso y el señor Jaime Saíz¹³ entera que 3 computadores de las especificaciones a que se refiere el contrato 0056 este se los vendía a aquel en \$5.850.000 pues cada uno costaba \$1.950.000.

Y el documento que contiene el contrato de compraventa que celebraron el 19 de diciembre de 1997 el señor Pablo Emilio Martínez Enciso y el señor Jaime Saíz¹⁴ entera que los equipos de las especificaciones a que se refiere el contrato 0144 éste se los vendía a aquel en \$51.800.000 pues cada computador ACER de 1.33 MHZ costaba \$900.000 (los dos entonces \$1.800.000), cada computador ACER de 1.66 MHZ valía \$950.000 (los cuarenta y cinco entonces \$42.750.000), cada impresora EPSON tenía un costo de \$400.000 (las quince entonces \$6.000.000) y cada estabilizador tenía un precio de \$50.000 (los veinticinco entonces \$1.250.000).

El testimonio del señor Jaime Saíz¹⁵ narra que él es comerciante y que como proveedor de Pablo Emilio Martínez Enciso celebró con éste dos contratos para proveerlo de las cosas que Martínez se había obligado a entregarle al Municipio en razón de unos contratos.

Pues bien, basta analizar estos medios probatorios en su conjunto para que no quede duda alguna de lo que se afirmó al comienzo de éste numeral, esto es que en los contratos que el Municipio suscribió con Pablo Emilio Martínez Enciso el ente estatal se obligó a pagar el doble del precio del mercado y por ende se violó el deber de selección objetiva pues no se escogió la oferta más favorable para la entidad.

Y el testimonio de Jaime Saíz y los documentos que provienen de su parte apuntalan sólidamente esta conclusión pues siendo un comerciante, lo que a los fines del artículo 13 del Código de Comercio se presume por anunciarse como tal, su versión y los contratos por él celebrados nos indican que los precios relacionados en los documentos que contienen los negocios jurídicos que celebró con Pablo Emilio Martínez Enciso son los reales del mercado pues, de un lado, normalmente un comerciante no vende sus mercancías a mitad de precio y, de otro lado, no aparece demostrado que Jaime Saíz

¹² Folios 8 a 10 del c. No. 1.

¹³ Folios 22 y 23 del c. No. 1.

¹⁴ Folios 24 y 25 del c. No. 1.

¹⁵ Folios 19 a 21 del c. No. 2.

estuviera haciendo promociones y descuentos de esa naturaleza en los negocios que hizo con su cliente Martínez Enciso.

El incumplimiento del deber de selección objetiva implicó en este caso contrariar los artículos 209 y 365 de la Constitución Política así como los artículos 3º, 25, 28 y 29 (norma ésta última hoy derogada pero vigente por la época en que se celebraron los contratos) de la Ley 80 de 1993

La violación del deber de selección objetiva determina en este asunto la nulidad absoluta de los contratos Nos. 0056 y 0144 que las partes celebraron respectivamente el 28 de noviembre y el 16 de diciembre de 1997 ya que se configura un abuso o desviación de poder, nulidad esta que no puede ser saneada por ratificación de las partes, el término de prescripción extraordinaria no ha logrado sanearla y puede ser decretada oficiosamente si aparece plenamente demostrada y están presentes en el proceso todas las partes que concurrieron a su celebración, tal como ocurre en este caso.

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

Ahora, como no se entregó el precio ni las cosas que constituyen el objeto de los contratos, no hay lugar a considerar ni a resolver sobre las restituciones mutuas.

Como remate de estas consideraciones, la Sala no puede dejar de reprocharle al Tribunal los errores en que incurre al afirmar que los contratos generan meras expectativas y que las entidades estatales normalmente incumplen sus obligaciones, pues lo primero contradice toda la normatividad legal que rige la contratación y lo segundo implica en la práctica edificar una presunción de mala fe.

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 selección objetiva.

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 proferida el 10 de diciembre de 2001 por el Tribunal Administrativo del Tolima y en su lugar **DECRETAR LA NULIDAD ABSOLUTA** de los contratos Nos. 0056 y 0144 celebrados el 28 de noviembre de y el 16 de diciembre de 1997 entre el Municipio de Ibagué y el señor Pablo Emilio Martínez Enciso.

SEGUNDO: NO ORDENAR RESTITUCIÓN ALGUNA por no aparecer demostrado que se hubieran entregado las cosas objeto de los contratos o el correspondiente precio.

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 selección objetiva.

CUARTO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente