

CONTRATACION ESTATAL - Vigencia de la ley

El artículo 38 de la Ley 153 de 1887 preceptúa que en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración. El contrato de compraventa que ha dado origen a esta cuestión litigiosa fue celebrado el 27 de noviembre de 1997, esto es cuando aún estaba vigente el Decreto Reglamentario 855 de 1994. En consecuencia, ha de entenderse que al referido contrato le son aplicables las disposiciones contenidas en el Decreto Reglamentario 855 de 1994 y por supuesto las de la Ley 80 de 1993 que por entonces estaban vigentes.

FUENTE FORMAL: LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 38 / DECRETO REGLAMENTARIO 855 DE 1994 / LEY 80 DE 1993

CONTRATACION ESTATAL - Contratación directa / CONTRATACION DIRECTA - Bienes que se requieran para la seguridad y defensa nacional / CONTRATACION ESTATAL - Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal deben ceñirse a los principios de transparencia, economía y responsabilidad / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Aspectos / SELECCION OBJETIVA - Deber

De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal deben ceñirse a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, sin dejar de lado los postulados que rigen la función administrativa, esto es que esa función está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad. El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes, la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc. La libre concurrencia de los interesados implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes. Y es que de no ser así se conculcaría también el deber de selección objetiva porque al excluir posibles proponentes se estaría creando un universo restringido de oferentes en el que perfectamente puede no estar la mejor oferta. El artículo 24 de la Ley 80 de 1993 para asegurar el principio de transparencia, después de sentar como norma general que la escogencia del contratista debía hacerse por medio de licitación, regulaba los casos en que se podía contratar directamente. Uno de tales casos era precisamente cuando el contrato versaba sobre bienes que se requerían para la defensa y seguridad nacional. El Decreto 855 de 1994 reglamentó la contratación directa y recordó en su artículo 2º que en esta estirpe de contratación también debía tenerse en cuenta los principios de transparencia y economía, así como el deber de selección objetiva. El artículo 4º del citado Decreto determinó los bienes que se consideraban como de interés para la defensa y seguridad nacional y dispuso que su adquisición debía someterse al procedimiento de contratación directa que él establecía. Según el artículo 2º del Decreto 855 de 1994 la solicitud de propuestas en los casos de contratación directa debía contener, entre otros requisitos, "la información básica sobre las características generales y particulares de los bienes... requeridos." Fluye de todo lo anterior, como síntesis, que en la contratación directa, aunque recaiga sobre bienes que se requieren para la seguridad y defensa nacional, no se puede conculcar el principio de transparencia

ni el deber de selección objetiva, razón por la cual la invitación a proponer que la Administración haga al amparo de ese procedimiento excepcional no puede contener previsiones que conduzcan a la restricción de la libre concurrencia de los proponentes mediante la creación, sin justificación legal alguna, de un universo restringido de oferentes.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 23 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 24 / DECRETO 855 DE 1994 - ARTICULO 2 / DECRETO 855 DE 1994 - ARTICULO 4 /

NOTA RELATORIA: Consultar Corte Constitucional, sentencia C-508 de 2002. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de julio de 2001, expediente número 12037

CONTRATO ESTATAL - Nulidad / NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL - Por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder / EXPRESA PROHIBICION LEGAL O CONSTITUCIONAL - Existencia de una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL - Transgresión al orden legal / NULIDAD ABSOLUTA POR OBJETO ILICITO - Inobservancia del principio de transparencia / SELECCION OBJETIVA - Incumplimiento / NULIDAD ABSOLUTA - Celebración el contrato con abuso o desviación de poder

El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder. Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra. En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso. En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato. Si lo primero, es decir no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo segundo, esto es se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder. (...). En el asunto que se revisa en esta segunda instancia está plenamente demostrado que el contrato de compraventa celebrado el 27 de noviembre de 1997 entre la sociedad Yamavalle Ltda., como vendedora, y el Municipio de Armenia, como comprador, se celebró violando el principio de transparencia y el deber de selección objetiva toda vez que la entidad contratante circunscribió la posibilidad de presentar ofertas a quienes pudieran venderle motocicletas de marca YAMAHA y por lo tanto impidió, sin que aparezca razón legal alguna que lo justifique, que aquellos que fabrican o comercializan otras marcas, o lo uno y lo

otro, pudieran concurrir a presentar sus ofrecimientos., contrariando así los artículos 23, 24 y 29 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Reglamentario 855 de 1994.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44. NUMERAL 2

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 29 de agosto de 2007, expediente número 15324.

CONTRATO ESTATAL - Nulidad / NULIDAD ABSOLUTA - Puede y debe ser declarada de oficio / NULIDAD ABSOLUTA - No es susceptible de ser saneada por ratificación por las partes / NULIDAD ABSOLUTA –Es saneada por prescripción extraordinaria / NULIDAD ABSOLUTA - Cualquiera que se la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes. La posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad, si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo, es reiterada por el artículo 87 del C. C. A. en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. El inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido, constituyéndose este mandato en una excepción al régimen común previsto en el artículo 1525 del Código Civil que dispone que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos. Pero por supuesto que si nada se ha dado o pagado en razón del contrato nulo, no hay lugar a considerar y a resolver sobre las eventuales restituciones mutuas. La nulidad absoluta no puede sanearse por ratificación de las partes, dice el artículo 45 de la Ley 80 de 1993. El artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en la nueva redacción que le dio al artículo 1742 del C. C., expresa que la nulidad absoluta se sana “en todo caso” por prescripción extraordinaria. Por consiguiente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos. Por la época en que se celebró el contrato de compraventa entre la sociedad Yamavalle Ltda. y el Municipio de Armenia (1997), el término de prescripción extraordinaria era de 20 años porque así lo disponía el artículo 2532 del C. C., en la redacción que le había dado el artículo 1º de la Ley 50 de 1936. Este término se redujo a 10 años en virtud de la Ley 791 de 2002 que entró a regir el 27 de diciembre de 2002, pero como la ley aplicable es la que era vigente al momento de la celebración del contrato, se sigue que cualquier nulidad absoluta que tenga este contrato, al día de hoy, todavía no se ha saneado por la prescripción extraordinaria. (...) La violación del principio de transparencia y del deber de selección objetiva determina la nulidad absoluta del mencionado contrato ya que por lo primero se configura un objeto ilícito y por lo segundo un abuso o desviación de poder, nulidad esta que no puede ser saneada por ratificación de las partes, el término de prescripción extraordinaria no logró sanearla y puede ser decretada oficiosamente si aparece plenamente demostrada y están presentes en el proceso todas las partes que concurrieron a su celebración, tal como ocurre en este caso.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 45 / LEY 50 DE 1936 - ARTICULO 2 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1742 / CODIGO CIVIL - ARTICULO - 2532 / LEY 50 DE 1936 / LEY 791 DE 2002 / LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 41

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 24 de enero de 2011, expediente número 16326

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., Veinticuatro (24) de Marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 63001-23-31-000-1998-00752-01(18118)

Actor: YAMAVALLE LTDA

Demandado: MUNICIPIO DE ARMENIA

Referencia: ACCION CONTRACTUAL; RECURSO DE APELACION

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Yamavalle Ltda. contra la sentencia del 24 de noviembre de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de su demanda pues aunque declaró la existencia del contrato y ordenó pagar el anticipo pactado debidamente actualizado junto con los correspondientes intereses, negó la indemnización de perjuicios solicitada y la actualización y los intereses del saldo del valor del contrato.

I ANTECEDENTES

1 - Lo pretendido

En demanda presentada el 24 de septiembre de 1998 contra el Municipio de Armenia, la sociedad Yamavalle Ltda. pidió que se declarara que existe un contrato de compraventa que fuera celebrado entre esta y aquel ente territorial sobre treinta y cinco (35) motocicletas.

Solicita además que se declare que el municipio incumplió el referido contrato al no cancelar la suma de \$55.391.175. Correspondiente al anticipo, al no recibir las cosas compravendidas y al no pagar el saldo del precio pactado.

Consecuencialmente pide que el demandado sea condenado a pagar la suma de \$110.782.350 actualizada, junto con sus respectivos intereses, por concepto del precio convenido, así como los consiguientes perjuicios materiales que estima en \$60.000.000.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

La sociedad Yamavalle Ltda., como vendedora, y el Municipio de Armenia, como comprador, el 27 de noviembre de 1997 celebraron el contrato de compraventa No. 028 sobre treinta y cinco (35) motocicletas por un valor de \$110.782.350.

El precio de los bienes sería pagado así: a) \$55.391.175 a la firma del documento que contiene el contrato, esto es el 27 de noviembre de 1997; y b) \$55.391.175 15 días después de la celebración de la compraventa.

Las sumas antes mencionadas no han sido canceladas por la Administración a pesar de que el vendedor ha estado presto a cumplir con lo suyo puesto que le informó al Municipio que los bienes compravendidos estaban listos para ser entregados y este ha guardado silencio.

El Municipio de Armenia no ha pagado el precio convenido no obstante los múltiples requerimientos que el vendedor le ha hecho para ese efecto.

3. El trámite procesal

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

El municipio propuso la excepción de contrato no cumplido argumentando que el demandante tampoco había cumplido con lo de su cargo porque no entregó oportunamente los bienes compravendidos.

Después de decretar pruebas y de celebrar una audiencia de conciliación que resultó fracasada por la ausencia de ánimo conciliatorio, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que aprovecharon todos ellos.

II LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 24 de noviembre de 1999 el Tribunal Administrativo Del Quindío decidió declarar la existencia del contrato de compraventa y ordenó que el Municipio cumpliera con el pago del anticipo estipulado junto con la actualización y los intereses correspondientes, réditos estos que se causarían a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

Dice el fallador de primera instancia que habida cuenta de la autorización con que contaba quien celebró el contrato a nombre de la administración, así como la existencia y capacidad del contratista y las estipulaciones de las partes, se llega a la conclusión que el contrato No. 028 se encuentra ajustado a la ley y por ello alcanza prosperidad la pretensión que deprecia la declaratoria de su existencia.

Encuentra probado además que el Municipio de Armenia incumplió el contrato de compraventa porque de acuerdo con lo convenido aquel debía cumplir primero pagando el valor del anticipo y por consiguiente no puede alegar incumplimiento del demandante, razón por la que no le puede prosperar la excepción de contrato no cumplido que propone sino que por el contrario debe pagar el valor del anticipo.

En cuanto a los perjuicios, el Tribunal considera que lo procedente es reconocer la desvalorización que ha sufrido de la suma de \$55.391.175 correspondiente al anticipo, sin que pueda tenerse en cuenta el saldo porque este sólo es exigible cuando el demandante entregue las motocicletas materia de la compraventa.

Finalmente expresa que la indemnización reconocida sólo devengará intereses moratorios y a partir de la ejecutoria del fallo, acogiendo así el criterio contenido en la sentencia C-188 de 2003.

III EL RECURSO DE APELACIÓN

Esta decisión fue apelada por el demandante Yamavalle Ltda. mientras que el Municipio de Armenia guardó silencio.

La inconformidad del recurrente radica en que el Tribunal no condenó a la actualización del anticipo desde 28 de noviembre de 1997 sino desde el 22 de diciembre de ese mismo año, no reconoció la actualización del precio restante, no condenó al pago de \$88.537.901 por concepto de perjuicios materiales tal como lo conceptuaron los peritos, y no reconoció el doble del interés civil sobre las sumas actualizadas.

El apelante sustenta el recurso argumentando que el anticipo se hizo exigible desde el 28 de noviembre de 1997 y que por lo tanto su actualización ha de hacerse desde esta fecha.

Arguye además que el saldo del precio también debe ser actualizado porque el incumplimiento de la Administración determinó que el pago de esa obligación se postergara con una consecencial devaluación que va en perjuicio del demandante.

Expresa el recurrente que la actualización solo compensa el valor del bien en la actualidad pero no la ganancia que movió al contratista a celebrar el contrato, razón por la cual se debe condenar al pago de \$88.537.901 que es el valor de los perjuicios que cuantificaron los peritos.

En cuanto a los intereses dice el recurrente que se deben reconocer en la forma indicada por la Ley 80 de 1993, es decir al doble del interés legal.

IV EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no conceptuó en esta instancia.

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

V CONSIDERACIONES

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

El contrato de compraventa que ha dado origen a esta cuestión litigiosa fue celebrado el 27 de noviembre de 1997, esto es cuando aún estaba vigente el Decreto Reglamentario 855 de 1994.

En consecuencia, ha de entenderse que al referido contrato le son aplicables las disposiciones contenidas en el Decreto Reglamentario 855 de 1994 y por supuesto las de la Ley 80 de 1993 que por entonces estaban vigentes.

2. De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal deben ceñirse a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, sin dejar de lado los postulados que rigen la función administrativa, esto es que esa función está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad.¹

El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general,² la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes,³ la publicidad de todo el *íter* contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc.

La libre concurrencia de los interesados implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de

¹ Artículo 209 de la Constitución política.

² Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 2002.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2001, Expediente 12037.

establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes.

Y es que de no ser así se conculcaría también el deber de selección objetiva porque al excluir posibles proponentes se estaría creando un universo restringido de oferentes en el que perfectamente puede no estar la mejor oferta.

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993⁴ para asegurar el principio de transparencia, después de sentar como norma general que la escogencia del contratista debía hacerse por medio de licitación, regulaba los casos en que se podía contratar directamente.

Uno de tales casos era precisamente cuando el contrato versaba sobre bienes que se requerían para la defensa y seguridad nacional.⁵

El Decreto 855 de 1994 reglamentó la contratación directa y recordó en su artículo 2º que en esta estirpe de contratación también debía tenerse en cuenta los principios de transparencia y economía, así como el deber de selección objetiva.

El artículo 4º del citado Decreto determinó los bienes que se consideraban como de interés para la defensa y seguridad nacional y dispuso que su adquisición debía someterse al procedimiento de contratación directa que él establecía.

Según el artículo 2º del Decreto 855 de 1994 la solicitud de propuestas en los casos de contratación directa debía contener, entre otros requisitos, *“la información básica sobre las características generales y particulares de los bienes... requeridos.”*

Fluye de todo lo anterior, como síntesis, que en la contratación directa, aunque recaiga sobre bienes que se requieren para la seguridad y defensa nacional, no se puede conculcar el principio de transparencia ni el deber de selección objetiva, razón por la cual la invitación a proponer que la Administración haga al amparo de ese procedimiento excepcional no puede contener previsiones que conduzcan a la restricción de la libre concurrencia de los proponentes mediante la creación, sin justificación legal alguna, de un universo restringido de oferentes.

⁴ Ya derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

⁵ Literal i) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

De las pruebas allegadas a proceso se desprende que el objeto del contrato consiste en la adquisición de 35 motocicletas a cambio de un precio de \$110.782.350, para dotar con ellas a la Policía Nacional - Departamento de Policía del Quindío - y por esta razón la contratación se hizo en forma directa tomando como fundamento el artículo 4º del Decreto 855 de 1.994.⁶

Como se trataba de una contratación directa la Administración publicó el Aviso No. 1 en el que comunicaba que estaba recibiendo “cotizaciones” para la adquisición de 35 motocicletas para la Policía del Departamento del Quindío con las siguientes características:

“MARCA	YAMAHA
MODELO	DT-175S/98
MOTOR	Dos Tiempos, Motocilíndrico
POTENCIA MAXIMA	7.5 CV por 7.000 rpm
TRANSMISION	6 velocidades
COLOR	Logotipo Policía Nacional” ⁷

Se observa entonces que la entidad contratante circunscribió la posibilidad de presentar ofertas a quienes pudieran venderle motocicletas de marca **YAMAHA** y por lo tanto impidió, sin que aparezca razón legal alguna que lo justifique, que aquellos que fabrican o comercializan otras marcas, o lo uno y lo otro, pudieran concurrir a presentar sus ofrecimientos, conducta esta que desconoce abiertamente el principio de transparencia y el deber de selección objetiva cuya observancia de manera reiterada y categórica exigían los artículos 23, 24 y 29 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Reglamentario 855 de 1994.

El hecho de aparecer en el expediente una cotización de una motocicleta marca Honda,⁸ antes que desvirtuar lo que se acaba de expresar, lo que hace es poner de relieve el fundamento de la consideración de la Sala pues la limitación que impuso la Administración había condenado al fracaso, “ex ante”, la propuesta de cualquier competidor diferente a **YAMAHA** pues las ofertas debían ceñirse a lo requerido en la invitación a contratar.

⁶ Folios 22 y 23 del Cuaderno No. 1.

⁷ Folio 10 del Cuaderno No. 1.

⁸ Folio 12 del Cuaderno No. 1.

Y la anomalía se corrobora con el hecho de haber sido un proveedor de esta marca el adjudicatario del contrato.

3. El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional⁹ o con abuso o desviación de poder.¹⁰

Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita,¹¹ razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.

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

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

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

⁹ Numeral 2º.

¹⁰ Numeral 3º.

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

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

La posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad, si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo, es reiterada por el artículo 87 del C. C. A. en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

El inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido, consituyéndose este mandato en una excepción al régimen común previsto en el artículo 1525 del Código Civil que dispone que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos.

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

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

El artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en la nueva redacción que le dio al artículo 1742 del C. C., expresa que la nulidad absoluta se sana *“en todo caso”* por prescripción extraordinaria.

Por consiguiente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos.

3.3 Por la época en que se celebró el contrato de compraventa entre la sociedad Yamavalle Ltda. y el Municipio de Armenia (1997), el término de prescripción

¹² Artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

extraordinaria era de 20 años porque así lo disponía el artículo 2532 del C. C., en la redacción que le había dado el artículo 1º de la Ley 50 de 1936.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo tanto, jamás podrá decirse que, en un caso como el que se acaba de mencionar, el decreto oficioso de la nulidad absoluta lleve consigo la violación del principio de la reformatio in pejus porque la protección del orden jurídico es un interés general que debe prevalecer sobre el interés particular que contiene el principio de no reformar la sentencia en perjuicio del apelante único.”¹³

5. En el asunto que se revisa en esta segunda instancia está plenamente demostrado que el contrato de compraventa celebrado el 27 de noviembre de 1997 entre la sociedad Yamavalle Ltda., como vendedora, y el Municipio de Armenia, como comprador, se celebró violando el principio de transparencia y el deber de selección objetiva toda vez que la entidad contratante circunscribió la posibilidad de presentar ofertas a quienes pudieran venderle motocicletas de marca **YAMAHA** y por lo tanto impidió, sin que aparezca razón legal alguna que lo justifique, que aquellos que fabrican o comercializan otras marcas, o lo uno y lo otro, pudieran concurrir a presentar sus ofrecimientos., contrariando así los artículos 23, 24 y 29 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Reglamentario 855 de 1994.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de enero de 2011, Expediente 16326.

La violación del principio de transparencia y del deber de selección objetiva determina la nulidad absoluta del mencionado contrato ya que por lo primero se configura un objeto ilícito y por lo segundo un abuso o desviación de poder, nulidad esta que no puede ser saneada por ratificación de las partes, el término de prescripción extraordinaria no logró sanearla y puede ser decretada oficiosamente si aparece plenamente demostrada y están presentes en el proceso todas las partes que concurrieron a su celebración, tal como ocurre en este caso.

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

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

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

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre la de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 24 de noviembre de 1999 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío y en su lugar **DECRETAR LA NULIDAD ABSOLUTA** del contrato de compraventa celebrado el 27 de noviembre de 1997 entre la sociedad Yamavalle Ltda., como vendedora, y el Municipio de Armenia, como comprador.

SEGUNDO: NO ORDENAR RESTITUCIÓN ALGUNA por aparecer demostrado que ni el precio ni los bienes compravendidos fueron entregados.

TERCERO: ORDENAR compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para que investiguen las conductas de quienes celebraron el contrato violando el principio de transparencia y el deber de selección objetiva.

CUARTO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente

Con salvamento de voto

OLGA VALLE DE DE LA HOZ

Magistrada

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEJUS - No puede ser desconocido ni transgredido en aras de la protección del interés general / INDIVIDUO - Eje central del poder público / PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEJUS - Garantía que tiene todo apelante único de que la sentencia impugnada no le será reformada en peor

Debe tenerse en cuenta que la providencia del tribunal Administrativo -objeto del recurso de apelación- declaró que el contrato de compraventa existió y que el municipio lo incumplió. Además, ordenó a la entidad pública pagar el anticipo estipulado, debidamente actualizado y con intereses. Pese a lo anterior, la parte actora apeló esta decisión, porque en su criterio el a quo también debió condenar a pagar la actualización por un período adicional al reconocido allí, así como del pago restante, e igualmente a cancelar los perjuicios materiales sufridos. En estos términos, considero que la Sala sólo tenía competencia para pronunciarse sobre los aspectos objeto del único recurso de apelación, porque obtuvo en primera instancia parte de sus pretensiones, pero consideró que le debieron conceder otras. En esta medida, no era posible anular el contrato, porque la decisión en el asunto de la referencia no podía ser otra que la de confirmar la providencia impugnada, de conformidad con el siguiente razonamiento: El principio - derecho constitucional y fundamental de la no reformatio in pejus no puede ser desconocido ni trasgredido en aras de la protección del interés general. En efecto, en un Estado Social de Derecho, el individuo es el eje central del poder público, razón por la que las Constituciones Políticas adquieren altísima relevancia en la delimitación y configuración de las garantías mínimas de aquél en aras de protegerlo de actuaciones censurables provenientes de las autoridades públicas, o inclusive de terceros. (...) A diferencia de lo sostenido, estoy convencido que la defensa de la legalidad y de las normas imperativas no puede exceptuar la fuerza vinculante de

un derecho fundamental, en este caso, la garantía que tiene todo apelante único de que la sentencia impugnada no le será reformada en peor.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Tiene que ceder ante las ante las garantías constitucionales / PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEJUS - Debe prevalecer sobre el principio de legalidad

La defensa acérrima del principio de legalidad tiene que ceder ante a las garantías constitucionales modernas, de manera concreta, frente aquellas que se relacionan con derechos fundamentales, dentro de las cuales se encuentra el principio de la no reforma en peor. Incluso, en materia penal –que tiene mayor incidencia en cuanto se refiere a aspectos de orden público, buenas costumbres, legalidad pura– al condenado que apeló en aras de obtener una rebaja en la pena, y que en el curso de la segunda instancia se advierte que habría lugar a imponer una pena mayor, la citada protección constitucional impide que se le haga más gravosa la situación y se le garantice la sanción inicialmente impuesta. Por lo tanto, la prevalencia del interés general sobre el individual y la finalidad de la defensa de la legalidad, como fines protegidos por la figura de la nulidad absoluta del contrato y su decreto de oficio, no pueden sobreponer el orden constitucional instituido para proteger al individuo del ejercicio del poder público, incluido del judicial. Y, si bien, la decisión contenida en el fallo tiene un objetivo altruista o plausible con miras a la protección del interés general, lo cierto es que no puede admitirse, se insiste, que en un ordenamiento jurídico como el Colombiano, que se precia de llevar con orgullo el modelo insigne de Estado Social de Derecho, existan excepciones creadas desde la pura legalidad a garantías y principios de rango constitucional. Como corolario de lo anterior, considero que en el asunto sub examine se imponía confirmar el fallo apelado porque la facultad oficiosa que se radica en cabeza del juez del contrato estatal para decretar nulidades absolutas de oficio, constituye una potestad que se ve limitada o circunscrita por el derecho fundamental contenido en el artículo 31 de la Constitución Política. En este orden de ideas, en la tensión que puede surgir entre el principio de legalidad –en este caso representado en la validez de un contrato estatal- y el principio de la primacía de los derechos constitucionales fundamentales –como la no reformatio in pejus- debe prevalecer éste, por razones de garantismo y para atender el art. 4 de la CP. Esto significa que si sólo una parte apela la sentencia que le es favorable, el juez superior no puede corregir eventuales errores del inferior -so pretexto de hacer prevalece la legalidad-, sin transgredir la garantía constitucional a que se alude. La prueba incontrastable de la validez de este argumento, aplicado al caso concreto, es que si el actor no hubiera apelado habría mantenido una sentencia parcialmente favorable a sus pretensiones; pero resultó que por impugnar la decisión se quedó sin nada, el juez de segunda instancia le revocó lo que le otorgó el a quo., so pretexto de enmendar un problema de legalidad del contrato. En este contexto, impugnar será peligroso para todo apelante único, porque no llegará a la segunda instancia con la garantía constitucional de que le mantendrán, por lo menos, lo que le concedieron en la primera instancia. Es decir, le pueden reformar en peor, pese a que el recurso de apelación se hizo para defender sus intereses.

MARCAS DE PRODUCTOS - Petición en los procesos de selección / CONTRATOS ESTATALES - Se rigen por el derecho civil y comercial / PETICION DE MARCAS DE PRODUCTOS - La ley no lo prohíbe

El otro argumento de la sentencia sostiene que las entidades estatales no pueden pedir marcas de productos, porque se vulneran los principios de transparencia y selección objetiva. En sentido contrario, considero que se trata de otro error de apreciación del proceso y que la perspectiva de análisis debió ser otra. En primer

lugar, porque no es cierto que las leyes 80 de 1993 y 1.150 de 2007 prohíban pedir marcas de productos en los procesos de selección. La respuesta tiene que dar cuenta de una hermenéutica integrada de los artículos 13, 32 y 40 de la ley 80, la cual echo de menos. Estas normas preceptúan que los contratos estatales se rigen por el derecho civil y comercial, salvo las materias particularmente reguladas en dicha ley. Según se deduce de ellos, los acuerdos, pactos y estipulaciones a que pueden llegar las partes del negocio son los mismos que permite la autonomía de la voluntad en el derecho privado, salvo norma en contrario. A la luz de estas disposiciones, identificar lo que puede y no puede contratarse, así como sus condiciones, requiere un análisis que parte del derecho privado, para llegar luego al derecho público y concretar si en éste hay norma especial que establezca limitaciones concretas. En este horizonte, si en el derecho privado es permitido comprar determinadas marcas de productos, entonces también lo es en el derecho público, porque la ley 80 no lo prohíbe –porque no dispone nada a este respecto-. De no ser así, que alcance tendría la remisión al derecho privado, hecha por los arts. 13, 32 y 40, es decir, a los mismos acuerdos o pactos que allí se permiten. (...) En segundo lugar, es equivocado creer en abstracto que pedir una marca determinada en un pliego de condiciones beneficia a determinada empresa que la produce, pues tal visión del tema confunde al productor o fabricante con los distribuidores y vendedores. (...) en aquellos casos en los cuales la exigencia de la marca busque un beneficio particular y no el interés general, entonces en esos casos, y sólo en esos, existirá una desviación de poder, que desde luego vulnera la ley 80 y el principio de transparencia y de selección objetiva. Pero la diferencia en la forma de abordar el problema, y de resolverlo -quiero decir, entre la Sala y yo- es que se requiere la prueba de esa anomalía para anular el contrato. En tercer lugar, encuentro que la sentencia tampoco considera ni explica una realidad: la necesidad técnica que justifica -en muchos casos, no siempre- la fatalidad que existe de adquirir ciertas marcas de productos, porque objetivamente es necesario que así sea.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 13 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 40 / LEY 1150 DE 2007

PETICION DE MARCAS DE PRODUCTOS - Se pueden pedir marcas de los productos / PETICION DE MARCAS DE PRODUCTOS - La prohibición solo rige para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas y uniformes y de común utilización /

La prueba irrefutable de que se pueden pedir marcas de los productos es el hecho de que tan sólo lo prohibió el decreto reglamentario 2474 de 2008 –concretamente el párrafo tercero del art. 16, que desde luego no aplicaba al contrato objeto del proceso-, pero esta disposición sólo rige para la adquisición de “bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización.” En esto términos, cualquier otra compra no queda supeditada a esta restricción. Y aunque es discutible la validez de esta disposición, lo cierto es que su presunción de legalidad fuerza a proscribir de esta clase de contratos -y sólo de estos- la exigencia de marcas. En los demás contratos la necesidad de exigir las queda librada a la razonabilidad, discrecionalidad, ponderación y apreciación técnica y económica que haga la administración de las necesidades que tiene que satisfacer. En quinto lugar, tampoco comprendo el mensaje que envía la sentencia a los operadores jurídicos de la contratación, porque ahora resulta que todas las entidades estatales, en sus procesos de contratación, tienen el deber de equilibrar el mercado, controlar los precios y garantizar la oferta y la demanda en condiciones comunes para todos los vendedores y proveedores, cuando esa tarea no la asigna la ley de contratos del Estado a cada administración pública. Más

bien, consultada la filosofía de la ley, entiendo que el Estado es un comprador – muy importante- de bienes y servicios, y que el legislador le permitió adquirirlos de la manera más parecida posible a la forma como lo hacen los particulares, pero en todo caso respetando muchas reglas –muy estrictas también- que establece la ley 80 y la ley 1.150, además de sus reglamentos, pero resulta que entre ellas no se encuentra una que prohíba pedir marcas de productos; luego, carece de soporte normativo deducir esta restricción de los principios de la contratación, porque de allí no se deduce eso.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007 / DECRETO REGLAMENTARIO 2474 DE 2008

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., Veinticuatro (24) de Marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 63001-23-31-000-1998-00752-01(18118)

Actor: YAMAVALLE LTDA

Demandado: MUNICIPIO DE ARMENIA

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto frente a las decisiones de la Sala, salvo mi voto en relación con la sentencia proferida el 24 de marzo de 2011, en el proceso de la referencia –CP. Jaime Orlado Santofimio-, y expresaré, en los términos que siguen, las razones que me condujeron a disentir de la mayoría.

1. Síntesis del problema

La providencia anuló, de oficio, el contrato No. 028 de 1997, celebrado entre el municipio de Armenia y la sociedad Yamavalle Ltda., cuyo objeto fue la compraventa de 35 motocicletas marca Yamaha. La Subsección consideró que no es posible que las entidades estatales exijan “marcas de productos” en las contrataciones públicas, porque esto impide que otros fabricantes presenten sus ofrecimientos, vulnerando el principio de transparencia y de selección objetiva. No compartí esta decisión por dos razones, que paso a exponer:

2. La decisión desconoció el derecho a la *no reformatio in pejus*

Debe tenerse en cuenta que la providencia del tribunal Administrativo -objeto del recurso de apelación- declaró que el contrato de compraventa existió y que el municipio lo incumplió. Además, ordenó a la entidad pública pagar el anticipo estipulado, debidamente actualizado y con intereses.

Pese a lo anterior, la parte actora apeló esta decisión, porque en su criterio el *a quo* también debió condenar a pagar la actualización por un período adicional al reconocido allí, así como del pago restante, e igualmente a cancelar los perjuicios materiales sufridos.

En estos términos, considero que la Sala sólo tenía competencia para pronunciarse sobre los aspectos objeto del único recurso de apelación, porque obtuvo en primera instancia parte de sus pretensiones, pero consideró que le debieron conceder otras. En esta medida, no era posible anular el contrato, porque la decisión en el asunto de la referencia no podía ser otra que la de confirmar la providencia impugnada, de conformidad con el siguiente razonamiento:

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

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

2.2. A diferencia de lo sostenido, estoy convencido que la defensa de la legalidad y de las normas imperativas no puede exceptuar la fuerza vinculante de un derecho fundamental, en este caso, la garantía que tiene todo apelante único de que la sentencia impugnada no le será reformada en peor. En esa línea de pensamiento, debo enfatizar que me aparto de las posturas que se fundamentan

en el principio democrático o de pura legalidad para cuestionar los planteamientos trazados en los modernos textos constitucionales.

2.3. En ese orden de ideas, la defensa acérrima del principio de legalidad tiene que ceder ante a las garantías constitucionales modernas, de manera concreta, frente aquellas que se relacionan con derechos fundamentales, dentro de las cuales se encuentra el principio de la no reforma en peor.

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

Por lo tanto, la prevalencia del interés general sobre el individual y la finalidad de la defensa de la legalidad, como fines protegidos por la figura de la nulidad absoluta del contrato y su decreto de oficio, no pueden sobreponer el orden constitucional instituido para proteger al individuo del ejercicio del poder público, incluido del judicial.

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

Como corolario de lo anterior, considero que en el asunto *sub examine* se imponía confirmar el fallo apelado porque la facultad oficiosa que se radica en cabeza del juez del contrato estatal para decretar nulidades absolutas de oficio, constituye una potestad que se ve limitada o circunscrita por el derecho fundamental contenido en el artículo 31 de la Constitución Política.

2.5. En este orden de ideas, en la tensión que puede surgir entre el principio de legalidad –en este caso representado en la validez de un contrato estatal- y el principio de la primacía de los derechos constitucionales fundamentales –como la

no reformatio in pejus- debe prevalecer éste, por razones de garantismo y para atender el art. 4 de la CP.

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

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

3. Es posible que en los contratos estales las entidades pidan marcas de productos, salvo excepciones.

El otro argumento de la sentencia sostiene que las entidades estatales no pueden pedir marcas de productos, porque se vulneran los principios de transparencia y selección objetiva. En sentido contrario, considero que se trata de otro error de apreciación del proceso y que la perspectiva de análisis debió ser otra.

3.1. En *primer lugar*, porque no es cierto que las leyes 80 de 1993 y 1.150 de 2007 prohíban pedir marcas de productos en los procesos de selección. El análisis correcto de este problema debe dirigirse a partir de la siguiente pregunta: ¿la ley de contratación estatal establece esta prohibición?

La respuesta tiene que dar cuenta de una hermenéutica integrada de los artículos 13¹⁴, 32¹⁵ y 40 de la ley 80, la cual echo de menos. Estas normas preceptúan que los contratos estatales se rigen por el derecho civil y comercial, salvo las materias particularmente reguladas en dicha ley. Según se deduce de ellos, los acuerdos, pactos y estipulaciones a que pueden llegar las partes del negocio son los mismos

¹⁴ “Art. 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

¹⁵ “Art. 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

que permite la autonomía de la voluntad en el derecho privado, salvo norma en contrario¹⁶.

A la luz de estas disposiciones, identificar lo que puede y no puede contratarse, así como sus condiciones, requiere un análisis que parte del derecho privado, para llegar luego al derecho público y concretar si en éste hay norma especial que establezca limitaciones concretas. En este horizonte, si en el derecho privado es permitido comprar determinadas marcas de productos, entonces también lo es en el derecho público, porque la ley 80 no lo prohíbe –porque no dispone nada a este respecto-. De no ser así, que alcance tendría la remisión al derecho privado, hecha por los arts. 13, 32 y 40, es decir, a los mismos acuerdos o pactos que allí se permiten.

Entenderlo de manera distinta desconoce la filosofía de la reforma contractual introducida en la ley 80 de 1993, cuando la intención de actualizar el derecho público a la necesidades de un Estado moderno sugirieron ampliar la libertad de contratación del Estado, facilitando que pueda servirse de la autonomía de la voluntad como centro de gravedad de los negocios públicos.

En *segundo lugar*, es equivocado creer en abstracto que pedir una marca determinada en un pliego de condiciones beneficia a determinada empresa que la produce, pues tal visión del tema confunde al productor o fabricante con los distribuidores y vendedores. En el caso concreto, una cosa es la empresa Yamaha del Japón –fabricante- y otra todos los almacenes que venden sus productos en este país. Lo importante, para la ley de contratación pública, es que todo el que venda el bien que la entidad necesita pueda participar del proceso de selección.

Es seguro que la selección de los contratistas que adelantan las entidades estatales –concretamente el Municipio de Armenia- no están dirigidas a beneficiar a una fábrica en particular –en este caso la de motocicletas-, pues la relación de los representantes legales de nuestras entidades no tendrán con dicha organización un vínculo que sugiera que pretenden alterar la selección objetiva o la transparencia, dirigiendo la contratación hacia aquél. Resulta absurdo –salvo prueba en contrario- pensar en algo así.

¹⁶ “Art. 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

“Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

“En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

“En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.”

Sin embargo, en aquellos casos en los cuales la exigencia de la marca busque un beneficio particular y no el interés general, entonces en esos casos, y sólo en esos, existirá una desviación de poder, que desde luego vulnera la ley 80 y el principio de transparencia y de selección objetiva. Pero la diferencia en la forma de abordar el problema, y de resolverlo -quiero decir, entre la Sala y yo- es que se requiere la prueba de esa anomalía para anular el contrato.

En *tercer lugar*, encuentro que la sentencia tampoco considera ni explica una realidad: la necesidad técnica que justifica -en muchos casos, no siempre- la fatalidad que existe de adquirir ciertas marcas de productos, porque objetivamente es necesario que así sea. Por ejemplo, razones asociadas al mantenimiento de los mismos suele imponerlo; o cuando las entidades cuentan en su haber con otros bienes de la misma marca, lo que recomienda mantener esa clase de productos para unificar su conservación; o la necesidad de comprar repuestos de marca para los bienes que ya posee la entidad; e incluso la indiscutible calidad del producto; etc.

Quien comparte la sentencia no podría, entonces, adquirir computadores o vehículos de determinada marca para una entidad. Incluso, tampoco podría exigir en una construcción que la tubería del acueducto o de la energía sea de un determinado producto, ni tantas otras cosas que el Estado compra con la actitud de negocio de cualquier otro ciudadano. En esta línea de pensamiento, se desconoce si la posición de la mayoría de la Subsección implica la existencia de una prohibición absoluta, o si admite excepciones; y de admitirse lo último, cuáles son y por qué.

Un ejemplo más problemático, que muestra el error de dicha posición, se concreta en la posibilidad de que las entidades pavimenten sus vías en asfalto o en concreto -cemento-. ¿Significa esto que una entidad no puede poner en las especificaciones técnicas de la contratación cuál de los dos quiere usar? Con la lógica de la sentencia, si exige asfalto entonces se violaría la igualdad, selección objetiva y transparencia de quienes venden concreto, y lo mismo acontece a la inversa. La solución lógica indicaría que hay que dejar abierta la posibilidad a cualquier producto que sirva para pavimentar, siempre que cumpla las condiciones técnicas para ello.

De aceptarse esta tesis, se limita excesivamente la libertad de contratación, en detrimento de las posibilidades que tiene el derecho administrativo de ofrecer a la administración pública un derecho ágil, moderno y eficiente. Este tipo de soluciones ancla al derecho público en una época que no se corresponde con la del mercado moderno.

En *cuarto lugar*, la prueba irrefutable de que se pueden pedir marcas de los productos es el hecho de que tan sólo lo prohibió el decreto reglamentario 2474 de 2008 -concretamente el párrafo tercero del art. 16, que desde luego no aplicaba al contrato objeto del proceso-, pero esta disposición sólo rige para la adquisición de "bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común

utilización.”¹⁷ En estos términos, cualquier otra compra no queda supeditada a esta restricción.

Y aunque es discutible la validez de esta disposición, lo cierto es que su presunción de legalidad fuerza a proscribir de esta clase de contratos -y sólo de estos- la exigencia de marcas. En los demás contratos la necesidad de exigirlos queda librada a la razonabilidad, discrecionalidad, ponderación y apreciación técnica y económica que haga la administración de las necesidades que tiene que satisfacer.

En *quinto lugar*, tampoco comprendo el mensaje que envía la sentencia a los operadores jurídicos de la contratación, porque ahora resulta que todas las entidades estatales, en sus procesos de contratación, tienen el deber de equilibrar el mercado, controlar los precios y garantizar la oferta y la demanda en condiciones comunes para todos los vendedores y proveedores, cuando esa tarea no la asigna la ley de contratos del Estado a cada administración pública.

Más bien, consultada la filosofía de la ley, entiendo que el Estado es un comprador -muy importante- de bienes y servicios, y que el legislador le permitió adquirirlos de la manera más parecida posible a la forma como lo hacen los particulares, pero en todo caso respetando muchas reglas -muy estrictas también- que establece la ley 80 y la ley 1.150, además de sus reglamentos, pero resulta que entre ellas no se encuentra una que prohíba pedir marcas de productos; luego,

¹⁷ “Artículo 16. *Bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización*. Son bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

“Por bienes y servicios de común utilización entiéndanse aquellos requeridos por las entidades y ofrecidos en el mercado, en condiciones equivalentes para quien los solicite en términos de prestaciones mínimas y suficientes para la satisfacción de sus necesidades.

“Parágrafo 1°. No se consideran de características técnicas uniformes y de común utilización las obras públicas y los servicios intelectuales.

“Parágrafo 2°. Para efecto de lo previsto en el presente artículo, por diseño o características descriptivas debe entenderse el conjunto de notas distintivas que simplemente determinan la apariencia del bien o que resultan accidentales a la prestación del servicio, pero que no inciden en la capacidad del bien o servicio para satisfacer las necesidades de la entidad adquirente, en la medida en que no alteran sus ventajas funcionales.

“Parágrafo 3°. **No se individualizarán los bienes o servicios de carácter homogéneo mediante el uso de marcas, salvo que la satisfacción de la necesidad de que se trate así lo exija, circunstancia esta que deberá acreditarse en los estudios previos elaborados por la entidad, sin que la justificación pueda basarse en consideraciones puramente subjetivas.**” (Negrillas fuera de texto)

carece de soporte normativo deducir esta restricción de los principios de la contratación, porque de allí no se deduce eso.

En estos términos dejo sustentado mi salvamento de voto.

Enrique Gil Botero