

Cartagena de Indias D.T. y C., cinco (05) de junio de dos mil veinte (2020).

Medio de control:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicado:	13-001-33-33-011-2012-00102-01
Demandante:	LUIS FERNANDO OROZCO ZAMMATA
Demandada:	DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
Magistrado Ponente:	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema:	NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida el dieciocho (18) de diciembre de dos mil catorce (2014), por el Juzgado Décimo Primero Administrativo de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones.

Pretende el actor lo siguiente (se transcriben):

“PRIMERO: Que el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias,, se sirva recibir las obras de construcción de Cafetería de la Institución Educativa Oficial Técnica de Pasacaballo, derivada el contrato de obra pública No. 6-067-167 del 24 de febrero de 2010, suscrito entre el mencionado entre territorial y el señor Luis Fernando Orozco Zammata.

SEGUNDO: Que se ordene la terminación y liquidación del contrato de obra pública No. 6-067-167 del 24 de febrero de 2010, entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y el ingeniero Luis Fernando Orozco Zammata.

TERCERO: Que el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, en virtud del contrato No. 6-067-167 del 24 de febrero de 2010, cumpla con el pago de las obligaciones contractuales estipuladas expresamente en la cláusula cuarta del mencionado contrato, el cual a la fecha, presenta un saldo a favor por recibir por parte del contratista correspondiente al saldo contractual con reajuste de precios 2012 de CIENTO SIETE MILLONES VEINTICINCO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON CUATRO CENTAVOS (\$107.025.492.04).



SC5780-1-9

CUARTO: Que el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, cancele a mi defendido, los intereses comerciales y moratorios derivados del incumplimiento contractual, por no recibir en el tiempo estipulado en el contrato No. 6-067-167 del 24 de febrero de 2010, la terminación de las Obras de Construcción de Cafetería de la Institución Educativa Oficial técnica de Pasacaballos, tal cual como se establece en el artículo 5 del Régimen de la Contratación Estatal y demás normas concordantes. Por valor de TREINTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA PESOS CON OCHENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$33.256.630,84).

QUINTO: Que se condene al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias a pagar al señor Luis Fernando Orozco Zammata, los daños materiales derivados del daño emergente y lucro cesante, como indemnización, a los perjuicios ocasionados a mi defendido por no recibir la entidad demanda en el tiempo estipulado en el contrato NO. 6-067-167 del 24 de febrero de 2010, la terminación de las Obras de Cafetería de la Institución Educativa Oficial Técnica de Pasacaballos."

1.2. Hechos.

Fueron expuestos en síntesis los siguientes:

Cuenta el abogado que en audiencia de adjudicación celebrada el 29 de diciembre de 2009, se adjudicó a su poderdante, mediante acto administrativo número 2824 de la misma fecha, "el proceso de selección abreviada de menor cuantía número 28 de 2009".

Que el 1 de junio de 2010, y luego de haber cancelado el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias al contratista el anticipo estipulado en el párrafo primero de la cláusula cuarta del contrato, se dio inicio a las obras del contrato de la referencia en el corregimiento de Pasacaballos, tal cual como consta en el acta de inicio de la misma fecha.

Precisó que desde el mismo momento en que se adjudicó el contrato, se empezaron a detectar problemas de diseño, cambios significativos en el cuadro de cantidades respecto de las obras contratadas, lugar o ubicación del sitio donde se hizo la obra, entre otras, conllevando todo esto, a atrasos ajenos al contratista, y pérdidas que han afectado drásticamente el **equilibrio económico del contrato**, lo cual fue comunicado en su momento al señor Roberto Castillo Ortiz, como interventor del contrato.

Que en varias oportunidades fue necesario suspender las obras por inconvenientes ajenos al contratista, tales como solicitar autorizaciones para poder implementar la accesibilidad presentada en solo dos niveles y rampas para discapacitados, como consta en el acta de suspensión Nro. 1 de fecha 11 de junio de 2010.



SC5780-1-9

Informó que las obras ejecutadas inicialmente fueron pactadas en la cláusula cuarta del contrato por un valor de **\$246.530.577** y que el costo final de las obras fue de **\$276.323.891,23**, evidenciándose un sobrecosto de \$29.793.313,31, pactado en el contrato inicial, quedando un saldo pendiente por cancelar de \$75.422.704,28, incluyendo mayores cantidades de obra y muro de contención autorizado por la interventoría y la Secretaria de Educación Distrital.

Finalmente acotó que la totalidad del proyecto a la fecha se encuentra ejecutado y el Distrito no ha procedido a recibir las obras, afectando con ello gravemente el equilibrio económico del contrato y causando al actor perjuicios en su patrimonio.

Que el día 18 de abril de 2011, el Distrito procedió a realizar la liquidación bilateral de forma irregular, dado que levantó un acta final de obras en la cual en su contenido aparece supuestamente avaluado las obras contratadas y ejecutadas, señalando un valor a pagar y un saldo a favor del Distrito totalmente errado.

Que de igual forma, para la misma fecha se levanta un acta de “Recibo de Veeduría” y un “Acta de Liquidación”, en el cual supuestamente el convocado recibe a satisfacción las obras contratadas y se liquidan las mismas, hecho que es totalmente falso porque hasta la fecha no se han recibido ni se ha procedido a realizar la terminación y liquidación de la obra ejecutada.

Que a la fecha la entidad no ha cumplido con el pago de las obligaciones contractuales estipuladas expresamente en la cláusula cuarta del contrato, violando así ostensiblemente el debido proceso que se debe seguir en toda actuación contractual.

2. Contestación.

El ente territorial se opuso a las suplicas de la demanda, argumentando que no corresponden a la realidad de los hechos y normas que se invocan como fundamento de ellas.

Aceptó que desde el inicio se detectaron inconvenientes para la ejecución de la obra, pero precisó que por esa razón se suspendió el contrato con acta de suspensión No. 1 de fecha 11 de junio de 2010, donde se dejó constancia



SC5780-1-9

que “una vez realizado el levantamiento topográfico planimétrico y altimétrico del sitio, se detecta que es necesario realizar corte de terreno para poder implementar la accesibilidad presentada en solo dos niveles y rampas para discapacitados del diseño arquitectónico propuesto, se le ha solicitado al Arq. ALEXANDER RODRÍGUEZ autorizar tales actividades”, y posteriormente el 9 de noviembre de 2010 se reiniciaron las obras teniendo en cuenta que el Secretario de Educación Distrital autorizó las obras priorizadas para ejecutar la cuantía contractual.

Respecto al precio del contrato aclaró que según el acta de liquidación del mismo, el valor fue de \$246.530.577, pero el valor de las obras ejecutadas es de \$228.564.490, quedando un saldo a favor del Distrito de \$17.966.087.

Frente al hecho de no haberse liquidado el contrato, comunicó que no es cierta esa aseveración, pues si se liquidó el contrato ya que se suscribieron acta final de obra y acta de liquidación y puso de relieve que dicha actas contiene una información veraz ratificada por el interventor del contrato.

3. Sentencia de primera instancia¹

Mediante sentencia de 18 de diciembre de 2014, el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, dispuso (se transcribe):

“PRIMERO: DECLARAR que el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS ha incumplido el contrato de obra pública No. 6067167 de 2010 suscrito con el señor LUIS FERNANDO OROZCO ZAMMATA, para las obras de construcción de cafetería de la Institución Educativa Oficial Técnica de Pasacaballos.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se ordena al DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, proceder al recibo de la obra en debida forma y a dar cumplimiento a lo dispuesto en la Cláusula Vigésima Cuarta del contrato, relativa a su liquidación.

Para el cumplimiento de lo anterior se concede el término de un (1) mes, contado a partir de la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: Se deniegan las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Se condena en costas al DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.

Las agencias en derecho se fijan en seis salarios mínimos legales mensuales.

Liquidense por secretaria.

¹ Fls. 309 a 322 Cdno. 1

(....)”

Fueron argumentos de la sentencia de primera instancia los siguientes:

- A folio 24 del expediente obra copia del acta final de obras en la cual solamente figuran las firmas del interventor y del Secretario de Infraestructura.
- El documento elaborado el 18 de abril de 2011 no reúne los requisitos para ser tenido como acta bilateral de liquidación del contrato, pues no ha sido suscrita sino por una sola de las partes (la contratante).
- La administración no puede realizar la liquidación bilateral del contrato en ausencia del contratista, pues esta circunstancia solamente le autoriza a elaborar la liquidación unilateral del contrato en los casos en que plantea el Art. 11 de la ley 1150 de 2007.
- En ese orden de ideas, no puede serle reconocido valor jurídico al documento que la Administración denomina Acta de Liquidación Bilateral del contrato, debido a que carece de los elementos esenciales que requiere para tener tal calidad.
- Se debe tener en cuenta que la liquidación unilateral debe hacerse mediante acto administrativo susceptible del recurso de reposición y en ese sentido, la forma en que ha actuado la administración al no seguir el procedimiento previsto para la liquidación unilateral, ha impedido al contratista hacer uso de los recursos previstos en la ley y de esta forma ha vulnerado su derecho al debido proceso.
- Las partes del contrato son el DISTRITO DE CARTAGENA y el señor LUIS FERNANDO OROZCO ZAMMATA, y en la medida en que no concurrieron los dos a la liquidación del contrato y no se ha realizado el procedimiento para la liquidación unilateral prevista en la cláusula vigésima tercera del contrato, se concluye que el acuerdo de voluntades ha sido incumplido por parte de la entidad territorial.
- En el asunto no existe liquidación bilateral y tampoco se siguió el procedimiento para la liquidación unilateral, de forma que debe tenerse en



SC5780-1-9

cuenta lo previsto en el artículo 414 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

- Se debe tener en cuenta que en el presente caso se observa que aunque no existe liquidación bilateral del contrato, tampoco es procedente acceder a la liquidación del contrato, pues no se ha cumplido la condición que para tal efecto se ha previsto en la cláusula vigésima tercera del contrato.

- En efecto, en dicha cláusula se especifica que la liquidación deberá efectuarse al cumplimiento del objeto contractual y ello solamente se verifica con la entrega de la obra en debida forma tal como debe constar en el acta respectiva.

- En el curso del proceso pudo verificarse que la obra no ha sido recibida por la administración en forma válida, pues el acta que aporta no tiene la firma del contratista, indispensable para que pueda ser reconocida como causa de efectos jurídicos.

- En consecuencia, al no existir constancia del cumplimiento del contrato, así como tampoco de su incumplimiento, no resulta posible la liquidación del contrato hasta tanto no se verifique cualquiera de estos dos extremos.

- En el sub examine se observa que a lo largo de la ejecución del contrato se produjeron varias comunicaciones entre el interventor y el contratista en donde se evidencia la existencia de serias discrepancias en cuanto a los diversos aspectos técnicos y especificaciones del proyecto, de forma que resultaba indispensable que la actuación de la administración fuera tendiente a determinar con precisión cual era el verdadero estado de las obras.

- En el presente caso no se produjo la entrega de la obra en la forma prevista en el Parágrafo Primero de la Cláusula Cuarta del contrato, y no se ha consignado en las respectivas actas cuales fueron las razones para que ello se produjera.

- En ese orden de ideas, se debe declarar que el DISTRITO DE CARTAGENA ha incumplido el contrato de obra pública y en consecuencia se le



SC5780-1-9

ordenara desarrollar las actividades a la que está obligada en virtud del mencionado acuerdo de voluntades y de la ley para su debida terminación.

Finalmente y respecto a la liquidación del contrato consideró que no estaban dados los elementos para la liquidación del contrato en sede judicial, dado que el dictamen pericial cuya práctica se ordenó en la audiencia inicial no se realizó por causa atribuible a la parte que lo solicitó, y además, el material probatorio aportado por las partes resulta contradictorio, sin que ninguna de ellas haya controvertido al momento de alegar la veracidad de esos documentos.

Como corolario informó que procesalmente está demostrado el incumplimiento por parte del Distrito de Cartagena de Indias y en razón a ello se debe ordenar que cumpla con su compromiso contractual, en el sentido de recibir la obra debidamente y convocar en debida forma al contratista para que concurra a la liquidación del contrato en forma bilateral, sin perjuicio de que pueda hacerlo en forma unilateral si se dan las condiciones de ley para el efecto.

4. La apelación.

4.1. Parte demandante.

Se alzó contra la decisión de primera instancia argumentando en esencia que deber ser revocada por cuanto no reconoce ni condena al Distrito por el evidente daño antijurídico que le causó al señor Luis Fernando Orozco Zammata, como consecuencia del **incumplimiento** del contrato de obra pública No. 6-067-167 del 24 de febrero de 2010.

Agregó al respecto que el *a quo* estimó procedente declarar que el Distrito de Cartagena incumplió el contrato y le ordenó proceder a recibir la obra, pero, no se pronunció respecto de los perjuicios derivados para el contratista por el actuar negligente de la parte contratante.

Subrayó que es menester tener en cuenta que existen perjuicios evidentes que se derivan del no recibo debido de la obra, como por ejemplo, la imposibilidad de recibir el pago de los valores adeudados en el contrato, que ascendían al año 2012 a la suma de \$107.025.492, sin incluir los intereses corrientes y moratorios.



SC5780-1-9

Que la demandada, al no recibir las obras y al no pagar los valores adeudados, en virtud del contrato, causó daños antijurídicos, y en consecuencia, debe ser condenada a reparar integralmente los perjuicios sufridos a mi poderdante, de conformidad con lo consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política.

4.2. Distrito de Cartagena de Indias.

Resiste el fallo apelado, según su escrito, por cuanto con la ejecución del contrato no existió ruptura del equilibrio económico, ya que el mismo se ejecutó según lo estipulado y de acuerdo con las modificaciones y prorrogas pactadas, luego entonces el Distrito cumplió con sus obligaciones contractuales.

Argumenta que la no suscripción de las firmas por parte del contratista en el acta final de obras y liquidación, se debe a la insatisfacción por parte de este, pero de ello no se dejó constancia y aun así se acude a la vía judicial. El contratista, así como las demás partes fueron convocadas con el objeto de liquidar el contrato y eso lo manifiesta ROBERTO DEL CRISTO ORTÍZ (interventor del contrato).

Informa que en condiciones ideales, el contrato celebrado y ejecutado, según lo acordado, conduce a que se liquide satisfactoriamente para ambas partes; sin embargo, en el asunto se dieron una serie de circunstancias, modificaciones que no incrementan el valor del contrato, las cuales fueron evaluadas por el interventor y avaladas por la Secretaria de Educación Distrital y que fueron desarrolladas por el contratista, quedando así este último al parecer insatisfecho, pero sin demostrar en un documento conclusivo dicha insatisfacción.

Que el a quo, al declarar el incumplimiento por parte del Distrito, en el sentido de que no se recibió la obra debidamente y dejar sin efectos el acta de recibo de obras, como consecuencia da lugar a que se tenga que declarar al contratista el incumplimiento del contrato al no entregar la obra en debida forma, y al no cumplir con sus obligaciones contractuales, pues el demandante nunca probó dentro del plenario haber cumplido lo manifestado.

Finalmente, arguyó que no existe justificación alguna para que se exija a la entidad demandada, habiendo incurrido el contratista en incumplimiento

el cabal cumplimiento, dejando de un lado la conducta del contratista como si esta fuera irrelevante.

5. Concepto del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. Control de legalidad.

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver las alzadas propuestas.

2. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

3. Problema jurídico.

Se contraerá a indagar en principio, si se cumplió el principio de planeación contractual que es connatural a todo proceso de selección de contratistas; de ser así se analizará lo que concierne a la pretensión de cumplimiento o incumplimiento contractual.

5. Tesis

La Sala sustentará, en lo sustancial que, lo que impera es la revocatoria la sentencia apelada, para en su lugar declarar la NULIDAD ABSOLUTA del contrato por transgresión del principio de planeación inherente a toda actuación contractual de la administración.



SC5780-1-9

6. Análisis normativo y jurisprudencial.

El artículo 365 de la Constitución Política señala que:

“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Esta preceptiva encuentra cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3° 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

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:

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



*“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. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”*

En fin, de todo este acervo normativo se deduce que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos, que por consiguiente con ella se busca en esencia la satisfacción de **intereses de carácter general** y que debe ajustarse a los principios de la función administrativa, entre otros, a los de **transparencia** y **economía**. En ese orden, la eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial los dos últimamente mencionados, 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 la materia también asegura 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.”³

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

³ Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Primera Edición. Septiembre 2017. Citado además en la sentencia del trece (13) de junio de dos mil trece (2013), de la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro de la de la Radicación: 66001-23-31-000-1998-00685-01 (26.637), proferida por el mismo autor.



SC5780-1-9

de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales.⁴

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; 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.⁵

Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación se puede deducir 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.⁶

Indica la última decisión citada - hasta acá - :

“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

⁴ Ídem

⁵ Ídem.

⁶ JAIME 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. Citado además en la sentencia del trece (13) de junio de dos mil trece (2013), de la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro de la Radicación: 66001-23-31-000-1998-00685-01 (26.637), proferida por el mismo autor.

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." ^{7 8}

Ahora 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, 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.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 14287.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de junio de 2008. Rad. 15001233100019880843101- 8031.



SC5780-1-9

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

No se olvide que, según el 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...⁹ colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”* y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros, como por ejemplo, la reconfiguración de los diseños de la obra por parte de un tercero más especializado y de mayor experiencia, o el que se decida ex post la adquisición o consecución de otro lote de terreno, o el cambio de terreno para realizar la obra.

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

⁹ El aparte omitido de este inciso fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.



SC5780-1-9

Así pues que, a instancias de la jurisprudencia¹⁰ se ha dispuesto que en estos casos se estará en presencia de un contrato con **objeto ilícito** por contravención a las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar eficaz y oportunamente, de tal manera que finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos.

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

En lo que atañe a la nulidad, 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 constitucional¹¹ o con abuso o desviación de poder.**¹²

Se sigue entonces relieves que, 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, según como la advierte la jurisprudencia, sea explícita¹³, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.

¹⁰ Sentencia del trece (13) de junio de dos mil trece (2013), de la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro de la de la Radicación: 66001-23-31-000-1998-00685-01 (26.637)

¹¹ Numeral 2º.

¹² Numeral 3º.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324.

En esta línea de comprensión (informa el Consejo de Estado)¹⁴, 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.¹⁵

En efecto – se informa -¹⁶ 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.

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes, según como lo dispone el artículo 45 de la ley 80 de 1993:

“ARTÍCULO 45. DE LA NULIDAD ABSOLUTA. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

En los casos previstos en los numerales 1o., 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.”

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 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 del 2011).

Por su parte, 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

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Sentencia del trece (13) de junio de dos mil trece (2013), de la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro de la de la Radicación: 66001-23-31-000-1998-00685-01 (26.637)

¹⁶ Ídem.



SC5780-1-9

contrato nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido¹⁷, 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.

Además, 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”.

Ergo, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago y ello ocurriría, por ejemplo, cuando en un contrato que es nulo por ilicitud de su objeto o de su causa, la obra contratada no se ha ejecutado total o parcialmente y de tal manera que el interés público se haya satisfecho en esa misma medida en virtud a que el servicio público finalmente se prestó en alguna proporción.

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 ello 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 la puede decretar oficiosamente.

En consecuencia, si en el trámite de la segunda instancia, que se surte en virtud del recurso de apelación, así se trate de un apelante único, se

¹⁷ 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”.



SC5780-1-9



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.

7. Caso concreto.

7.1. Hechos relevantes probados y conclusiones.

Está acreditado que el 24 de febrero del 2010, se celebró entre el DISTRITO DE CARTAGENA (contratante) y el señor LUIS FERNANDO OROZCO ZAMMATA el contrato de obra pública No. 6-067-167 cuyo objeto se contrajo a:

“PRIMERA: OBJETO.- El objeto del presente contrato es la ejecución de la obra pública para realizar las OBRAS DE CONSTRUCCIÓN DE CAFETERIA DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA OFICIAL – TECNICA DE PASACABALLOS. Por el sistema de precios unitarios, de conformidad con los requerimientos hechos por la Alcaldía - Secretaria de Infraestructura Distrital”.

Según reza en el susodicho contrato, como consideraciones para su celebración se tuvieron en cuenta las siguientes:

“(…)

1) Que la Secretaria de Infraestructura elaboró los estudios previos del presente contrato, los cuales hacen parte del mismo; 2) Que así mismo la Secretaria de infraestructura elaboró la consulta previa de precios de mercado a través del Sistema de Información para la Contratación Estatal SICE ; 3) Que dentro del proyecto de inversión de la actual vigencia se encuentra contemplado esta obra pública, la cual se encuentra inscrita en el Banco de Programas y Proyectos de la Secretaria de Planeación con el No. 2008-013001-0094 4) Que existen los recursos presupuestales necesarios para atender el pago del valor de este contrato como consta en el certificado de disponibilidad presupuestal No. 167 Del 10 de febrero de 2010, anexo expedido por el Jefe de Presupuesto de la Alcaldía Mayor de Cartagena; 5) Que mediante Proceso de Selección Abreviada de menor cuantía No. 28/2009 se dio inicio a la etapa precontractual para contratar las OBRAS DE CONTRUCCÓN DE CAFETERIA DE LA INSTITUCION EDUCATIVA OFICIAL TECNICA DE PASACABALLOS. 6) Que adelantadas cada una de las instancias de la etapa precontractual se procedió a adjudicar el proceso de selección en audiencia de adjudicación celebrada el 29 de diciembre de 2009, 7) Que a través de acto administrativo No. 2824 del 29 de diciembre de 2009, se adjudicó el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 28 de



SC5780-1-9



2009 a LUIS FERNANDO OROZCO SAMMATA. 8) Que le corresponde a la Secretaria de Infraestructura ejercer la interventoría del contrato de conformidad con las funciones que vienen definido en el manual de procedimientos de contratación de esta Alcaldía; 9) Que en el presente contrato se entienden incorporados los Pliegos de Condiciones, la propuesta presentada por el contratista y las disposiciones establecidas por la ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, en especial el Decreto 2474 de julio 07 de 2001 10) Que habiéndose dado cumplimiento a todos los trámites y requisitos legales que exige la contratación administrativa, es procedente la celebración del presente contrato....”

Por su parte, sobre los documentos contractuales, se incorporó en la cláusula segunda la cláusula del contrato que:

“DOCUMENTOS DEL CONTRATO: Hacen parte de este contrato los planos, diseños y especificaciones, propuesta del contratista, pliegos de condiciones, y demás documentos mencionados en este contrato y los que se llegaren a producir con la ejecución del mismo.”

En cuanto al plazo del contrato, la cláusula tercera sostuvo:

“TERCERA: TERMINO DE DURACIÓN.- El presente contrato tendrá una vigencia de **60 DÍAS**, contados a partir de la suscripción del acta de inicio del contrato”

El valor del contrato se pactó de la siguiente manera, según su cláusula cuarta:

“CUARTA: VALOR.- El DISTRITO pagará al contratista, por la ejecución de la obra la suma de DISCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS TREINTA MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS MCTE (\$ 246.530.577,92) resultante de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por los precios unitarios respectivos, que aparecen anexos en los documentos que hacen parte de este contrato, y el costo de los imprevistos, administración y utilidad. (...)”

Se estipuló forma de pago, conforme el parágrafo primero de la cláusula cuarta así:



SC5780-1-9

“PARAGRAFO PRIMERO: FORMA DE PAGO: La forma de pago que aquí se establece se sujeta al Plan Anual de Caja del Distrito. Se pagara un cincuenta por ciento (%50) como anticipo y el cincuenta por ciento (%50) restante en actas de recibo parcial previa presentación de factura o cuenta de cobro por parte del contratista y acta de recibo a satisfacción por parte del interventor y la veeduría ciudadana que haga el respectivo control social. Para tramitar el pago del Acta final, se hace necesario que EL CONTRATISTA entregue al interventor una copia física y en medio magnético de los Planos Record de la obra ejecutada y copia del pago de los aportes parafiscales donde conste que se encuentra a paz y salvo por estos conceptos...”

El mencionado contrato fue signado por el entonces Secretario de Infraestructura del Distrito de Cartagena (fls. 378 a 379 cuaderno No. 2), en representación del aludido ente territorial y el actor, señor Luis Fernando Orozco Sammata; destacándose que el primero de ellos obró, según dan cuenta los documentos bajo expresa delegación de la función de contratar y ordenar el gasto otorgada conforme al decreto No. 1431 del 30 de diciembre del 2009 (fls. 380 a 385 íbidem).

No existe entonces duda del compromiso obligacional adquirido entre las partes de esta causa, mismo que se soporta en el contrato estatal de obra No. 6-067-167, identificado en sus cláusulas esenciales, según como viene de transcribirse.

A folio 64 del cuaderno No. 1 milita el “ACTA DE INICIO DE OBRA” del contrato estudiado (6-067-167), signada por las partes del contrato y la señora interventora del mismo. Vale la pena destacar que el inicio de la obra tuvo lugar, según la mentada acta, el 01 de junio del año 2010, es decir, pasados no menos de tres (3) de haberse perfeccionado el contrato.

Deviene también importante poner de relieve que, iniciada la obra el 01 de junio del año 2010, la misma fue suspendida a los diez (10) días de haber iniciado, tal cual emerge del “ACTA DE SUSPENSIÓN No. 1” (fl. 65 ídem) firmada por las partes y la interventora del contrato.

Es decir, tan solo habiendo transcurrido 10 después de haberse firmado el acta de inicio de obra, hubo la necesidad imperiosa de suspenderla por varias razones; las cuenta el documento así:

“(....)



SC5780-1-9

1- Que una vez realizado el levantamiento topográfico Planimétrico y altimétrico del sitio, se detecta que es necesario realizar corte de terreno, para poder implementar la accesibilidad presentada en solo dos niveles y rampas para discapacitados del diseño arquitectónico propuesto, se le ha solicitado al Arq. ALEXANDER RODRÍGUEZ autorizar tales actividades.

2 - Se tramita la interventoría externa requerida dada la complejidad del proyecto.

3 – Se requiere Rediseños estructurales que se están ejecutando.

Se firma en la ciudad de Cartagena de Indias, a los (11) días del mes de JUNIO de 2010, por las (.....)”

Lo anterior implica sin duda que el proyecto principió sin tener claramente determinado el tema de los diseños y se hizo pender por esa razón la ejecución del mismo, de la decisión de terceros, a quienes se encomendó, según lo indica el documento, la reconfiguración del diseño estructural, así como la interventoría externa.

Ahora bien, las pruebas permiten ir más allá, para concluir que no existían diseños arquitectónicos y estructurales de la obra (Cafetería del Instituto Tecnico de Pasacaballos) a la hora de principiar la misma, y por esa razón hubo la necesidad de suspender la ejecución apenas en los albores de la misma.

Esto se desprende sin lugar a dudas del contenido de la misiva que el señor contratista, Ingeniero LUIS FERNANDO OROZCO SAMMATA, es decir, el actor, entregó al Distrito de Cartagena el 12 de julio del año 2010, la que también da cuenta de la indeterminación del lote de terreno donde se asentaría la edificación y la necesidad de gestión de uno nuevo, con todo lo que ello implica en términos de diseño y tiempo (véase folio 66 ídem).

Este documento es determinante en el juicio que nos ocupa porque permite inferir la improvisación y la mediocridad con que fue manejada la etapa precontractual, de suyo armónica con la inobservancia del principio de planeación, pues resulta inconcebible que se inicie un proceso de ejecución de un contrato de obra sin diseños ni estudios previos.

Para que no quepa duda de la inferencia hecha, a continuación se transcribe el contenido del documento aludido, en lo pertinente, así:



“(....)”

De la mejor forma hemos intentado iniciar con las obras de construcción de la CAFETERÍA DEL INSTITUTO TÉCNICO DE PASACABALLOS. Asignada por ustedes pero nos encontramos inicialmente que no había diseño para la construcción de dicha cafetería y estuvimos (sic) que esperar (48) días aproximadamente a partir del día 13 de abril de 2010, para recibir los diseños arquitectónicos y estructurales de la cafetería.

Ya recibidos los planos antes mencionados el día 3 de junio del 2010, nuevamente encontramos dificultades para realizar el trabajo y localización del proyecto porque el lote asignado se presentan inundaciones totales, no adecuadas para el proyecto.

Por lo tanto la arquitecta Clarena García gestionó otro lote en la Institución, donde fue asignado un nuevo lote, luego autorizó realizar un levantamiento topográfico, para un nuevo diseño (rediseño) y hasta la fecha no hemos recibido el nuevo diseño para iniciar con las obras contratadas y a la vez sin diseño definido de dicha cafetería.

Les pido el gran momento para definir los tiempos de ejecución de la obra y a la mayor brevedad definir el diseño nuevo para el proyecto a ejecutar.

(.....)”

Si se fija el lector, el propio actor indica en el documento que no pudieron iniciar las obras de la Cafetería del Instituto Técnico d Pasacaballos, porque inicialmente no había diseño para la construcción de dicha cafetería, y que tuvieron que espera 48 días, contados a partir del 13 de abril del 2010, para recibir los diseños arquitectónicos y estructurales de la cafetería.

Lo anterior es indicativo de que, si apenas fueron recibidos por el contratista los diseños de la obra hasta el 3 de junio del 2010, naturalmente cuando se perfeccionó el contrato (24 de febrero del 2010) no existían tales diseños.

Tiénese también que, el 9 de noviembre del 2010, se juntaron en las Instalaciones de la Secretaria de Infraestructura del Distrito de Cartagena el Representante del Distrito, el señor Luis Fernando Orozco Sammata, en calidad de contratista y el nuevo interventor del contrato, pues debe aclararse que, también operó en el interregno, según como se desprende del documento que milita a folio 67 ídem, el cambio de interventor por la complejidad del proyecto, y en dicha reunión se convino la modificación del contrato con el propósito de adecuarlo a los diseños arquitectónicos y estructurales suministrados (ex post) por el Distrito de Cartagena al contratista con posterioridad a la firma del mismo, y habida consideración que estos implicaban la realización de obras no acordadas.



SC5780-1-9

El citado documento, al que denominaron “ACTA MODIFICATORIA” (fl. 70) indica:

“(….)

En el corregimiento de Pasacaballos, en el Municipio (sic) de Cartagena de Indias, a los 09 días del mes de noviembre del 2010 se reunieron en la secretaria de Infraestructura distrital el ing. Luis Fernando Orozco Zammata, en su NOMBRE, como contratista y el Arquitecto Roberto del Cristo Castro Ortiz en calidad de interventor, con el fin de acordar modificaciones en el cuadro inicial del contrato 6-067-167, considerando que es necesario realizar obras no contempladas que se requieren para el cumplimiento del objeto del contrato en mención y según los diseños arquitectónicos suministrados y ubicados en el sitio por el Arq. Alex Rodríguez de la Secretaria de Educación Distrital y los diseños estructurales suministrados por el Ing. Walberto Rivera.

De acuerdo a lo anterior, es necesario realizar obras preliminares como corte de árboles, corte de terreno, demoliciones varias, cimentaciones estructuras y cubierta (ver cuadros anexos) que corresponden a los diseños en mención, los precios de ítems nuevos fueron revisados por la interventoría y del coordinador del proyecto el Arq. Alexander Rodríguez.

(…)”

Todo indicia entonces que el proceso de contratación que dio origen al negocio analizado se trastocó, debiéndose admitir, porque la prueba lo permite, que primero se adjudicó el contrato, luego se perfeccionó y posteriormente se realizó lo que de ordinario debió operar en la etapa precontractual. Esto por supuesto con la lógica consecuencia, por la falta de planeación, de tener que adicionar el contrato para modificar la cláusula tercera en lo que respecta al término de duración y así prorrogar su duración por 50 días más de lo inicialmente pactado, según se advierte del documento visto al folio 170 del cuaderno No. 1.

Pero ello no es todo, se advierte que el 18 de marzo del año 2011, es decir, pasado no menos de un año desde la fecha de perfeccionamiento del contrato, se convino por las partes una nueva modificación al “cuadro de cantidades de obra” justificándola en la necesidad de proteger un talud, según lo indica el “ACTA MODIFICATORIA No. 2” (fls. 171 a 172 ídem).

Quiere decir lo anterior que, por una razón absolutamente previsible (como lo fueron las demás) como lo es un talud que amenazaba con ocasionar daños a la construcción, se volvieron a modificar las condiciones prístinas de contrato que llevaba ya no menos de un año de retraso, toda vez que debió



SC5780-1-9

principiar en el mes de febrero del año 2010 y para el que se había proyectado un plazo de apenas 60 días.

Igualmente se observa que no hubo acuerdo en el recibo final de la obra y menos en su liquidación, según se comprueba del "ACTA FINAL DE OBRA" y "ACTA DE LIQUIDACIÓN" que obran en el expediente pero que no fueron firmadas por el contratista (fls. 174 a 180 ídem); una muestra más de los problemas e inconvenientes que rodearon todo el proceso de contratación en su diferentes etapas.

Se recibe a título de indicio, la conducta procesal de la parte demandada, habida cuenta que no proporcionó el expediente administrativo contractual, con todo y la obligación que tiene de hacerlo en el término de traslado de la demanda, según lo dispone el parágrafo 1º del artículo 175 de la ley 1437 de 2011. Y es que, no puede aceptarse como excusa el hecho no tener fotocopiadora o ingresos económicos para ellos, pues la normativa impone dicho acompañamiento como una obligación que constituye incluso falta disciplinaria gravísima para el funcionario encargado del asunto.

Aclárase que, aun cuando aparece aportada una documentación que fue arimada con el memorial que obra en el primer folio del cuaderno de pruebas No. 1, el día 27 de mayo del 2014 a las 3:16 de la tarde, es decir, antes de que se cerrara el debate probatorio en la audiencia de pruebas principiada ese mismo día a las 3:27 de la tarde, dicha foliatura dista muy poco de los documentos allegados anticipadamente con la demanda y la contestación y no se trata del expediente contractual que en su integridad se requiere para las valoraciones de rigor. Curiosamente, no hay un solo documento allí que refiera a la etapa precontractual, y específicamente a los pliegos de condiciones, estudios previos, planos, diseños y demás especificaciones; ergo, debe mantener la Sala la postura sobre la transgresión del deber impuesto en el parágrafo 1º del artículo 175 de la ley 1437 de 2011, y con ello, que se debe generar inicio por la conducta procesal desobligada del ente demandado conforme lo indica el artículo 241 de la ley 1564 del 2012.

Toda la prueba indica que no es cierto lo que arguye el contrato de obra pública en su parte considerativa respecto a los estudios previos del



SC5780-1-9

contrato y los planos, diseños y demás especificaciones aludidas en la cláusula segunda. Esto se pone en duda porque la documentación valorada indica que ni siquiera se contaba con los diseños arquitectónicos y estructurales de la obra una vez esta inició; no se realizaron las previsiones del caso en función de la determinación precisa del lote donde se iba a construir la edificación; no se tuvo claro lo concerniente a la interventoría del contrario en función de la complejidad que el mismo representaba, y lo que es peor, se hizo pender la oportuna ejecución de la obra contratada de decisiones de terceros, lo que a la postre y por obvias razones conllevó a las varias suspensiones.

No se trató de un proceso que corresponda a un negocio debidamente diseñado, pensado, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público, siendo palmaria la improvisación.

Ha quedado claro que en el sub examine se violó el deber de planeación contemplado en el texto de la Ley 80 de 1993, que como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable eludir y que se infiere de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales, así como 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, 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.

El principio de planeación obligaba al Distrito de Cartagena como responsable de la contratación a cumplir con los **parámetros técnicos, de oportunidad, jurídicos, de elaboración de pliegos y estudios previos** que deben observarse **previamente**, (es decir, en la etapa precontractual). Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas; no obstante lo cual, ello no operó en el asunto de marras según como se puso en evidencia.

No se pasa por alto que, según el deber de colaboración impuesto por el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 a los particulares, el deber de planeación también obligaba al señor OROZCO SAMMATA por su calidad de contratista, de lo que se desprende que tenía el deber de ponerle de



SC5780-1-9

presente al Distrito de Cartagena las deficiencias de planificación para que fueran subsanadas, e incluso de abstenerse de participar en la celebración del contrato ante la evidencia de fallas en su planeación, máxime cuando como el caso, la ejecución del objeto contractual iría a depender de situaciones indefinidas o inciertas por coligarse con decisiones de terceros, como por ejemplo, la elaboración de los diseños, o el que se decida *ex post* la adquisición o consecución de otro lote de terreno para realizar la obra.

Por esa razón mal puede aceptarse, el reconocimiento de derechos económicos al contratista, puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos o, por decir lo menos, a percibirlos con fundamento en un negocio jurídico que ostenta un vicio de ilegalidad por violar, entre otros, el principio de planeación.

Así las cosas, en el sub examine se está en presencia de un contrato con **objeto ilícito** por contravención a las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar eficaz y oportunamente, y en tanto se celebró contra expresa prohibición legal y constitucional, configurándose 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.

Se declarará en consecuencia la nulidad absoluta del contrato de manera oficiosa toda vez que aparece plenamente demostrada, no es susceptible de ser ratificada por las partes y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato, según como lo dispone el artículo 45 de la ley 80 de 1993, en armonía con lo consagrado en el artículo 141 de la ley 1437 de 2011.

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



SC5780-1-9

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.

8. Condena en costas

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1º del artículo 365 dispone:

“(...) En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.



SC5780-1-9

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

Así las cosas, y dado que bien puede concluirse que en el asunto no hay un vencedor, se relevaran las partes del pago de costas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III.- FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 18 de diciembre de 2014, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo de Cartagena, y en su lugar **DECRETAR LA NULIDAD ABSOLUTA** del contrato No. 6-067-167 celebrado el 24 de febrero de 2010 entre el **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS** y el señor **LUIS FERNANDO OROZCO SAMMATA**, por las razones previamente expuestas.

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

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



SC5780-1-9



SC5780-1-9