

**CONTRATO ESTATAL - Legalidad / LEGALIDAD DEL CONTRATO - Los contratos se entienden incorporados a las leyes vigentes al momento de su celebración. Ley 153 de 1887 artículo 38 / PROMESA DE COMPRAVENTA - Legalidad / PROMESA DE COMPRAVENTA - Requisitos**

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. La promesa de compraventa que ha dado origen a esta cuestión litigiosa fue celebrada el 28 de diciembre de 1993, esto es cuando aún estaba vigente el Decreto 222 de 1983 y no habían entrado a regir la mayoría de las disposiciones de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, ha de entenderse que al referido contrato le eran aplicables las disposiciones contenidas en el Decreto 222 de 1983 y por supuesto las de la Ley 9ª de 1989 que regían en ese momento y las que aún rigen. Según el numeral 1º del artículo 144 del Decreto 222 de 1983, en las compraventas de inmuebles ha de celebrarse previamente una promesa de compraventa y a ella se acompañará copia auténtica del folio de matrícula inmobiliaria, o el certificado que haga sus veces, expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos, exigencia esta que reitera el artículo 14 de la Ley 9ª de 1989. De otro lado, el artículo 15 de la ley últimamente citada señala que el precio máximo de adquisición será fijado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, o por quien haga sus veces, pues a esa entidad le encomienda el artículo 27 que realice los avalúos. Luego es ostensible que, de acuerdo con los preceptos que se acaban de mencionar, a la promesa que dio origen a este debate ha debido acompañarse no sólo la copia del folio de matrícula inmobiliaria, o el certificado que haga sus veces, sino también el avalúo fijado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, o por quien hiciera sus veces, pues en él se establece imperativamente el precio máximo de adquisición. De las pruebas allegadas a proceso, tal como lo anota el Ministerio Público, se desprende que a la promesa que celebraron Abelardo Trujillo Mellizo y el Municipio de Dagua no se adjuntó la copia del folio de matrícula inmobiliaria, o el certificado que hiciera sus veces, y que para celebrarla, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, o quien hiciera sus veces, no practicó previamente el avalúo alguno, por lo que la referida promesa se celebró sin estos requisitos o formalidades que la ley exigía.

**FUERTE FORMAL: LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 38 / DECRETO 222 DE 1983 - ARTICULO 144 NUMERAL 1 / LEY 9 DE 1989 - ARTICULO 14 / LEY 9 DE 1989 - ARTICULO 15 / LEY 9 DE 1989 - ARTICULO 27**

**CONTRATO ESTATAL - Nulidad / NULIDAD ABSOLUTA - Configuración / NULIDAD ABSOLUTA - Efectos / VALIDEZ DEL ACTO - Por el valor / NEGOCIO JURIDICO - Formación / FORMACION DEL NEGOCIO JURIDICO - Solemnidad constitutiva / INEXISTENCIA DEL ACTO - Omisión de solemnidades constitutivas / NULIDAD ABSOLUTA - Pretermisión. Omisión. Olvido. Postergación de la solemnidad que se pide para el valor**

El artículo 78 del Decreto 222 de 1983, vigente por la época en que se celebró la promesa, disponía que los contratos de la administración eran absolutamente nulos en los eventos allí señalados y además en los “casos previstos en las disposiciones vigentes.” Agregaba que esa nulidad podía ser declarada de oficio cuando apareciera plenamente demostrada y que no era susceptible de ser ratificada por las partes. Sobre los efectos de la nulidad, en especial sobre las restituciones mutuas, nada reglaba el citado Decreto, aunque en su artículo 15 mandaba a regir por el Código Civil todo lo concerniente al objeto y la causa lícitos. En consecuencia, en relación con estos aspectos, durante la vigencia del Decreto 222 de 1983 eran aplicables por entero las disposiciones del Código Civil. El artículo 1741 del C.C., disposición vigente por aquel entonces y también ahora, dice que el contrato es absolutamente nulo, entre otros casos, cuando se presenta “la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes

prescriben para el valor de ciertos actos en consideración a la naturaleza de ellos...” Los requisitos o formalidades a que se refiere este precepto son aquellos que la ley pide para “el valor”, esto es, para la validez del acto, y no a las solemnidades constitutivas, es decir que no alude a aquellas que se exigen para la formación del negocio. Y es que el ordenamiento, en punto de solemnidades, distingue entre las que se piden para la formación de los negocios jurídicos (constitutivas) y aquellas que se exigen para la validez del acto (para el valor), así por ejemplo, pertenecen a éstas últimas la insinuación de las donaciones que exceden los cincuenta salarios mínimos legales mensuales, la unidad subjetiva y temporal en los testamentos solemnes, etc. La omisión de solemnidades constitutivas conduce a la inexistencia del acto mientras que la pretermisión de las que se piden “para el valor”, determina la nulidad absoluta del negocio si estas se pidieron en atención a su naturaleza. (...)En el asunto que se revisa en esta segunda instancia está plenamente demostrado que la promesa de compraventa celebrada el 28 de diciembre de 1993, entre el señor Abelardo Trujillo Mellizo, como prometiende vendedor, y el Municipio de Dagua, como prometiende comprador, se omitieron dos requisitos o formalidades para la validez de ese acto, como lo eran la copia del folio de matrícula inmobiliaria, o el certificado que hiciera sus veces, y el avalúo del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, o de quien hiciera sus veces. Estos dos requisitos o formalidades los exigía la ley en atención a la naturaleza del acto, esto es en atención a que se trataba de un contrato estatal, y por consiguiente la omisión de ellos conduce a la nulidad absoluta de ese acto, tal como lo dispone el artículo 1741 del C. C.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 222 DE 1983 - ARTICULO 78 / CODIGO CIVIL – ARTICULO 15 / CODIGO CIVIL –ARTICULO 1741

**NULIDAD ABSOLUTA - Efectos / EFECTOS DE LA NULIDAD ABSOLUTA - Restitución / RESTITUCION - Procedencia / RESTITUCION - Improcedencia. Si el origen de la nulidad absoluta es un objeto o causa ilícitos de los que se tenía conocimiento**

Decretada la nulidad, las partes deben ser restituidas “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”, ordena el artículo 1746 del C. C. Si el origen de la nulidad absoluta es un objeto o una causa ilícitos de los que se tenía conocimiento, el artículo 1525 del C.C. manda que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos. Pero nótese que la imposibilidad de repetir o restituir se refiere exclusivamente a los casos de nulidad absoluta originada por objeto o causa ilícitos y no a ningún otro. Luego, la sanción que se viene comentando, en razón del principio de la legalidad y taxatividad de las penas, queda excluida para aquellos casos en la nulidad absoluta se origina en “la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos en consideración a la naturaleza de ellos...” Con otras palabras, si la causa de la nulidad absoluta es la omisión de los requisitos o formalidades para la validez de los actos, hay lugar a repetir o restituir lo dado o pagado, pues en este caso, y de acuerdo con la regla general, las partes deben ser restituidas “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.” (...) Como uno de los efectos de la nulidad judicialmente decretada es que las partes deben ser restituidas “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo,” excepción hecha de lo dispuesto para el objeto o la causa ilícitos que se conoce y que no es aplicable a este caso porque la nulidad aquí advertida no tiene origen en esas causales sino en la omisión de requisitos o formalidades que la ley pide para el valor de los actos en atención a su naturaleza, se sigue que debe ordenarse que el señor Abelardo Trujillo Mellizo restituya, debidamente actualizadas, las sumas de dinero que recibió del Municipio de Dagua pero no se

ordenará la restitución del predio que fue objeto de promesa por no aparecer demostrado que él haya sido entregado.

**FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1525 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1746**

**NULIDAD ABSOLUTA - Saneamiento / SANEAMIENTO NULIDAD ABSOLUTA - Prescripción extraordinaria / PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA - Aplicación. Cómputo. Veinte años. Diez años**

La nulidad absoluta no puede sanearse por ratificación de las partes, decía el artículo 78 del decreto 222 de 1983. 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 (...) Por la época en que se celebró la promesa de compraventa entre Abelardo Trujillo Mellizo y el Municipio de Dagua (1993), 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 de la promesa, se sigue que cualquier nulidad absoluta que tenga este contrato, al día de hoy, todavía no se ha saneado por la prescripción extraordinaria. (...) La nulidad de esa promesa, por ser absoluta, 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, tal como ocurre en este caso. Por consiguiente, es consecuencia obligada la revocación de la sentencia apelada para en su lugar decretar la nulidad absoluta de la referida promesa y en este sentido se decidirá. (...)

**FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1742 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 2532 / LEY 50 DE 1936 - ARTICULO 1 / LEY 50 DE 1936 - ARTICULO 2 / DECRETO 222 DE 1983- ARTICULO 78 / LEY 152 DE 1887 - ARTICULO 41 / LEY 791 DE 2002**

**PRINCIPIO DE LA REFORMATIO IN PEJUS / Ampara derecho constitucional. Protección de un interés individual. Restricción facultades del Juez / NULIDAD ABSOLUTA - Protección del interés general. No puede sanearse por ratificación de las partes. Incremento facultades del Juez / CONTROL DE LEGALIDAD - Poder deber del Juez decretar de oficio la nulidad absoluta. Prevalencia del interés general / PREVALENCIA DEL INTERES GENERAL - Protección del orden jurídico / PROTECCION DEL ORDEN JURIDICO / Prevalencia del interés general sobre el particular / PREVALENCIA DEL INTERES GENERAL - No viola el principio de la reformatio in pejus**

El principio de la reformatio in pejus impide que, por regla general, se haga más gravosa la situación del apelante único, principio éste 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. 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. 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. 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 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.

**NOTA DE RELATORIA: Con salvamento de voto del doctor Enrique Gil Botero**

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil once (2011)

**Radicación número: 76001-23-31-000-1996-02709-01(16326)**

**Actor: ABELARDO TRUJILLO MELLIZO**

**Demandado: MUNICIPIO DE DAGUA**

**Referencia: ACCION CONTRACTUAL. RECURSO DE APELACION**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor Abelardo Trujillo Mellizo contra la sentencia del 26 de junio de 1998, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle Del Cauca, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de su demanda.

## **I ANTECEDENTES**

### **1 - Lo pretendido**

En demanda presentada el 17 de julio de 1996 contra el Municipio de Dagua, el señor Abelardo Trujillo Mellizo pidió que se declarara que existe un contrato de promesa de compraventa que fuera celebrado entre este y aquel ente territorial, sobre un inmueble rural cuya ubicación y linderos arrima en los hechos que narra.

Solicita además que se declare que el municipio incumplió el contrato de promesa al no pagar la suma de \$16.000.000 correspondientes al saldo del precio pactado y que consecuentemente se le condene a pagar la suma de \$7.200.000, correspondiente a los intereses de la suma debida, más \$5.000.000 por concepto de la cláusula penal.

## **2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones**

El señor Abelardo Trujillo Mellizo, como prometiende vendedor, y el Municipio de Dagua, como prometiende comprador, el 28 de diciembre de 1993 celebraron una promesa de compraventa sobre un predio rural de una extensión de 7.1 Ha. y ubicado en el Corregimiento de El Palmar en Jurisdicción del Municipio de Dagua.

Como precio del bien prometido compravender se pactó la suma de \$36.000.000 que serían pagados así: a) \$10.000.000 a la firma del documento que contiene la promesa; b) \$10.000.000 el 25 de mayo de 1994; y c) \$16.000.000 el 20 de abril de 1995, sumas estas que, con excepción de la última, fueron canceladas por el prometiende comprador.

Se convino que la escritura pública que perfeccionaría el contrato prometido sería otorgada el 26 de abril de 1995 en la Notaría Única del Círculo de Dagua.

Llegado el día en que se suscribiría la correspondiente escritura pública, las partes, la una personalmente y la otra representada por un apoderado, concurrieron a la Notaría pero el prometiende comprador se negó a otorgar la escritura pública de venta argumentando que de acuerdo con los conceptos de la Personería Municipal y la Oficina Jurídica de la Gobernación del Valle, la promesa había sido celebrada sin los requisitos legales y en consecuencia no era procedente cancelar el saldo del precio ni suscribir la escritura pública de venta.

## **3. El trámite procesal**

Admitida que fue la demanda y noticiado el Municipio de Dagua del auto admisorio, el asunto se fijó en lista pero el término transcurrió en silencio porque el demandado no hizo pronunciamiento alguno.

Después de decretar pruebas y de celebrar una audiencia de conciliación que resultó fracasada por la inasistencia del Municipio de Dagua, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo fue aprovechada por el demandante.

## **II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

En sentencia del 26 de junio de 1998 el Tribunal Administrativo Del Valle Del Cauca decidió declarar la existencia de la promesa así como el incumplimiento de este contrato por parte de la entidad demandada pero negó las restantes pretensiones de la demanda.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

Dice el fallador de primera instancia que es incuestionable que entre las partes se celebró un contrato de promesa de compraventa y que en este caso es un contrato estatal por así disponerlo el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Encuentra probado además que el Municipio de Dagua incumplió la promesa según lo ve en la copia de la escritura pública No. 330 del 26 de abril de 1995 de la Notaría Única de Dagua.

Sin embargo, considera una "gran osadía jurídica" que el demandante pida los intereses del saldo del precio estipulado cuando ya buena parte del valor de la cosa le fue cancelada, aún la tiene en su poder y sigue siendo titular de ella.

Finalmente expresa que en principio habría lugar al pago de la pena pero que las anteriores razones, la equidad y el equilibrio financiero conducen a su negativa.

### **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Esta decisión fue apelada por el demandante Abelardo Trujillo Mellizo mientras que el Municipio de Dagua guardó silencio.

La inconformidad del recurrente radica en que el Tribunal no condenó a la cancelación del saldo del precio, ni a los intereses de la suma adeudada ni al pago de la cláusula penal.

El apelante sustenta el recurso argumentando que si bien es cierto que las pretensiones deben ser precisas no lo es menos que cuando en la segunda se pide que se declare el incumplimiento del contrato por el no pago de la suma de \$16.000.000, allí va implícita la solicitud de su cancelación, razón por la cual ha debido ordenarse ese pago.

Agrega que en la promesa se pactó una cláusula penal y por consiguiente cuando el Tribunal la niega, está desconociendo el postulado que señala que el contrato es ley para las partes.

De otro lado, dice, no existe ninguna disposición que impida que una entidad estatal pueda ser condenada al pago de una pena.

En cuanto a los intereses expresa que se deben reconocer por así preverlo tanto el código civil como el código de comercio, aún para el caso en que no se hayan pactado.

### **IV EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público pide que se confirme la sentencia del Tribunal porque así lo impone la garantía que impide la reformatio in pejus.

Dice el Ministerio Público que en este asunto el demandante es apelante único y que, como no hay lugar al grado jurisdiccional de consulta porque no se impuso condena

alguna al Municipio de Dagua, no se puede hacer más gravosa la situación del recurrente.

Agrega que de no ser esto así lo procedente sería negar todas las pretensiones de la demanda porque el demandante no demostró que se hubieran cumplido todos los requisitos que la ley exige para la validez de los negocios jurídicos relacionados con la adquisición de bienes inmuebles por parte de entidades estatales.

En efecto, señala el Ministerio Público que no aparece prueba de que el prometiende vendedor sea el dueño del bien objeto del contrato ni del previo avalúo por parte del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, o en su defecto de peritos, tal como lo ordenan el artículo 143 del Decreto 222 de 1983, aplicable por haberse celebrado la promesa durante su vigencia, y el artículo 13 de la Ley 9ª de 1989.

No advirtiendo 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.

La promesa de compraventa que ha dado origen a esta cuestión litigiosa fue celebrada el 28 de diciembre de 1993, esto es cuando aún estaba vigente el Decreto 222 de 1983 y no habían entrado a regir la mayoría de las disposiciones de la Ley 80 de 1993.

En consecuencia, ha de entenderse que al referido contrato le eran aplicables las disposiciones contenidas en el Decreto 222 de 1983 y por supuesto las de la Ley 9ª de 1989 que regían en ese momento y las que aún rigen.

**2.** Según el numeral 1º del artículo 144 del Decreto 222 de 1983, en las compraventas de inmuebles ha de celebrarse previamente una promesa de compraventa y a ella se acompañará copia auténtica del folio de matrícula inmobiliaria, o el certificado que haga sus veces, expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos, exigencia esta que reitera el artículo 14 de la Ley 9ª de 1989.

De otro lado, el artículo 15 de la ley últimamente citada señala que el precio máximo de adquisición será fijado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, o por quien haga sus veces, pues a esa entidad le encomienda el artículo 27 que realice los avalúos.

Luego es ostensible que, de acuerdo con los preceptos que se acaban de mencionar, a la promesa que dio origen a este debate ha debido acompañarse no sólo la copia del folio de matrícula inmobiliaria, o el certificado que haga sus veces, sino también el avalúo fijado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, o por quien hiciera sus veces, pues en él se establece imperativamente el precio máximo de adquisición.

De las pruebas allegadas a proceso, tal como lo anota el Ministerio Público, se desprende que a la promesa que celebraron Abelardo Trujillo Mellizo y el Municipio de Dagua no se adjuntó la copia del folio de matrícula inmobiliaria, o el certificado que hiciera sus veces, y que para celebrarla, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, o

quien hiciera sus veces, no practicó previamente el avalúo alguno, por lo que la referida promesa se celebró sin estos requisitos o formalidades que la ley exigía.

**3.** El artículo 78 del Decreto 222 de 1983, vigente por la época en que se celebró la promesa, disponía que los contratos de la administración eran absolutamente nulos en los eventos allí señalados y además en los “casos previstos en las disposiciones vigentes.”

Agregaba que esa nulidad podía ser declara de oficio cuando apareciera plenamente demostrada y que no era susceptible de ser ratificada por las partes.

Sobre los efectos de la nulidad, en especial sobre las restituciones mutuas, nada reglaba el citado Decreto, aunque en su artículo 15 mandaba a regir por el Código Civil todo lo concerniente al objeto y la causa lícitos.

En consecuencia, en relación con estos aspectos, durante la vigencia del Decreto 222 de 1983 eran aplicables por entero las disposiciones del Código Civil.

**3. 1.** El artículo 1741 del C.C., disposición vigente por aquel entonces y también ahora, dice que el contrato es absolutamente nulo, entre otros casos, cuando se presenta “la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos en consideración a la naturaleza de ellos...”

Los requisitos o formalidades a que se refiere este precepto son aquellos que la ley pide para “el valor”, esto es, para la validez del acto, y no a las solemnidades constitutivas, es decir que no alude a aquellas que se exigen para la formación del negocio.

Y es que el ordenamiento, en punto de solemnidades, distingue entre las que se piden para la formación de los negocios jurídicos (constitutivas) y aquellas que se exigen para la validez del acto (para el valor), así por ejemplo, pertenecen a éstas últimas la insinuación de las donaciones que exceden los cincuenta salarios mínimos legales mensuales, la unidad subjetiva y temporal en los testamentos solemnes, etc.

La omisión de solemnidades constitutivas conduce a la inexistencia del acto mientras que la pretermisión de las que se piden “para el valor”, determina la nulidad absoluta del negocio si estas se pidieron en atención a su naturaleza.

**3.2.** Decretada la nulidad, las partes deben ser restituidas “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”, ordena el artículo 1746 del C. C.

Si el origen de la nulidad absoluta es un objeto o una causa ilícitos de los que se tenía conocimiento, el artículo 1525 del C.C. manda que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos.

Pero nótese que la imposibilidad de repetir o restituir se refiere exclusivamente a los casos de nulidad absoluta originada por objeto o causa ilícitos y no a ningún otro.

Luego, la sanción que se viene comentando, en razón del principio de la legalidad y taxatividad de las penas, queda excluida para aquellos casos en la nulidad absoluta se origina en “la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos en consideración a la naturaleza de ellos...”

Con otras palabras, si la causa de la nulidad absoluta es la omisión de los requisitos o formalidades para la validez de los actos, hay lugar a repetir o restituir lo dado o

pagado, pues en este caso, y de acuerdo con la regla general, las partes deben ser restituidas “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.”

**3.3.** La nulidad absoluta no puede sanearse por ratificación de las partes, decía el artículo 78 del decreto 222 de 1983.

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 o integre los requisitos o formalidades omitidos, 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.

**3.4.** Por la época en que se celebró la promesa de compraventa entre Abelardo Trujillo Mellizo y el Municipio de Dagua (1993), 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 de la promesa, 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 más gravosa la situación del apelante único, principio éste 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 deber del juez el decreto oficioso de ella porque se lo impone el control de legalidad que el ordenamiento le manda en aras de la protección del interés general que envuelve la defensa del orden público y las normas imperativas.

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

**5.** En el asunto que se revisa en esta segunda instancia está plenamente demostrado que la promesa de compraventa celebrada el 28 de diciembre de 1993, entre el señor Abelardo Trujillo Mellizo, como prometiende vendedor, y el Municipio de Dagua, como prometiende comprador, se omitieron dos requisitos o formalidades para la validez de ese acto, como lo eran la copia del folio de matrícula inmobiliaria, o el certificado que hiciera sus veces, y el avalúo del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, o de quien hiciera sus veces.

Estos dos requisitos o formalidades los exigía la ley en atención a la naturaleza del acto, esto es en atención a que se trataba de un contrato estatal, y por consiguiente la omisión de ellos conduce a la nulidad absoluta de ese acto, tal como lo dispone el artículo 1741 del C. C.

La nulidad de esa promesa, por ser absoluta, 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, tal como ocurre en este caso.

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

**6.** Como uno de los efectos de la nulidad judicialmente decretada es que las partes deben ser restituidas “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo,” excepción hecha de lo dispuesto para el objeto o la causa ilícitos que se conoce y que no es aplicable a este caso porque la nulidad aquí advertida no tiene origen en esas causales sino en la omisión de requisitos o formalidades que la ley pide para el valor de los actos en atención a su naturaleza, se sigue que debe ordenarse que el señor Abelardo Trujillo Mellizo restituya, debidamente actualizadas, las sumas de dinero que recibió del Municipio de Dagua pero no se ordenará la restitución del predio que fue objeto de promesa por no aparecer demostrado que él haya sido entregado.

Para la actualización monetaria se aplicará la siguiente fórmula:

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

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 26 de junio de 1998 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca y en su lugar **DECRETAR LA NULIDAD ABSOLUTA** de la promesa de compraventa celebrada el 28 de diciembre de 1993 entre el señor Abelardo Trujillo Mellizo, como prometiende vendedor, y el Municipio de Dagua, como prometiende comprador.

**SEGUNDO: ORDENAR** que el señor Abelardo Trujillo Mellizo **RESTITUYA** al Municipio de Dagua las siguientes sumas de dinero, debidamente actualizadas a la fecha de esta sentencia con la fórmula

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

a) La suma de **CUARENTA Y NUEVE MILLONES VEINTE MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS CON TREINTA Y NUEVE CENTAVOS** que corresponden a la actualización monetaria de los \$10.000.000 que recibió el 28 de diciembre de 1993:

$$\begin{array}{r} \$10.000.000 \quad \frac{104.56}{21.33} = \$49.020.159.39 \end{array}$$

b) La suma de **CUARENTA Y TRES MILLONES CIENTO TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TRECE PESOS CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS** que corresponden a la actualización monetaria de los \$10.000.000 que recibió el 25 de mayo de 1994:

$$\begin{array}{r} \$10.000.000 \\ 104.56 \\ \hline 24.24 \end{array} = \$43.135\ 313.53$$

**TERCERO: NO SE ORDENA LA RESTITUCIÓN** del predio que fue objeto de la promesa de compraventa por no aparecer demostrado que se hizo entrega de él.

**CUARTO:** Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO  
Presidente de la Sala  
Con Salvamento de Voto

OLGA VALLE DE DE LA HOZ  
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA  
Magistrado Ponente

#### **SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO**

**PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEJUS - Prevalencia. Derecho constitucional y fundamental / ESTADO SOCIAL DE DERECHO - Individuo como eje central del poder público / PRINCIPIO DE LEGALIDAD - No es absoluto. Debe ceder ante las garantías constitucionales relacionadas con derechos fundamentales / INTERESES GENERAL - Su prevalencia sobre el interés individual y la finalidad de la defensa judicial no pueden sobreponer el orden constitucional / ORDEN CONSTITUCIONAL - Protección al individuo del ejercicio del poder público y del judicial**

Discrepo de lo resuelto en la sentencia en cuestión, ya que estoy convencido de que, en el caso concreto, prevalecía el principio y garantía constitucional de la no reformatio in pejus, razón que impedía que el juez del contrato pudiera declarar de oficio, en la segunda instancia, la nulidad absoluta del negocio jurídico. En el caso objeto de la decisión, el demandante –que obraba como apelante único– solicitaba se reconocieran perjuicios adicionales a los decretados en primera instancia, razón por la que tenía plena vigencia la garantía contenida en el artículo 31 superior; no obstante lo anterior, en esta instancia, se declaró de oficio la nulidad absoluta del contrato estatal, por falencias en los requisitos formales del mismo. Considero, muy respetuosamente desde luego, que 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. (...) 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.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil once (2011)

**Radicación número: 76001-23-31-000-1996-02709-01(16326)**

**Actor: ABELARDO TRUJILLO MELLIZO**

**Demandado: MUNICIPIO DE DAGUA**

**Referencia: ACCION CONTRACTUAL. RECURSO DE APELACION**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales me aparto de lo resuelto en la sentencia del 24 de enero del año en curso, mediante la cual se revocó la providencia apelada y, en su lugar, se declaró la nulidad absoluta del contrato suscrito entre las partes y se ordenó realizar las respectivas restituciones mutuas.

#### **1. Contenido y alcance de la decisión materia del salvamento de voto**

Discrepo de lo resuelto en la sentencia en cuestión, ya que estoy convencido de que, en el caso concreto, prevalecía el principio y garantía constitucional de la no reformatio in pejus, razón que impedía que el juez del contrato pudiera declarar de oficio, en la segunda instancia, la nulidad absoluta del negocio jurídico.

En el caso objeto de la decisión, el demandante –que obraba como apelante único– solicitaba se reconocieran perjuicios adicionales a los decretados en primera instancia, razón por la que tenía plena vigencia la garantía contenida en el artículo 31 superior; no obstante lo anterior, en esta instancia, se declaró de oficio la nulidad absoluta del contrato estatal, por falencias en los requisitos formales del mismo.

Entre otros aspectos, la Sala puntualizó:

“(…) El principio de la reformatio in pejus (sic) impide que, por regla general, se haga más gravosa la situación del apelante único, principio este que admite como excepción, además del evento en “que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella”, aquel en que debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta a 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.

“(…) **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 causal de nulidad absoluta, es poder - deber del juez el decreto oficioso 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 “(…)” (páginas 9 y 10 - negrillas del documento original).

## **2. Fundamentos del disentimiento**

Considero, muy respetuosamente desde luego, que 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 a 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.

2.3. 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.

Atentamente,

**ENRIQUE GIL BOTERO**

Fecha ut supra