

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Magistrado ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá, veintiuno (21) de agosto de dos mil catorce (2014)

Ref.: Expediente N°: 11001031500020130191900
Demandante: Constructora Conconcreto S.A.
Demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C

Sentencia de tutela de primera instancia

La Sala decide la acción de tutela interpuesta por la Constructora Conconcreto S.A. en contra de la sentencia del 13 de junio de 2013, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C¹.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio de la acción de tutela, la Constructora Conconcreto S.A. (en adelante CONCONCRETO), mediante apoderado judicial, pidió la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, que estimó vulnerados por la sentencia ya aludida. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. Que se declare que la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en vías de hecho en el fallo de segunda instancia que profirió el 13 de junio de 2013 dentro del expediente 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24.809), demandante CONCONCRETO S.A., demandado Instituto Nacional de Vías, lo que implicó una violación directa al derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la justicia de mi poderdante.

SEGUNDA. Que como consecuencia de la anterior declaración, se deje sin efecto el fallo de segunda instancia proferido el 13 de junio de 2013 por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del expediente 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24.809), por haber incurrido esta Subsección en vías de hecho por (i) defecto fáctico al haber efectuado una valoración probatoria arbitraria al dejar de valorar las pruebas aportadas o practicadas en debida forma en el proceso, las cuales eran determinantes para la resolución del caso, (ii) por falta de motivación, por cuanto que (sic) en el fallo demandado no se da cuenta de las razones fácticas que sustentan la supuesta responsabilidad de CONCONCRETO S.A. en la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato 352 de 1994, (iii) por defecto sustantivo o material, al haber decidido con base en normas claramente inaplicables al caso concreto y al haber decretado una nulidad sin que existiera norma violada, estando además prescrita dicha

¹ El proyecto inicialmente presentado por el doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez no obtuvo la mayoría necesaria. Por ende, pasó al magistrado sustanciador, que elabora la ponencia conforme con la posición mayoritaria.

Sentencia de tutela de primera instancia

nulidad y (iv) por violación directa de la Constitución Política, al desatender los mandatos contenidos en los artículos constitucionales 83 y 90.

TERCERA. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, y ante las evidentes vías de hecho en que incurrió la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, para alcanzar la protección efectiva de los derechos fundamentales que se solicita tutelar, solicito que el juez constitucional ordene que el fallo de primera instancia emitido por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 12 de diciembre de 2002, conforme fue aclarado y corregido mediante providencia del 27 de febrero de 2003, sea confirmado con adición de los valores por concepto de actualización e intereses correspondientes².

2. Hechos

Del expediente, se advierten como relevantes los siguientes hechos:

Que, el 12 de abril de 1994, el Instituto Nacional de Vías (en adelante INVIAS) adjudicó a CONCRETO la licitación pública internacional No. 081-93.

Que, el 27 de junio de 1994, INVIAS y CONCRETO celebraron el contrato 352, cuyo objeto era la construcción de la Solución Vial Pereira-Dosquebradas, grupo III – construcción vial en Dosquebradas.

Que, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, CONCRETO demandó al INVIAS por el incumplimiento de ciertas obligaciones contraídas en el contrato 352 y pidió que se condenara al pago de los perjuicios y sobrecostos derivados de ese incumplimiento.

Que la demanda le correspondió al Tribunal Administrativo de Risaralda, que, en sentencia del 12 de diciembre de 2002³, accedió parcialmente a las pretensiones, en cuanto declaró que el INVIAS incumplió la obligación de entregar oportunamente los predios requeridos para la ejecución de las obras y, en consecuencia, lo condenó al pago de \$ 3.762.331.369,98 a favor de CONCRETO.

Que, inconforme con esa decisión, el INVIAS interpuso el recurso de apelación y el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, mediante sentencia del 13 de junio de 2013⁴, la revocó y, en su lugar, declaró la nulidad absoluta del contrato 352 del 27 de

² Folios 1 y 2 del expediente de tutela.

³ Aclarada y corregida mediante providencia del 27 de septiembre de 2003.

⁴ El magistrado Enrique Gil Botero salvó el voto porque la inobservancia del principio de planeación no genera nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, sino incumplimiento del contrato por parte de la administración. En lo pertinente, explicó:

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

Sentencia de tutela de primera instancia

junio de 1994, por objeto ilícito, al encontrar violado el principio de planeación contractual.

3. Argumentos de la tutela

A juicio de CONCRETO, la solicitud de amparo cumple los requisitos generales fijados por la Corte Constitucional y aceptados por el Consejo de Estado para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Que, en efecto, no cuenta con otro medio de defensa para controvertir la sentencia acusada, pues en el proceso ordinario agotó los recursos ordinarios procedentes y el recurso extraordinario de revisión no es idóneo para debatir los supuestos de hecho que fundamentan la tutela. Que la solicitud de amparo también cumple el requisito de inmediatez porque la decisión acusada fue notificada por edicto desfijado el 24 de junio de 2013 y la tutela se presentó el 30 de agosto siguiente.

En cuanto a las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la sociedad actora alegó que en la sentencia del 13 de julio de 2013 se incurrió en los siguientes defectos:

3.1. Defecto fáctico

Según CONCRETO, la sentencia acusada adolece de defecto fáctico, por cuanto concluyó, sin que estuviera probado, que, a la fecha en que se suscribió el contrato, el contratista sabía que el INVIAS no le entregaría los predios oportunamente. Que, en efecto, en el proceso ordinario *“no hay ni una sola prueba de que el Contratista tuviese tal conocimiento al momento de su celebración o antes, y si no tenía el conocimiento de que el INVIAS no había adquirido los predios, no podía advertir —y menos exigírsele que debía advertir—, que la obra contratada no podía efectuarse dentro del plazo previsto”*⁵.

En particular, la sociedad actora alegó que la autoridad judicial demandada no valoró las siguientes pruebas: **(I)** la comunicación T.C.T.H. 48-94 del 25 de noviembre de 1993, suscrita por el interventor de las obras, que da cuenta de que la demora en la entrega de los predios sólo se conoció el 18 de octubre de 1994, esto es, después de la celebración y perfeccionamiento del contrato; **(II)** las comunicaciones del 11 de marzo de 1998, del 21 de noviembre de 1994 y del 22 de noviembre de 1994, en las que

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

⁵ Folio 6 del expediente.

Sentencia de tutela de primera instancia

CONCRETO le informó al INVIAS que no podía continuar con las obras, pos cuanto los predios no se negociaron con los propietarios y que de ese hecho se percataron el 18 de octubre de 1994; **(III)** el testimonio rendido por el señor Armando Bello Uribe (funcionario del INVIAS), que pone de presente que el contratista no pudo ejecutar la obra porque los predios requeridos no se habían adquirido; **(IV)** los testimonios rendidos por los ingenieros Fernando Adolfo Gómez y Héctor Augusto Martínez Jaime, que precisaron que el responsable de entregar los bienes era el INVIAS, y **(V)** la comunicación T.C.T.H. 715-95 del 20 de septiembre de 1995, dirigida por el interventor de las obras a CONCRETO, la comunicación AM-V-552-94 del 23 de noviembre de 1994, expedida por el Área Metropolitana Centro de Occidente, y el memorando interno GV2.004 del INVIAS, que dan cuenta de los problemas que se presentaron para adquirir los predios.

Que, incluso, la autoridad judicial demandada no valoró el pliego de condiciones, que preveía que el responsable de adquirir los predios era el INVIAS ni examinó el propio contrato, que establecía claramente que se cumplieron los requisitos legales para la celebración, en cuanto se realizó la licitación pública y existían las correspondientes apropiaciones, el registro presupuestal, la autorización del CONFIS y el concepto favorable del DNP, que permitían inferir la planeación de las obras.

Según la sociedad demandante, esas pruebas demostraban que *“las circunstancias que el fallo eleva como causas para la nulidad no pueden imputarse ni hacerse responsables de ellas al Contratista ni por acción ni por omisión, quien no las conoció antes de la celebración del Contrato, como lo evidencian las pruebas del proceso, y quien además no tenía nada a su alcance para solucionarlas”*⁶.

Que, por lo tanto, si la autoridad judicial demandada hubiese valorado esas pruebas la decisión habría sido diferente, pues habría concluido que, a la fecha en que se celebró el contrato, CONCRETO no sabía que los predios necesarios para la ejecución de la obra se entregarían tardíamente. Que ese hecho, a su vez, impedía que se declarara la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito.

Que, en todo caso, *“no porque se celebre un contrato sin que la entidad cuente con los predios se produce su nulidad de pleno derecho o ipso iure pues el Contratista no puede cargar con las consecuencias de la inacción o de las faltas de la Administración”*.

⁶ Folio 18 del expediente.

Sentencia de tutela de primera instancia

3.2. Falta de motivación de la sentencia

Para CONCONCRETO, la sentencia acusada no está motivada, pues el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, se limitó a reiterar las razones que expuso en la sentencia del 24 de abril de 2013⁷, proceso que, en apariencia, es similar al caso que debía resolver, pero que, en realidad, es diferente. Que, de hecho, ni siquiera aclaró que estaba reiterando las consideraciones que hizo en esa oportunidad. Para respaldar el argumento, CONCONCRETO comparó las consideraciones de la decisión objeto de tutela (la del 13 de julio de 2013) con las de la sentencia del 24 de abril de 2013.

Que, además, la autoridad judicial demandada no explicó **(I)** por qué el contratista era el responsable de la falta de adquisición de los predios; **(II)** por qué CONCONCRETO debía saber, antes de la firma del contrato, que los predios no se iban a adquirir oportunamente, y **(III)** por qué se dio traslado a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación de las actuaciones realizadas para suscribir el contrato 352, si no se probó la indebida inversión del anticipo ni el incumplimiento del contratista.

3.3. Defecto sustantivo

A juicio de CONCONCRETO, la sentencia objeto también adolece de defecto sustantivo, por indebida aplicación de la ley, por cuanto se concluyó que la nulidad del contrato se presentaba por violación de la Ley 80 de 1993, pero no se tuvo en cuenta que el proceso de selección del contratista y el contrato mismo se regían por el Decreto Ley 222 de 1983.

Que, asimismo, se incurrió en defecto sustantivo, por interpretación errónea, pues ni los artículos 209, 339 y 341 de la Constitución Política ni el artículo 2° del Decreto 01 de 1984 establecen el deber de planeación como principio rector de la actividad contractual, como erróneamente se concluyó en la sentencia del 13 de junio de 2013. Que, de hecho, el artículo 209 no prevé la planeación como uno de los principios que rigen la función pública y los artículos 339 y 341 regulan el Plan Nacional de Desarrollo, pero no se refieren a la planeación en un contrato estatal. Que el artículo 2° del Decreto 01 de 1984 tampoco se refiere al principio de planeación, sino a la obligación de los funcionarios de tener en cuenta los cometidos estatales en las actuaciones que realicen.

⁷ Expediente número 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315).

Sentencia de tutela de primera instancia

Que, adicionalmente, la autoridad judicial demandada desconoció que la nulidad del contrato sólo procede cuando hay violación al régimen legal o constitucional y cuando la prohibición es expresa. Que la vulneración del principio de planeación no está prevista como causal de nulidad absoluta del contrato estatal. Que, de hecho, es un principio de creación jurisprudencial, que no puede generar la nulidad absoluta del contrato, menos por objeto ilícito.

Que, de todos modos, la autoridad judicial demandada no podía declarar la nulidad absoluta del contrato 352 porque esa sanción había prescrito, pues, a la fecha en que se expidió la sentencia cuestionada, ya había transcurrido más de 10 años, que es el término de prescripción previsto en la Ley 791 de 2002. CONCONCRETO explicó que el término de prescripción que debía tenerse en cuenta era el de la Ley 791 de 2002, pues, conforme con los artículos 38 y 41 de la Ley 153 de 1887, en materia de prescripción debe aplicarse la norma más favorable.

Que, además, en el fallo cuestionado, al declarar probada de oficio la nulidad absoluta del contrato, se vulneró el artículo 83 de la Constitución, que consagra la buena fe, pues de la decisión se infiere que los oferentes, en el desarrollo de la actividad contractual, *“deben desconfiar de la administración”*.

Que, asimismo, quebrantó el artículo 90 de la Carta porque exonera a la administración de la responsabilidad patrimonial derivada de su incumplimiento y, de contera, priva al contratista de la indemnización que le asiste.

Que, finalmente, el fallo cuestionado altera el principio de planeación, pues le impone al contratista la carga de soportar los efectos de la ausencia o indebida planeación de la administración, cuando es la entidad contratante la obligada a cumplir ese principio.

4. Intervención del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C (autoridad judicial demandada)

El señor magistrado ponente de la sentencia acusada, luego de referirse a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, pidió que se denegara el amparo pedido por CONCONCRETO porque no cumple los requisitos generales ni específicos.

En cuanto a los requisitos generales, alegó que la solicitud de amparo carece de relevancia constitucional porque CONCONCRETO pretende obtener, en sede de tutela,

Sentencia de tutela de primera instancia

el reconocimiento de prestaciones que fueron negadas en el proceso ordinario y que, además, *“no se formuló ningún argumento de naturaleza constitucional que permita cuestionar la legalidad de la providencia”*⁸.

Que tampoco se cumplió el requisito de inmediatez, por cuanto la tutela se presentó *“aproximadamente 3 meses después de proferida la sentencia accionada, sin que se haya acreditado la existencia de un motivo válido para la inactividad del accionante durante ese término”*⁹.

Respecto de los requisitos específicos, la autoridad judicial demandada adujo que no se configuró ninguno de los alegados por CONCONCRETO, por las razones que la Sala resume así:

Que no se configuró el defecto fáctico, por falta de valoración de las pruebas del proceso, porque en la decisión controvertida no se declaró la responsabilidad del contratista, sino la nulidad del contrato derivada de la violación del principio de planeación, que se encuentra implícito en los artículos 209, 339 y 341 de la Constitución Política, en la Ley 80 de 1993 y en el artículo 2° del Decreto 01 de 1984. Es decir, que en la decisión acusada no se tuvo en cuenta el comportamiento del contratista, pues *“el elemento cognitivo en cabeza del contratista de la situación que dio lugar a la configuración de la nulidad absoluta del contrato, no es la razón de la decisión, porque en todo caso la ilegalidad que conllevó la nulidad del contrato está presente, con independencia del querer o convicción de cualquiera de las partes”*¹⁰.

Que, por otra parte, el hecho de que en la sentencia acusada se hubiesen reiterado las consideraciones de otra decisión, no significa que el fallo carezca de motivación. Que el problema jurídico que se resolvió (esto es, la nulidad absoluta por vulneración del principio de planeación) era el mismo que se trató en la decisión del 24 de abril de 2013 y, por ende, la modalidad y el esquema adoptado en la sentencia cuestionada estaba justificado.

Que resulta contradictorio que CONCONCRETO invoque el defecto sustantivo, por indebida aplicación de la Ley 80 de 1993, cuando las pretensiones de la acción de controversias contractuales las fundamentó en esa ley. Que, de todos modos, la decisión no sólo se basó en las normas de la Ley 80 de 1993, sino que también se

⁸ Folio 104 del expediente.

⁹ Folio 104 (vuelto) ibídem.

¹⁰ Folio 108 ibídem.

Sentencia de tutela de primera instancia

tuvieron en cuenta los artículos 209, 339 y 341 de la Constitución y 2º del Decreto 01 de 1984, que *“entrañan tácitamente el deber de planeación”*.

Que si bien el proceso de selección del contratista se rigió por el Decreto 222 de 1983, lo cierto es que el contrato 352 se celebró en vigencia de la Ley 80 de 1993 y, por ende, el régimen jurídico aplicable es de la Ley 80, mas no el del Decreto Ley 222. Que si en gracia de discusión se aceptara que el régimen jurídico del contrato 352 es el Decreto Ley 222 de 1983, también sería nulo porque la simple lectura del artículo 30 permite inferir el principio de planeación.

Que, al hilo de lo anterior, no es cierto que se hubiere incurrido en defecto sustantivo, por interpretación errónea de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; 25 (numerales 6, 7, 11, 12,13 y 14), 26 (numeral 3) y 30 (numerales 1 y 2) de la Ley 80 de 1993, ni del artículo 2 del Decreto 01 de 1984, pues esas normas sí prevén implícitamente el principio de planeación en la actividad contractual.

Que es extraño que *“un contratista de la talla de ‘Concreto’ que en calidad de colaborador de la administración suscribe contratos de la magnitud del que aquí se debate, se niegue a someterse al deber de planeación implícitamente contenido en el ordenamiento jurídico colombiano y por el contrario pretenda obtener lucro con el perjuicio de la administración pública, comportamiento este, a todas luces atentatorio de los postulados de la buena fe contractual según la cual ‘es justo por derecho natural, que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otros’¹¹*.

Que tampoco es cierto que la sentencia hubiese declarado de oficio la nulidad absoluta del contrato 352, pese a que el término para decidirlo había prescrito. Que, en realidad, el actor pretende aplicar a su favor la prescripción de la nulidad absoluta, pero olvida que dicha figura está instituida a favor del interés y el orden público y, además, cuando el juez la declara de oficio no debe aplicar la norma más favorable, como erróneamente lo alegó CONCRETO.

Que, por otra parte, si bien el artículo 83 de la Constitución Política prevé la presunción de buena fe en la actuación de los ciudadanos, lo cierto es que *“no ocurre lo mismo en la relación contractual trabada entre la administración pública y sus contratistas – colaboradores, donde salvo un caso específico, la regla de la sana crítica y la experiencia indican que el Estado no contrata con ingenuos o indoctos, por el contrario el proceso de selección busca el mejor oferente, en atención a sus características profesionales y de experiencia, de manera que la*

¹¹ Folio 112 (vuelto) del expediente.

Sentencia de tutela de primera instancia

asimetría presentada en la situación anterior no tiene cabida entre contratistas y entidades públicas, por lo que dicha presunción no es posible, en tanto eso contravendría la finalidad de la norma constitucional y podría convertirse en fuente de actuaciones fraudulentas”¹².

Que, adicionalmente, la sentencia cuestionada no pretende, como lo cree CONCONCRETO, que los contratistas desconfíen de la administración, sino que colaboren en el desarrollo de la actividad contractual del Estado.

Que, por último, la sentencia no vulneró el artículo 90 de la Constitución Política, que consagra la responsabilidad del Estado, pues ese asunto no fue objeto de análisis.

5. Intervención del INVIAS (demandado en el proceso de controversias contractuales)

El INVIAS, mediante apoderado, solicitó que se denegara el amparo solicitado por CONCONCRETO porque pretende que se revoque una sentencia dictada por el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Que, en todo caso, la sentencia acusada no incurrió en ninguno de los defectos alegados por CONCONCRETO, por cuanto en el proceso ordinario se respetó el debido proceso de las partes y la sentencia fue debidamente sustentada.

CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el otro mecanismo de defensa debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá

¹² Folios 115 (vuelto) y 116 ibídem.

Sentencia de tutela de primera instancia

examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela.

En principio, la Sala Plena de esta Corporación consideraba que la acción de tutela era improcedente contra las providencias judiciales, en cuanto no fue creada para tal efecto. Que, además, no era el medio para discutir providencias judiciales porque el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, que reguló la acción de tutela, y que la permitía, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-543 de 1992.

No obstante, en sentencia del 31 de julio de 2012, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, conforme con las reglas que ha fijado la Corte Constitucional. De hecho, en la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014¹³, se precisó que la acción de tutela es procedente para cuestionar, incluso, providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, ese mecanismo puede ejercerse contra cualquier autoridad pública. Sobre el particular, la Sala Plena explicó:

“2.1.11.- Entonces, en virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela sí procede contra las providencias del Consejo de Estado, materializadas en autos y sentencias, en la medida en que la Corporación hace parte de una de las ramas del poder público –Rama Judicial-, conforme con los artículos 113 y 116 de la Constitución y, por tanto, es una autoridad pública.

Aceptar la procedencia de la acción de tutela contra las providencias del Consejo de Estado, no es otra cosa que aceptar la prevalencia de los derechos fundamentales de las personas y, por ende, desarrollar los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 1, 2, 4, 6, 121 y 230. Constitucionales.

2.1.12.- No puede perderse de vista que los autos y sentencias que profieren los jueces de las distintas jurisdicciones, incluidos los órganos que se encuentran en la cúspide de la estructura judicial, pueden vulnerar los derechos fundamentales de las personas”.

Empero, la tutela no puede convertirse en la instancia adicional de los procesos judiciales, pues los principios de seguridad jurídica y de coherencia del ordenamiento jurídico no permiten la revisión permanente y a perpetuidad de las decisiones judiciales y, por tanto, no puede admitirse la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, sin mayores excepciones.

Para aceptar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, entonces, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales que fijó la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005, así:

¹³ Expediente: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A. Demandado: Consejo de Estado – Sección Primera.

Sentencia de tutela de primera instancia

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones.

(...)

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

(...)

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas”.

Esos son los requisitos procesales o de procedibilidad de la acción de tutela.

Además, una vez la acción de tutela supere el estudio de las causales anteriores, llamadas genéricas, el juez puede conceder la protección siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo: (i) defecto sustantivo, (ii) defecto fáctico, (iii) defecto procedimental absoluto, (iv) defecto orgánico, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente y (viii) violación directa de la Constitución. La Corte Constitucional describió tales causales, así:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

Sentencia de tutela de primera instancia

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

h. Violación directa de la Constitución”.

Y esos defectos son los que autorizarían la concesión del amparo o de la tutela en contra de una providencia judicial.

Por último, conviene decir que al demandante le corresponde identificar y sustentar la causal específica de procedibilidad y exponer las razones que sustentan la violación de los derechos fundamentales. No son suficientes las simples inconformidades con las decisiones tomadas por los jueces de instancia, sino que el interesado debe demostrar que la providencia cuestionada ha incurrido en alguna de las causales específicas para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Justamente, las causales específicas que ha decantado la Corte Constitucional (y que han venido aplicando la mayoría de las autoridades judiciales) buscan que la tutela no se convierta en una instancia adicional para que las partes reabran discusiones que son propias de los procesos judiciales ordinarios o expongan los argumentos que dejaron de proponer oportunamente.

Es de esa manera que podría abordarse el estudio de una providencia judicial mediante el mecanismo excepcional de la tutela.

2. Del caso particular

Para decidir este caso, la Sala iniciará por verificar si la presente solicitud de amparo cumple los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Luego, examinará si las acusaciones formuladas contra la sentencia se basan en las llamadas causales específicas de procedibilidad de la acción, que miran más hacia la prosperidad de la tutela. Para abordar este último capítulo, la Sala

Sentencia de tutela de primera instancia

formulará los problemas jurídicos a resolver, analizará las argumentaciones y las pruebas del caso y se abocará hacia el fallo como conclusión.

2.1. De los requisitos generales de la tutela contra providencias judiciales

2.1.1. De la relevancia constitucional: la cuestión que aquí se discute sí tiene relevancia constitucional, toda vez que CONCONCRETO alegó que la sentencia del 13 de junio de 2013, dictada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, desconoció los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, derechos tradicionalmente relevantes en la institución de la acción de tutela.

Una sentencia que adolezca de graves defectos fácticos o sustantivos o que muestre cualquiera de las causales que antes se dejaron expuestas, implica, en principio, que el caso tenga una relevancia constitucional. La sentencia es por antonomasia el acto jurídico que particulariza o materializa la aplicación de derechos fundamentales a casos concretos, así el juez tenga que pasar también por el examen de las leyes, aún las leyes creadas por las partes, como cuando se ha suscrito un contrato. De ahí que las acusaciones contra las sentencias para ser examinadas por vía de tutela suelen conllevar siempre una relevancia constitucional, máxime cuando la sentencia trae nuevas tesis jurídicas que pretenden convertirse en precedentes, tesis que, justamente, por lo novedosas, pudieran quedar en situación de desconocer derechos fundamentales. El juez puede innovar las interpretaciones del derecho, pero con *sindéresis*, y con cuidado de no afectar los derechos fundamentales.

En este caso, no es cierto que la discusión esté relacionada con simples aspectos propios del proceso ordinario, pues, en realidad, la tutela de CONCONCRETO está fundada en serias razones que indican que se vulneraron derechos fundamentales. Eso justifica que la Sala examine la providencia cuestionada, a partir de los argumentos propuestos por CONCONCRETO frente a la vulneración del debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

2.1.2. De la inmediatez: la tutela cumple el requisito de inmediatez, por cuanto la sentencia cuestionada se notificó por edicto desfijado el 24 de junio de 2013¹⁴ y

¹⁴ Folio 452 del cuaderno número 11.

Sentencia de tutela de primera instancia

la demanda de tutela se presentó el 30 de agosto siguiente¹⁵, esto es, antes de seis meses, término que es razonable.

2.1.3. Del agotamiento de los mecanismos de defensa judicial: la Sala estima que este requisito también está acreditado, pues en el proceso de controversias contractuales se agotaron los recursos procedentes.

2.1.4 Finalmente, la sentencia cuestionada no fue proferida en un proceso de tutela.

Están, pues, cumplidos los requisitos generales y, por ende, pasa la Sala a estudiar los requisitos especiales para la prosperidad de la tutela contra providencias judiciales.

2.2. De las causales específicas para la prosperidad de la tutela

En cuanto al fondo del asunto, CONCRETO alegó que la sentencia del 13 de junio de 2013 adolece de los siguientes vicios: **(I)** defecto fáctico, **(II)** falta de motivación de la sentencia y **(III)** defecto sustantivo. Sin embargo, de las razones expuestas para sustentar tales vicios, la Sala advierte que la sociedad actora realmente busca demostrar que la planeación no es un principio expresamente previsto en el régimen jurídico de la actividad contractual del Estado y que su violación no puede derivar en la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, como equivocadamente se concluyó en la sentencia cuestionada, para el caso del contrato 352 de 1994.

La Sala debe abordar tres problemas jurídicos:

(I) Si la sentencia acusada incurrió en un defecto sustantivo cuando dijo que el deber de planeación está instituido como principio rector de la actividad contractual del Estado.

(II) Si la sentencia incurrió en defecto sustantivo cuando declaró la nulidad por objeto ilícito del contrato 352 de 1994, suscrito entre el INVIAS y CONCRETO, por violación del principio de planeación.

(III) ¿Cuáles serían las consecuencias de que se desconozca el principio de planeación imputable a las partes del contrato?

¹⁵ Ver contraportada.

Sentencia de tutela de primera instancia

2.2.1. Del principio de planeación en materia contractual

Como se sabe, la administración pública gestiona la consecución de sus fines y propósitos mediante dos grandes instrumentos: el acto administrativo y el contrato. Los fines y propósitos específicos que explican y justifican la presencia del acto administrativo y el contrato estatal tienen que estar en consonancia con los fines propios del Estado, tales como servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política¹⁶.

Es una petición de principio decir que la celebración de un contrato estatal deba estar precedida de un plan, de un proyecto, que permita dirigir y encauzar eficientemente los recursos físicos y humanos con que se cuenta para lograr el objeto del contrato, esto es, para conseguir el bien o el servicio que se pretenda. De hecho, la puesta en marcha de cualquier empresa, por pequeña que sea, requiere que el responsable planifique las acciones necesarias para sacarla adelante. Ningún buen padre de familia —la administración debe ser gobernada con criterios de buen padre familia— adelantaría una obra, una gestión, un trabajo, sin planear mínimamente la acción, so pena de poner en riesgo la estabilidad de su familia.

La planeación es uno de los principios básicos de la administración. Hablando de las similitudes entre la gestión pública y la gestión privada, Gulick y Urwick decían que un buen ejecutivo debe planificar, organizar, integrar personal y dirigir¹⁷. Por su parte, Álvaro Rodríguez Reyes¹⁸ dice que la planeación es *“en su concepción más general una manifestación inherente a la naturaleza humana; es el resultado de la facultad racional del hombre del pensar antes de actuar o expresado con la máxima sencillez, planear es prepararse para la acción. Y si llevamos nuestro enfoque un poco más hacia la compaginación de lo económico con lo organizativo, encontramos en la planeación un producto reflexivo de la inteligencia humana, un recurso para conducir la acción con un sentido de orden y previsión, a fin de obtener el máximo de provecho con el máximo de esfuerzo”*.

¹⁶ Constitución Política. Artículo 2. *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

¹⁷ Citados por Graham T. Alison en *La Gestión Pública y la Privada: ¿son fundamentalmente similares en todos los aspectos no importantes?* Texto compilado por Jay M. Shafritz y Albert C. Hyde en: *Clásicos de la Administración Pública*. Fondo de Cultura Económica y otros. México, 1999. Pág. 751.

¹⁸ Citado por Raymundo Amaro Guzmán en: *Introducción a la Administración Pública*. MacGraw – Hill. México, 1993. Pág. 244.

Sentencia de tutela de primera instancia

La planeación, entonces, desempeña un papel de suma importancia en la actividad contractual, pues se trata de una técnica de la administración encaminada a lograr el uso eficiente de los recursos y permite cumplir los fines del Estado de una manera oportuna y adecuada. Es por eso que las entidades públicas, antes de iniciar un proceso de selección o de celebrar un contrato estatal, tienen la obligación de elaborar estudios, diseños, proyectos y pliegos de condiciones, que permitan determinar, entre otras cosas, la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, la modalidad de selección del contratista, el tipo de contrato y la disponibilidad de recursos. Se evita así la improvisación en la gestión pública, los gastos excesivos y se garantiza que la administración actúe con objetivos claros, cuestiones que, a su vez, aseguran la prevalencia del interés general.

Sobre el tema, conviene traer a colación, por lo pertinente, la sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 14854, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, que explicó que la planeación es un principio de la actividad contractual y que, incluso, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 era exigible a las entidades públicas contratantes. La sentencia explica:

*“La jurisprudencia de la Sala ha sostenido repetidamente, y así lo reitera ahora¹⁹, que **en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.***

El aludido principio de planeación, con los perfiles y el alcance que se señalan, no solo ha sido consagrado en el Estatuto de Contratación actualmente vigente, contenido en la Ley 80 de 1993, respecto del cual la Ley 1150 de 2007 ha adoptado disposiciones encaminadas a fortalecerlo, sino que también ocupó la atención del legislador al expedir el Decreto-ley 222 de 1983, tal y como se advierte de la interpretación hecha a varios de sus

¹⁹ ‘Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp. 14287, Actor: Jairo Arturo Cárdenas Avellaneda, Demandado: Telecom’.

Sentencia de tutela de primera instancia

artículos, entre ellos el numeral 2^o del artículo 30, el cual estableció algunas exigencias respecto del contenido de los pliegos de condiciones; el artículo 46 que reguló aspectos relacionados con la disponibilidad de las partidas presupuestales y el registro presupuestal; el párrafo 1^o del artículo 83 del citado Decreto-ley 222 de 1983 referido a los requisitos y el procedimiento aplicables a la selección de los contratistas, en función de la cuantía del respectivo contrato de obra, determinada en la estimación del presupuesto oficial.

Peró además, el artículo 84 del Decreto-ley 222 de 1983²¹, de manera expresa, impuso a las entidades públicas el deber de acatar el principio de planeación, concretamente, en los contratos de obra pública, al ordenar la elaboración previa de los planos, proyectos, presupuestos y demás aspectos necesarios para la identificación del contrato a celebrar” (se resalta).

La Sala anticipa que comparte las conclusiones antes expuestas, pues la planeación, contra lo dicho por CONCONCRETO, sí se deriva de la interpretación integral y sistemática del ordenamiento jurídico. De hecho, independientemente de si el proceso de selección se regía por el Decreto Ley 222 de 1983 o por la Ley 80 de 1993, la planeación es la conducta siempre esperada en la actividad contractual, pues no sólo tiene incidencia en el interés general, sino que salvaguarda importantes principios como: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función administrativa.

Existen, pues, poderosas razones para que el principio de planeación tenga plena cabida en materia contractual. Detrás de la celebración de un contrato de obra, por ejemplo, están el interés general y la necesidad de defender el patrimonio público, que pueden verse afectados justamente por la falta de planeación.

Peró la planeación no solo mira hacia la administración. Naturalmente, los contratistas también están en el deber de planificar las acciones y gestiones necesarias para cumplir cabalmente sus prestaciones. De hecho, el profesionalismo con que debe actuar un contratista habitual del Estado, lo obliga a estar bien informado sobre las gestiones, proyectos, iniciativas, que la administración esté promoviendo a efecto de

²⁰ ‘A continuación se transcribe, en lo pertinente, el texto del citado numeral 2^o del artículo 30 del Decreto-ley 222 de 1983:

‘2^o.- La entidad interesada elaborará un pliego de condiciones que, además de lo que se considere necesario para identificar la licitación, contenga en forma expresa y completa:

‘a).- Las especificaciones de los bienes, servicios u obras objeto del contrato proyectado;

‘b) La cantidad y calidad de dichos bienes o servicios o de la obra;

‘c) Las calidades que se exijan a las personas que deseen licitar;

‘d) Las condiciones y forma de cumplimiento por el contratista y las modalidades y forma de pago; cuando el pago deba hacerse con recursos del crédito, deberá consignarse expresamente que éste se hará bajo condición del perfeccionamiento del empréstito correspondiente, o la exigencia al proponente de formular oferta de financiación;

k) La posibilidad de presentar alternativas;

l) La posibilidad de presentar propuestas parciales;

m) La posibilidad de efectuar adjudicaciones parciales;

n) La posibilidad de presentar propuestas conjuntas’.

²¹ ‘El artículo 84 del Decreto-ley 222 de 1983, prescribe: ‘**Artículo 84. De los requisitos para licitar o contratar.** No podrá licitarse ni contratarse la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyecto y presupuesto respectivos y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación’.

Sentencia de tutela de primera instancia

proponer, si es del caso, ofertas de contratos capaces de responder a las expectativas de la administración. No puede admitirse que empresas y empresarios concedores de todas las variables de sus negocios digan que firman contratos a oscuras, en la ignorancia, y que luego son sorprendidos por el Estado.

Y todo eso hace parte de un principio básico del contrato, que no es otro que el de la buena fe contractual, que va más allá del comportamiento cabal y honesto, puesto que implica el conocimiento de las condiciones en que se desarrollará el vínculo jurídico, en orden a asegurar la mutua confianza de las partes.

La buena fe reina en la etapa contractual²², pues es la base de todas las relaciones o vínculos obligacionales²³. De hecho, la aplicación del principio de buena fe incluye la formación del contrato, como lo asegura Rodrigo Escobar Gil²⁴.

En el sub lite, CONCRETO inicialmente alegó que en la sentencia objeto de tutela se aplicaron indebidamente los artículos 25 (numerales 6, 7, 11, 12, 13 y 14) y 26 (numeral 3) de la Ley 80 de 1993 y se interpretaron erróneamente los artículos 209, 339 y 341 de la Constitución Política y 2° del Decreto 01 de 1984, por dos razones: **(I)** porque la Ley 80 de 1993 no rigió el proceso de selección y **(II)** porque ninguna de las normas citadas instituyen el deber de planeación como principio rector de la actividad contractual.

La Sala advierte que, el 6 de diciembre de 1993, el INVIAS abrió la licitación pública internacional 081-93. Para esa época²⁵, la actividad contractual del Estado se regía por

²² Raúl Enrique Granillo Ocampo explica que: “*Los contratos de la administración son esencialmente de buena fe, no en el sentido de que este elemento no esté previsto en todo tipo de contratos, sino en el que en estos contratos la buena fe actúa en una forma más concreta, obligando a las partes a esfuerzos que no serían jurídicamente exigibles en los contratos civiles y privando a las partes de la posibilidad de acudir a previsiones que, si bien lícitas, implican ventajas que destruyen la ecuación económico financiera prevista al contratar*”. Distribución de los riesgos en la contratación administrativa. Editorial Astrea, 1990. Pág. 95.

²³ Jesús González Pérez enseña que el principio general de la buena fe rige el cumplimiento de las obligaciones y examinando las reglas del Código Civil español, que consagran ese principio, termina por decir: “*normas todas aplicables en derecho administrativo, no ya por la vía de la supletoriedad... sino por constituir supuestos tipificados de exigencias de la buena fe, de aplicación general. // En derecho administrativo el ámbito de aplicación del principio en este aspecto no puede ser más amplio. Cualquiera que sea el tipo de obligación, cualquiera que sea la naturaleza de la prestación y la persona obligada, no solo debe realizar lo especialmente previsto, sino todas las consecuencias que sean conformes con la buena fe*”. El principio general de la buena fe en el derecho administrativo. Segunda edición. Editorial civitas. Págs. 124 y 125.

²⁴ “*El valor ético de la confianza como fundamento del contrato administrativo es la más trascendental evolución que ha tenido esta institución jurídica en los años recientes... // A continuación nos referiremos a la aplicación de la bona fides en la etapa de formación y en la ejecución del contrato administrativo... // La administración pública y los particulares deberán observar un comportamiento leal y diligente durante el procedimiento, lo que los obliga a realizar todo aquello que conduzca al nacimiento del contrato y abstenerse de lo que pueda frustrar este resultado, conforme con la exigencia de la mutua confianza*”. Responsabilidad contractual de la administración pública. Temis. Págs. 94 y 95.

²⁵ Si bien la Ley 80 se promulgó el 28 de octubre de 1993, lo cierto es que entró en vigencia el 1° de enero de 1994. En lo pertinente, el artículo 81 de esa ley expresa:

Sentencia de tutela de primera instancia

el Decreto Ley 222 de 1983²⁶ y sus decretos reglamentarios. La adjudicación de la licitación, sin embargo, se realizó el 12 de abril de 1994, es decir, cuando la Ley 80 de 1993²⁷, que derogó el Decreto Ley 222 de 1983²⁸, ya había entrado en vigencia (1° de enero de 1994).

De lo anterior, la Sala observa que durante el procedimiento de selección adelantado por el INVIAS se presentó un tránsito de legislación entre el Decreto Ley 222 y la Ley 80. Esa circunstancia, justamente, fue regulada por el artículo 78 de la Ley 80 de 1993, en cuanto dispuso que *“los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación”* (se resalta).

Siendo así, resulta evidente que el procedimiento de selección adelantado por el INVIAS se regía por el Decreto Ley 222 de 1983 y sus decretos reglamentarios, habida cuenta de que se inició antes de la entrada en vigencia de la Ley 80, esto es, antes del 1° de enero de 1994. Pero la celebración del contrato es otro fenómeno que quedó gobernado por la Ley 80.

En otras palabras, la Sala no desconoce que el régimen jurídico del contrato 352 sí era la Ley 80 de 1993, en razón a que fue suscrito el 27 de junio de 1994, es decir, cuando ya estaba en vigencia la Ley 80 de 1993. No obstante, como el supuesto que habría dado lugar a la nulidad absoluta por objeto ilícito (incumplimiento del principio de planeación) ocurrió, según lo entendió la autoridad judicial demandada, durante el proceso de selección del contratista, las reglas que se debían tener en cuenta para analizar el principio de planeación no eran las de la Ley 80, sino las previstas en el Decreto Ley 222 de 1983, que rigió el proceso de selección.

“Artículo 81°.- De la Derogatoria y de la Vigencia. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados el Decreto ley 2248 de 1972; la Ley 19 de 1982; el Decreto ley 222 de 1983, excepción hecha de los artículos 108, 109, 110, 111, 112 y 113; el Decreto ley 591 de 1991, excepción hecha de los artículos 2o., 8o., 9o., 17 y 19; el Decreto ley 1684 de 1991; las normas sobre contratación del Decreto 700 de 1992, y los artículos 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263 y 264 del Código Contencioso Administrativo; así como las demás normas que le sean contrarias.

A partir de la promulgación de la presente ley, entrarán a regir el parágrafo del artículo 2o.; el literal l) del numeral 1o. y el numeral 9o. del artículo 24; las normas de este estatuto relacionadas con el contrato de concesión; el numeral 8o. del artículo 25; el numeral 5o., del artículo 32 sobre fiducia pública y encargo fiduciario; y los artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38, sobre servicios y actividades de telecomunicaciones.

Las demás disposiciones de la presente ley, entrarán a regir a partir del 1o. de enero de 1994 con excepción de las normas sobre registro, clasificación y calificación de proponentes, cuya vigencia se iniciará un año después de la promulgación de esta ley”.

²⁶ “Por el cual se expidieron normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictaron otras disposiciones”.

²⁷ “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

²⁸ Ver nota a pie de página número 10.

Sentencia de tutela de primera instancia

En este punto, formalmente le asiste razón a CONCRETO, pues, se insiste, la Ley 80 no es la norma que rigió el proceso de selección. Sin embargo, la Sala debe aclarar que la eventual indebida aplicación de la Ley 80 no genera, *per se*, vicios en la sentencia acusada, pues la autoridad judicial demandada no derivó el principio de planeación únicamente de la Ley 80, sino de otras normas previstas en la Constitución Política y en el Decreto 01 de 1984. Además, como ya se vio, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo Estado determinó que, incluso, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 (que sí era la norma que reguló el proceso de selección) el principio de planeación era exigible a las entidades públicas contratantes.

De hecho, el solo principio de eficacia, previsto en el artículo 209 de la Constitución, sustenta la necesidad de tener una gestión pública bien planificada.

Entonces, el hecho de que la autoridad judicial demandada hubiese analizado la Ley 80 y no el Decreto Ley 222 no cambia la conclusión frente al principio de planeación, pues, de todos modos, se habría concluido que si bien el legislador no señaló expresamente la planeación como principio rector de la actividad contractual, lo cierto es que ese principio está implícito en los artículos 30, 46, 83 y 84 del Decreto Ley 222 de 1983; 209²⁹, 339³⁰ y 341³¹ de la Constitución Política; y 2^o³² del Decreto 01 de 1984, y, por

²⁹ “ARTÍCULO 209. 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.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

³⁰ “ARTÍCULO 339. Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución.

Las entidades territoriales elaborarán y adoptarán de manera concertada entre ellas y el gobierno nacional, planes de desarrollo, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley. Los planes de las entidades territoriales estarán conformados por una parte estratégica y un plan de inversiones de mediano y corto plazo”.

³¹ “ARTÍCULO 341. El gobierno elaborará el Plan Nacional de Desarrollo con participación activa de las autoridades de planeación, de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura y someterá el proyecto correspondiente al concepto del Consejo Nacional de Planeación; oída la opinión del Consejo procederá a efectuar las enmiendas que considere pertinentes y presentará el proyecto a consideración del Congreso, dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo.

Con fundamento en el informe que elaboren las comisiones conjuntas de asuntos económicos, cada corporación discutirá y evaluará el plan en sesión plenaria. Los desacuerdos con el contenido de la parte general, si los hubiere, no serán obstáculo para que el gobierno ejecute las políticas propuestas en lo que sea de su competencia. No obstante, cuando el gobierno decida modificar la parte general del plan deberá seguir el procedimiento indicado en el artículo siguiente.

El Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores, con todo, en las leyes anuales de presupuesto se podrán aumentar o disminuir las partidas y recursos aprobados en la ley del plan. Si el Congreso no aprueba el Plan Nacional de

Sentencia de tutela de primera instancia

ende, las entidades públicas tienen la obligación de observarlo antes de iniciar un proceso de selección o de celebrar un contrato estatal, tal como se explicó en la providencia aquí cuestionada:

“2. De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado ‘deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales. Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales’.
(...)³³”.

Lo hasta aquí dicho permite concluir que la sentencia cuestionada no incurrió en ningún defecto al considerar que la planeación es un principio rector de la actividad contractual. Se repite: esa conclusión tiene sustento en el sentido de las normas constitucionales en materia de contratación estatal, que regulan la conducta que deben seguir las entidades públicas contratantes. La Sala comparte las conclusiones de la autoridad judicial demandada, pues cierto es que de la interpretación integral del ordenamiento jurídico se concluye que la planeación es un principio que rige la contratación pública.

No es cierto que la mención a la Ley 80 de 1993 vicie, por defecto sustantivo, la sentencia del 13 de junio de 2013, por cuanto, se repite, tal principio regía aún en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983.

Inversiones Públicas en un término de tres meses después de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley.

El Congreso podrá modificar el Plan de Inversiones Públicas siempre y cuando se mantenga el equilibrio financiero. Cualquier incremento en las autorizaciones de endeudamiento solicitadas en el proyecto gubernamental o inclusión de proyectos de inversión no contemplados en él, requerirá el visto bueno del Gobierno Nacional.”

³² “ARTÍCULO 2. Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley”.

³³ Páginas 9 y 10 de la sentencia acusada.

Sentencia de tutela de primera instancia

En consecuencia, el primer problema jurídico queda resuelto: la sentencia cuestionada no incurrió en defecto sustantivo cuando concluyó que el principio de planeación gobierna la actividad contractual del Estado.

2.2.2. De la nulidad absoluta del contrato 352 de 1994

Corresponde ahora determinar si en la sentencia cuestionada se incurrió en defecto sustantivo, al declarar la nulidad absoluta, por objeto ilícito, del contrato 352 de 1994, por violación del principio de planeación.

La sentencia objeto de tutela afirma enfáticamente que el contrato 352 de 1994 adolece de nulidad absoluta, por objeto ilícito, porque las partes contratantes desconocieron el principio de planeación. En la providencia se explicó que la inobservancia a este principio trae como consecuencia inevitable la invalidez absoluta del contrato, pues *“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 el derecho público”*³⁴.

Esta Sala no comparte esa conclusión. Para demostrar que la sentencia incurrió en defecto sustantivo, por interpretación errónea, se examinarán aspectos centrales de la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito y, posteriormente, se analizará dicha causal en el caso concreto.

De la causal de nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito

Comúnmente los litigios que se resuelven a través de la acción contractual (ahora medio de control de controversias contractuales) se originan en tres grandes escenarios: la celebración del contrato, la ejecución (incluida la liquidación) y los actos contractuales, esto es, los actos unilaterales que dicta la administración con ocasión del contrato. La acción contractual es pluripretensional, vale decir: admite pretensiones de nulidad, de restablecimiento del derecho, de reclamación, como cuando se piden las indemnizaciones pertinentes, previa declaración del incumplimiento contractual, etcétera³⁵.

³⁴ Página 16 de la sentencia acusada.

³⁵ Véase a Carlos Betancur Jaramillo en *Derecho Procesal Administrativo*. Señal Editora. 2014. Págs. 88-89.

Sentencia de tutela de primera instancia

Uno de los litigios propios de esa acción es el que se genera con ocasión de la celebración del contrato, esto es, cuando se discute la validez del mismo. En todo caso, la nulidad del contrato es la sanción más grave que se puede imponer al acto jurídico nacido del acuerdo de voluntades.

La nulidad es una sanción que opera cuando **en la celebración del negocio jurídico** se “*incurra en quebranto de normas de jerarquía superior*”³⁶. Se trata, pues, de una “*sanción civil frente a la contravención de la ley por la inobservancia de los requisitos establecidos por ella para la validez del contrato*”³⁷.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 31 de enero de 2011³⁸, reconoció el carácter sancionatorio de la nulidad absoluta del contrato estatal, en los siguientes términos: “**La nulidad absoluta de los contratos** se refiere, entonces, a su pérdida de validez con ocasión de vicios imposibles de sanear, y **se constituye en la más grave sanción que se pueda imponer a los negocios jurídicos** por cuanto hace desaparecer sus efectos al buscar devolver las cosas al estado en el que se encontraban con anterioridad a la suscripción del contrato”.

Ahora, por tratarse de la sanción más grave que se puede imponer a los contratos, la nulidad absoluta sólo puede declararse por las causales expresamente definidas en la ley. Es decir, las causales de nulidad absoluta del contrato son taxativas y de interpretación restrictiva. Frente al tema, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 15.324, explicó que “*las normas que imponen sanciones o establecen prohibiciones, al igual que ocurre con las que consagran nulidades, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, por consiguiente, en relación con ellas no cabe su interpretación extensiva o su aplicación por vía de analogía, es decir que esa clase de disposiciones no puede aplicarse a casos, situaciones o hipótesis diferentes de aquellos que se encuentren expresamente regulados por las mismas*”³⁹.

Las causales de nulidad absoluta en el contrato estatal están previstas en el artículo 44⁴⁰ de la Ley 80 de 1993 (ley que, como se vio, gobernó el contrato estatal 352). Esa

³⁶ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 7ª edición, Temis, Bogotá, 2005, pág. 434.

³⁷ Hernández Enríquez, Alier. Nulidad y terminación unilateral de los contratos estatales. En: *Temas en contratos estatales*. Ed. Dike, Medellín, 2010, pág. 461.

³⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 31 de enero de 2011 .C.P. Olga Mérida Valle De La Hoz. Exp. 17.767.

³⁹ También puede consultarse la sentencia del 1 de diciembre de 2008, dictada por el Consejo de Estado, Sección Tercera. M.P. Miryam Guerrero de Escobar. Exp. 15.603.

⁴⁰ “*Artículo 44º.- De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*

1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

Sentencia de tutela de primera instancia

norma prevé que el contrato es absolutamente nulo cuando: **(I)** se celebra con personas incursas en causales de inhabilidades o incompatibilidades, **(II)** se celebra contra prohibición constitucional o legal, **(III)** se celebra con abuso o desviación de poder, **(IV)** se declaran nulos los actos administrativos en que se fundamentó o **(V)** se hubiere celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 de esa ley sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata dicha ley.

Ese mismo artículo 44 señala que el contrato es absolutamente nulo en los casos previstos en el derecho común, es decir, en los eventos señalados por el artículo 1741⁴¹ del Código Civil, que son: **(I)** el objeto ilícito, **(II)** la causa ilícita, **(III)** la omisión de requisitos o formalidades que las leyes prescriben para ciertos actos o contratos y, finalmente, **(III)** la incapacidad absoluta.

El Código de Comercio también es parte de eso que la ley llama derecho común y en el artículo 899⁴² se establecen los tres casos de nulidad absoluta del negocio jurídico, que son cuando el contrato viole una norma imperativa, cuando tenga causa u objeto ilícito y cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

En lo que aquí interesa, la causal de nulidad por objeto ilícito (que fue la que se halló probada en el caso particular) tendría fundamento en los artículos 1519 y 1523 del Código Civil, que, en su orden, establecen que “*Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación*” y que “*hay objeto ilícito cuando los actos jurídicos se encuentren prohibidos por las leyes*”.

El profesor Ospina Fernández, por ejemplo, ha entendido que un acto jurídico tiene objeto ilícito cuando “*en sus prestaciones aisladamente consideradas o en su conjunto,*

2o. *Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.*

3o. *Se celebren con abuso o desviación de poder.*

4o. *Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*

5o. *Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley”.*

⁴¹ “**ARTÍCULO 1741. <NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA>**. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

⁴² “**ARTÍCULO 899. <NULIDAD ABSOLUTA>**. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

1) *Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;*

2) *Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y*

3) *Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz”.*

Sentencia de tutela de primera instancia

contraría cualquiera de los extremos mencionados: la ley, el orden público, o las buenas costumbres⁴³.

Según la anterior definición, que se enmarca dentro de lo que se llama el derecho común, si las partes de un contrato van en contravía de una expresa prohibición legal, por ejemplo, habría un caso de objeto ilícito por violación de la ley o como cuando el contrato se ajusta en medio de escenarios delictuales, como cuando el contrato se vuelve un instrumento para cometer delitos.

Ahora, sobre lo que debe entenderse por orden público, la Corte Constitucional, en sentencia T 629 de 2010, dijo:

*“El **orden público**, es entendido como las ‘cláusulas generales’ o ‘principios basilares’ del ordenamiento social, con los que se reglamenta jurídicamente la realidad; son las normas cambiantes que ponen a tono el sistema jurídico con los tiempos y que encauzan la autonomía privada, según la primacía de los elementos fundantes del Estado social de derecho. Se trata, en este sentido, de reglas que acotan el ámbito de validez material de los acuerdos de voluntades, dentro del margen que determine la Constitución, y por tanto, los derechos fundamentales y sus límites, el imperativo constitucional de tutelar especialmente a los sujetos en condición vulnerable, y, las finalidades que procura la intervención del Estado frente a los particulares.*

Esta noción evidencia un valor objetivo de interés esencial para el Estado. Mas, por mandato del principio del rule of law en el contexto de sistemas jurídicos de Derecho europeo continental, las normas imperativas o de orden público deben tener fundamento en la ley y estar plasmadas con precisión principalmente en el Derecho legislado. Por esto, el orden público puede ser fruto del ejercicio de competencias de Derecho público o de normas legales que imponen límites a los derechos.

87. De igual modo, las normas de orden público no son disponibles para los sujetos a quienes se dirigen. Porque en ellas están protegidos los bienes de mayor valor para el Estado, asegurados a través de severas sanciones, prohibiciones, mandatos y órdenes relacionadas con la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas. Así ocurre con el Derecho penal, el Derecho policivo, las medidas administrativas de ordenación y las restantes que así se reconozcan por el legislador. Todo a los efectos de que tal Derecho imperativo concreto, evidente y correctamente establecido, permita reconocer lo que delimita y restringe los derechos y facultades de la persona y de allí en adelante, sea posible el (amplio) despliegue de sus libertades”.

Y sobre las buenas costumbres, la Corte Constitucional, en la misma sentencia, explicó:

*“En lo que se refiere a las **buenas costumbres**, se ha dicho que con ellas se expresa ‘el aspecto moral del orden público, es decir, las reglas morales cuyo respeto impone el interés de la sociedad a las voluntades individuales’. Representan entonces ‘los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social’, que pretenden introducir la justicia y la equidad en las relaciones contractuales, a fin de evitar negociaciones impuestas y vejatorias. Se erigen en un límite al ejercicio de la autonomía contractual, que obra como una especie de parámetro que va más allá de la mera prohibición legal y abre una especie de ‘ventana sobre el orden ético’.*

(...)

92. Bajo la anterior perspectiva la Corte ha concluido que en la actualidad, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta:

⁴³ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. 7ª edición, Temis, Bogotá, 2005, p. 439.

Sentencia de tutela de primera instancia

'(i) En la existencia de una libertad para contratar o no, siempre que dicha decisión no se convierta en un abuso de la posición dominante o en una práctica restrictiva de la competencia; (ii) En el logro o consecución no sólo del interés particular sino también del interés público o bienestar común; (iii) En el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos'. Y también en cuanto al juez, (iv) el papel de 'velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes' y en las partes (v) el sujetar su autonomía 'a los parámetros éticos de la buena fe'.

Es decir que la licitud o ilicitud de una prestación, de un contrato, serán el resultado de la forma en que operen los bienes constitucionales que animan el ejercicio de la autonomía privada, las normas de Derecho público y el principio de solidaridad impuesto por el Estado social de derecho en las relaciones entre particulares. Será resultado del consentimiento y capacidad del sujeto que actúa en ejercicio de su libertad y dignidad humanas y todos los valores constitucionales que de allí se desprenden, de cumplir con el ordenamiento que somete la actividad de que se trate, a sus reglas y principios".

Ahora bien, para determinar si un contrato tiene objeto ilícito se deben analizar especialmente las prestaciones pactadas, pues, como se sabe, el objeto de los actos jurídicos *"está constituido por el contenido específico de cada acto, determinado por las regulaciones voluntarias de los agentes"*⁴⁴. Es decir, para determinar la licitud o ilicitud del objeto se debe examinar si las prestaciones pactadas en el contrato, esto es, el objeto del contrato, atentan contra el ordenamiento jurídico o las buenas costumbres, en los términos explicados.

La Sala no ignora que la expresión objeto ilícito, como causal de nulidad del contrato, es un concepto jurídico indeterminado, pero no por eso le confiere al juez del contrato discrecionalidad para decir cuándo hay y cuándo no hay objeto ilícito. Es evidente que la expresión objeto ilícito alude muy particularmente a las mutuas prestaciones que las partes acordaron, prestaciones que devienen ilícitas porque estaba prohibido que se pacten o porque se pactaron para facilitar la violación de otras normas o para perjudicar a terceros. O, al decir de Ospina Fernández, cuando las cláusulas también resultan contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

Lo ilícito, en consecuencia, debe predicarse de una, varias o todas las obligaciones asumidas por las partes, pues estas obligaciones son el objeto del contrato.

De la causal de nulidad absoluta del contrato 352 por objeto ilícito

En el sub lite, la sentencia cuestionada no se refirió a las cláusulas del contrato, sino que encontró probado que en la etapa precontractual se desconoció el principio de planeación, pues el contrato 352 de 1994 se suscribió sin contar con los predios requeridos para ejecutar la obra. Que, por ende, las partes del contrato 352 incurrieron

⁴⁴ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. 7ª edición, Temis, Bogotá, 2005, pág. 237.

Sentencia de tutela de primera instancia

en la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito. En lo pertinente, la sentencia cuestionada dijo:

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

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

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

La anterior transcripción demuestra que, para concluir la ilicitud del contrato 352, la autoridad judicial demandada acudió no propiamente a las cláusulas del objeto del contrato, sino a la etapa previa a su suscripción, de ahí que el juez se haya dolido de que, al 27 de junio de 1994, fecha de la celebración del contrato, no se habían adquirido los predios para construir la solución vial Pereira - Dosquebradas y que esa situación se prolongó hasta vencido el plazo inicial de ejecución.

La violación del principio de planeación que halló demostrada la autoridad judicial demandada radicó en la incuria o improbidad de la administración para alistar las condiciones de la ejecución del contrato, puesto que lo celebró sin haber antes adquirido los predios necesarios para la obra. De ahí derivó el objeto ilícito del contrato.

A juicio de esta Sala, la violación del principio de planeación, por una parte, no es una causal autónoma o directa de nulidad del contrato y, por otra, no encaja en la configuración de un verdadero caso de objeto ilícito. En efecto, la ilicitud que la sentencia encontró probada se trasladó del objeto del contrato propiamente dicho a la etapa previa a la celebración, en cuanto exigió que, en últimas, ambas partes debían tener certeza de la disponibilidad de los predios, antes de celebrar el contrato de obra. Es decir, que halló probada una supuesta ilicitud en la fase previa a la celebración del contrato y no propiamente en las cláusulas de lo que sería el contrato.

Sentencia de tutela de primera instancia

Que las partes debieron, entonces, cumplir con el principio de planeación (prever la disponibilidad de los predios antes de la celebración) y como así no procedieron terminaron incurriendo en una conducta ilícita, tan ilícita como que viciaron de nulidad absoluta el objeto del contrato, que era la construcción de la solución vial de marras. De hecho, como generalmente es la administración la que adquiere los predios, la sentencia cuestionada estaría imponiéndole al contratista la obligación de no celebrar el contrato hasta asegurarse de que el INVIAS los adquiriera. Más o menos de ese modo, no se habría violado el principio de planeamiento y las partes no habrían incurrido en la celebración de un contrato con objeto ilícito.

La Sala estima que hay una interpretación errónea en la deducción que ha hecho la sentencia cuestionada. Aun aceptando, como se acepta, que el principio de planeación es inherente a la actividad administrativa contractual y de ineludible acatamiento, una cosa es la etapa previa a la celebración del contrato, incluida la etapa de planeamiento, y otra es el momento de la celebración del contrato. Al ajustarse el contrato queda configurado el objeto, esto es, quedan descritas las mutuas obligaciones y son estas las que deben estar libres de ilicitud: no deben ser contrarias a una expresa prohibición legal, deben respetar el orden público y las buenas costumbres.

La falta de planeamiento —que viene a ser algo así como el descuido, la incuria, la dejadez, la falta de diligencia y cuidado en prever con anticipación los recursos humanos, físicos, financieros, etcétera, para encarar la celebración y ejecución de un determinado contrato— puede generar responsabilidad por incumplimiento, si esa falta de planeamiento malogra la cumplida ejecución del contrato. Y esa responsabilidad le puede caer tanto al contratante como al contratista, según la posición jurídica en que se encuentren frente a cada obligación. No necesariamente la violación del principio de planeamiento conduce a la nulidad por objeto ilícito. Lo sería sí, luego, al pactar las cláusulas estas resultan ilícitas y si dicha ilicitud vendría a ser la consecuencia del desconocimiento del principio de planeamiento. Cosa que no se demostró en el caso de autos.

De hecho, el numeral 4° del artículo 44 de la Ley 80 establece la nulidad del contrato cuando se derive de la nulidad de los actos administrativos que lo fundamentan. Los actos administrativos previos podrían ser anulados si violaron trámites cruciales vinculados al principio de planeación y que la ley haya plenamente establecido. Pero todavía este caso no es un evento de objeto ilícito.

Sentencia de tutela de primera instancia

En fin, resulta que el Estado produce gasto público o egresos mediante varios títulos de imputación. La ley, el acto administrativo, el contrato y la sentencia judicial son los títulos de imputación del gasto público⁴⁵. Si la tesis es que el principio de planeamiento es condición *sine qua non* de la validez de los actos jurídicos que impactan las finanzas y el patrimonio público, al punto de configurarse un caso de objeto ilícito si se viola ese principio, habría que declarar inexecutable una ley que implique gasto público (¿cuál no?) por no haber sido dictada conforme una etapa de planeamiento técnicamente hecha, incluso. Así, tocaría proceder con el acto administrativo y con la sentencia, si se dictan sin la demostración de haberse atendido el principio de planeación.

En la lógica de la sentencia cuestionada, habría objeto ilícito en la ley, el acto administrativo o en la sentencia que dispongan gastos sin haber previamente pasado por una etapa de planeamiento financiero, sobre todo en esas leyes, esos actos y esas sentencias que suelen amenazar la sostenibilidad fiscal del Estado. Se dictan a menudo ese tipo de actos jurídicos sin sortearse la etapa previa de planificación y no por eso resultan invariablemente de objeto ilícito, aunque ahora podrían ser invalidados o revisados por trámite irregular, como cuando desconocen el principio de sostenibilidad fiscal⁴⁶.

⁴⁵ Véanse sino los elementos que comprende el presupuesto de gastos. Decreto 111 de 1996. Artículo 38: En el presupuesto de gastos sólo se podrán incluir apropiaciones que correspondan:

- a) A créditos judicialmente reconocidos;
- b) A gastos decretados conforme a la ley;
- c) Las destinadas a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo económico y social y a las de las obras públicas de que tratan los artículos 339 y 341 de la Constitución Política, que fueren aprobadas por el Congreso Nacional, y
- d) A las leyes que organizan la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional, que constituyen título para incluir en el presupuesto partidas para gastos de funcionamiento, inversión y servicio de la deuda pública (L. 38/89, art. 24; L. 179/94, arts 16, 55, inc. 1° y 4°, art. 71).

⁴⁶ En efecto, apenas en el año 2003 y para las leyes y los actos administrativos equivalentes o similares a la ley (ordenanzas y acuerdos), la Ley orgánica 819 vino a consagrar la obligatoriedad de analizar por lo menos el impacto fiscal de las normas de gasto público y las que otorguen beneficios tributarios. El artículo 7° de esa ley prevé: *“Análisis del impacto fiscal de las normas. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.// Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.// El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso. // Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. // En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces”*.

Y solo en diciembre de 2013, la Ley 1695 reguló el incidente de impacto fiscal para revisar las sentencias de las altas cortes que causen ese efecto.

Empero, en ninguno de esos eventos, la inobservancia de la planificación financiera ni el impacto fiscal se traduce en casos de objeto ilícito, que, se insiste, es una sanción grave, incluso de consecuencias personales para los agentes que intervienen en actos jurídicos de objeto ilícito.

Sentencia de tutela de primera instancia

Volviendo al caso particular y haciendo un examen textual de las cláusulas del contrato 352 de 1994, la Sala no encuentra que resulten contrarias a ley expresa, al orden público o a las buenas costumbres.

En efecto, de la lectura de las cláusulas primera, segunda y cuarta del contrato 352, se advierte: **(I)** que el objeto del contrato era la construcción de la solución vial – Pereira – Dosquebradas, **(II)** que el valor del contrato era \$ 2.960.068.340 y **(III)** que el plazo para ejecutarlo era de 10 meses.

Adicionalmente, de las cláusulas tercera, quinta, sexta, séptima, novena y décima primera, se observa **(I)** que el INVIAS realizó la correspondiente apropiación presupuestal; **(II)** que se exigió al contratista un programa de inversión, en el que se indicara el orden de los trabajos, el método para ejecutar la obra y el valor de las inversiones periódicas; **(III)** que se fijaron las reglas del anticipo, y **(IV)** que se determinó que la ejecución y el cumplimiento del contrato sería vigilada por un interventor.

Por su parte, en las cláusulas décima segunda, cuarta y quinta se fijó la facultad del INVIAS para declarar la caducidad del contrato, se pactó la cláusula penal y se fijó la imposición de multas.

A su turno, las cláusulas décima sexta, octava, vigésima primera, vigésima segunda y vigésima séptima, fijaron las reglas para la cesión del contrato; la terminación, modificación e interpretación del contrato; la liquidación y rescisión del contrato, y su perfeccionamiento y ejecución.

Finalmente, en las cláusulas novena, décima y décima tercera se exigió al contratista que pusiera vallas informativas sobre la obra, que cumpliera con las normas vigentes sobre los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores que vinculara para la ejecución de la obra y que cumpliera las normas sobre impacto ambiental.

Como se ve, las obligaciones pactadas en el contrato 352 resultan las normales de un contrato de obra suscrito para satisfacer la necesidad de la vía Pereira – Dosquebradas.

Si esas obligaciones no se pudieron cumplir en los plazos inicialmente acordados, por falta de previsión o por fallar al deber de planeación, en lo que atañe a la adquisición de predios necesarios para la obra, lo que se revela es un caso de incumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato.

Sentencia de tutela de primera instancia

De hecho, así lo concluyó la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia del 29 de agosto de 2007, ya citada, en la que estudió un caso similar a la controversia suscitada entre CONCRETO y el INVIAS (entrega tardía de predios requeridos para la obra). En esa oportunidad, se explicó:

*“Bajo este contexto y de conformidad con los hechos probados en el presente proceso, es evidente el incumplimiento en que incurrió el IDU respecto del imperativo legal previsto en el artículo 84 del Decreto Ley 222 de 1983, norma que estableció **la obligatoriedad en que se encontraba la Administración en el sentido de contar con los planos, proyectos y presupuestos respectivos y por supuesto, haber adquirido los predios requeridos para la ejecución de la obra, pues no se entiende cómo podría construirse una obra de infraestructura sin estar disponible el terreno en donde debía ser levantada; la omisión de tales deberes comprometen la responsabilidad patrimonial de la Administración en el evento de causar un daño antijurídico al contratista”** (se resalta).*

Así pues, para la Sala, la sentencia objeto de tutela abordó con inexactitud el entendimiento de la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito y, por ende, incurrió en defecto sustantivo, por interpretación errónea, defecto que se configura cuando el precepto que se aplica es el que regula el asunto por resolver, pero el juzgador lo entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendido, lo aplica. Es decir, ocurre cuando el juzgador le asigna a la norma o normas un sentido o alcance que no les corresponde, según los hechos del caso.

Sí existe, en últimas, el principio de planeamiento que funge como una norma que debe ser atendida por la administración y los contratistas para desarrollar actividades contractuales, que comprenden tanto la selección del contratista como la celebración y la ejecución del contrato, a pesar de que la etapa previa a la celebración del contrato técnicamente suele conocerse como etapa precontractual.

El principio de planeamiento obliga a los interesados a actuar con diligencia y cuidado desde la misma fase precontractual. Los potenciales contratistas también deben saber, conocer y enterarse de las proyecciones que hace la administración para formular propuestas serias, que respondan a las reales condiciones técnicas y financieras del bien o servicio que necesita la entidad.

Pero la consecuencia de la violación de este principio no se traduce automáticamente en una conducta constitutiva de objeto ilícito, que conlleve a la nulidad del contrato. De ser así, la nulidad del contrato implicaría incluso la presencia de conductas penalmente reprochables, pues la celebración de contratos de objeto ilícito va de la mano de la comisión de los delitos de prevaricato y abuso de función de parte de los servidores públicos que intervinieron en la celebración del contrato viciado de nulidad.

Sentencia de tutela de primera instancia

En conclusión, el segundo problema jurídico ha quedado resuelto, en el sentido de que hay interpretación errónea del principio de planeación cuando se dice que su inobservancia es, indefectiblemente, causal de nulidad absoluta del contrato, por objeto ilícito.

2.2.3. De las consecuencias de la violación del principio de planeación

Descartada la nulidad por objeto ilícito, la Sala tiene que examinar cuáles serían las consecuencias de la inobservancia al principio de planeación imputable a las partes del contrato.

Conviene resolver este problema porque no se pretende que quede en situación de impunidad el hecho de que se celebre un contrato sin atender el principio de planeamiento, que en el caso del contrato 352 habría implicado el deber de comprar o tener listos y disponibles los predios antes de la celebración del contrato, para asegurar su cumplida ejecución.

La Sala no propondrá una solución del caso particular porque la misión del juez de tutela no debe ser, sino en casos muy excepcionales, la de sustituir al juez natural del litigio. Sin embargo, *obiter dictum*, estima que el juez del contrato debe examinar hasta qué punto el contratista tenía la obligación profesional de saber que los predios no estaban comprados y, por ende, no podía iniciar la obra dentro de los plazos que se iban a pactar.

De concluirse que el contratista bien pudo conocer esa situación y advertir a la administración de la sinrazón de los plazos de ejecución sin contar con los predios, tendría que compartir con la administración la responsabilidad por la no ejecución de la obra en los tiempos estimados inicialmente.

En síntesis, la obligación de cumplir el principio de planeación comprende naturalmente la fase precontractual y tanto la administración como los interesados, grupo del que saldrá el contratista, tienen que saber y conocer todos los detalles del contrato, en especial, las condiciones de inicio de obra. El ocultamiento malicioso de información perjudica a quien la oculta.

Ahora, la suscripción imprudente de un contrato, como cuando se firma un contrato que no está listo para ponerse en ejecución, podría generar responsabilidad compartida por los incumplimientos derivados de esa falta de previsión, según el caso y el tipo de obligación frente a cada parte.

Sentencia de tutela de primera instancia

El tercer problema también ha quedado resuelto. Es decir, sí trae consecuencias jurídicas la suscripción de contratos sin atender el principio de planeamiento.

En consecuencia, la Sala amparará el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, en la modalidad de tutela judicial efectiva⁴⁷, y, por ende, ordenará al Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, que, en el término de 45 días, contado a partir de la notificación de esta providencia, decida nuevamente el recurso de apelación interpuesto por el INVIAS contra la sentencia del 12 de diciembre de 2002, dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, bajo el entendido de que el desconocimiento del principio de planeación no genera nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. Amparar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, en la modalidad de tutela judicial efectiva, de la Constructora Concreto S.A. En consecuencia, se dispone:

- 1.1. Dejar sin valor y efecto jurídico la sentencia del 13 de junio de 2013, dictada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C.
- 1.2. Ordenar al Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, que, en el término de 45 días, contado a partir de la notificación de esta providencia, resuelva de fondo el recurso de apelación presentado contra el fallo del 12 de diciembre de 2002, dictado por el Tribunal Administrativo de Risaralda, conforme con las consideraciones de esta sentencia.

2. Si no se impugna, envíese el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

⁴⁷ En la sentencia T 295 de 2007, la Corte Constitucional estableció que el “acceso a la administración de justicia tiene tres pilares que lo conforman, a saber, i) la posibilidad de acudir y plantear el problema ante el juez competente, ii) que el problema planteado sea resuelto y iii) que tal decisión se cumpla de manera efectiva. Estos presupuestos tienen sustento en los principios democráticos y los valores que guían la debida administración de justicia y por tanto el Estado Social de Derecho porque no solo los encargados de administrar justicia tienen la responsabilidad de hacer todo aquello que corresponda para solucionar un litigio y restablecer los derechos conculcados, sino también todas aquellas autoridades que tienen a su alcance propender por el acceso, la práctica de pruebas y finalmente cumplimiento de los fallos”.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Presidente de la Sección

Salvo voto

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

Salvo voto

LUCY CRUZ DE QUIÑONES

Conjuez