

**ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Cláusula compromisoria / JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Legalidad del acto demandado / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Falta de competencia. Validez del acto**

La Sala es competente para conocer, en segunda instancia, del presente proceso proveniente del Tribunal Administrativo del Casanare, por vía de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, en la forma en que fue modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998. Cabe precisar que aunque en la cláusula sexta del contrato 395 de 1996, se pactó que las diferencias que se suscitaran en el contrato serían definidas por árbitros, el asunto sometido a conocimiento de la Sala versa sobre la legalidad del acto administrativo que declaró la terminación unilateral del contrato, materia que compete exclusivamente al Juez de lo Contencioso Administrativo según lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la competencia de los árbitros para pronunciarse respecto de la validez de actos administrativos, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 23 de febrero de 2000, exp.16394; de 8 de junio de 2000, exp. 16973; de 23 de agosto de 2001, exp. 19090; de 20 de mayo de 2004, exp. 25154; de 11 de marzo de 2004, exp. 25021; de 10 de marzo de 2005, exp. 27946. Corte Constitucional, sentencias C- 42 de 1991; C-431 y C- 294 de 1995; C-242 de 1997 y C- 1436 de 2000.

**ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - El acto administrativo acusado**

El Departamento del Casanare expidió la Resolución No. 0199 de 10 de febrero de 1997, por la cual se dio por terminado el contrato No. 395 de 1996, celebrado entre dicho departamento y la firma ECELEC LTDA y se ordenó su liquidación. Las razones expuestas por el Gobernador del Departamento, en la parte motiva de la citada Resolución, dan cuenta de la existencia de vicios en el procedimiento de selección del contratista. Del texto transcrito claramente se infiere que la Administración Departamental, decidió dar por terminado el contrato No. 395 de 1996, cuyo objeto consistía en la ejecución de las obras para la electrificación de las veredas Pozo, Trinidad 7, Maporal, Patagonia, Los Patios, Milagro, Guamal, Matapalo, El Valle, en el Municipio de Trinidad- Casanare. Las razones que motivaron esta decisión fueron: i) la falta de fecha de radicación en las propuestas y ii) la ausencia de planos y diseños para la ejecución del proyecto; supuestos fácticos que en criterio de la entidad estatal configuraron la causal de nulidad absoluta del contrato, prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor “los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: (...) 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”.

**CONTRATO ESTATAL - Condiciones de validez**

Previo al examen de la causal de nulidad consagrada en el artículo 44-2 de la Ley 80 de 1993, conviene precisar que para que el contrato estatal nazca a la vida jurídica en condiciones de validez, esto es, ajustado al ordenamiento jurídico, se requiere del cumplimiento de una serie de requisitos establecidos en las normas del derecho común pero también de ciertas formalidades impuestas por la ley para tal tipo de contratos celebrados por el Estado. De la interpretación

sistemática de las normas contenidas en el derecho privado y de aquellas previstas en la ley de contratación estatal, para que el contrato celebrado por el Estado se encuentre ajustado a la legalidad debe reunir los siguientes requisitos: i) la capacidad de las partes: aptitud que para la Administración pública equivale a la competencia del funcionario que suscribe el contrato, la cual deviene de la ley y, para el particular contratista, a la capacidad de obrar o de ejercicio entendida como el poder de realizar actos con eficacia jurídica, bien que se trate de persona natural o de persona jurídica; ii) el cumplimiento estricto de los procedimientos de selección del contratista; iii) la licitud del objeto y de la causa y, iv) el consentimiento libre de vicios y v) que no se haya celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal.

**ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Nulidad absoluta y relativa del contrato. Causales / NULIDAD RELATIVA - Subsancionable / NULIDAD ABSOLUTA - Causales taxativas y de interpretación restrictiva / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Causales del derecho común**

El artículo 46 de la Ley 80 de 1993, prescribe que los demás vicios que se presenten en los contratos, es decir, aquellos diferentes de los consagrados en el artículo 44 ibídem, serán constitutivos de nulidad relativa y podrán sanearse, bien por ratificación expresa de los interesados o por el simple transcurso del tiempo, fijado en el término de dos (2) años que se contarán a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio. Con el fin de preservar el principio de legalidad, el interés general, el orden público y de otorgar seguridad jurídica, la ley ha previsto algunas situaciones como constitutivas de nulidad absoluta de los contratos estatales. Las causales de nulidad absoluta del contrato, como en todo régimen de sanciones son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, razón por la cual respecto de ellas no cabe la aplicación por analogía, lo cual impone que se encuentren expresamente previstas en la ley. Del contenido de dicho precepto legal (artículo 44) se evidencia, que la Ley 80 de 1993, al establecer el régimen de nulidades absolutas del contrato estatal tomó como propias aquellas que se encuentran previstas en el derecho común, e igualmente estableció otras adicionales, privativas o específicas de la contratación estatal, lo cual impone acudir a las regulaciones de la ley civil a fin de consultar su contenido y finalidad y de esta manera apreciar en forma integral el régimen de causales de nulidad absoluta aplicable a los contratos del Estado. Se advierte que el artículo 6º del C.C., consagra la causal de nulidad de los actos ejecutados contra expresa prohibición legal; el texto de la norma es el siguiente: “En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos. Por su parte el artículo 1741 de la misma codificación, prescribe la nulidad absoluta de los actos y contratos, derivada del objeto o causa ilícita y de la pretermisión de formalidades previstas en la ley para su validez: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas...”. De conformidad con la legislación civil la nulidad absoluta de los actos o contratos pueden tener origen en: i) la celebración contra expresa prohibición legal; ii) la omisión de algún requisito que según la ley resulta esencial para el valor de los mismos; iii) la presencia de objeto o causa ilícita; teniendo como ilicitud en el objeto, la contravención de normas que forman parte del

derecho público o la celebración de actos jurídicos prohibidos por la ley, caso éste último que lleva al primer supuesto constitutivo de esta clase de nulidad.

### **ACTO DE TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Fundamento legal / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Cuando se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal. Presupuestos**

Como quiera que el acto administrativo de terminación unilateral del contrato, cuya legalidad se cuestiona, fue fundamentado en la causal consagrada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, norma según la cual, los contratos del Estado son absolutamente nulos cuando “se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”, la Sala abordará el estudio de esta precisa causal. La jurisprudencia de la Sala se ha ocupado de precisar el contenido y alcance de la causal contenida en el artículo 44-2 del Estatuto de Contratación, referida a la “celebración de contratos contra expresa prohibición constitucional y legal”, con el fin de impedir que se hagan interpretaciones que no corresponden al verdadero sentido que quiso darle el legislador. Así en sentencia de 2 de mayo de 2007 determinó que para que se configurara esta causal de nulidad absoluta del contrato, se requería de dos presupuestos, de una parte, “la violación del régimen de prohibiciones consagrado en normas constitucionales o en normas legales o en cualesquiera otras con fuerza de ley; por lo tanto, la violación de otro tipo de normas en cuanto no tengan rango constitucional o carezcan de fuerza de ley, no genera vicio de nulidad en el contrato”, y de otra, “que la prohibición establecida en la Constitución Política o en la Ley debe ser expresa.” Igualmente, precisó en la misma sentencia, que “la violación a las normas constitucionales o legales, en la celebración de un contrato, acarrea como consecuencia la nulidad absoluta del contrato celebrado en tales condiciones, por cuanto toda vulneración del ordenamiento jurídico da lugar a la ilegalidad de los actos; pero no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos da lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que fueron señalados: violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa o explícita.”

### **NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Cuando se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal. Configuración**

En anterior oportunidad (sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp. 31480), la Sala había determinado que “no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato “... contra expresa prohibición constitucional o legal.” Es necesario analizar, en cada caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente. La Administración no podrá invocar la causal de nulidad prevista numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, para declarar la terminación unilateral del contrato, cuando quiera que se ha presentado la vulneración del ordenamiento jurídico por la omisión de cualquier requisito o formalidad establecida por la ley para el procedimiento de la selección objetiva del contratista o de los demás requisitos establecidos en el Estatuto de contratación, puesto que la prohibición contenida en el artículo 24-8 de la Ley 80, en realidad se ubica dentro de la causal 3ª del artículo 44 ibídem, referida a la celebración del

contrato con abuso y desviación de poder y no dentro de la causal 2ª, cuando el contrato se celebra contra expresa prohibición legal. A lo anterior se agrega, que del contexto del numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, debe deducirse su necesaria correspondencia con el artículo 24.8 ibídem, como lo impone la interpretación sistemática de las normas del ordenamiento jurídico con el fin de otorgarles el sentido, finalidad y efecto que pretende darles el legislador. En otras palabras, las normas referidas no pueden interpretarse como si regularan temas independientes, con distinta finalidad, sino todo lo contrario, pues al intérprete le corresponde examinar su relación directa y consecencial, lo cual necesariamente conduce a entender que cuando los funcionarios eluden los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos y deberes indicados por la ley, pueden incurrir en abuso o desviación de poder al apartarse de los fines que se buscan con la contratación, que no son otros que el interés público y el bienestar de la comunidad, circunstancias que a la luz del citado Estatuto Contractual del Estado, configura la causal de nulidad absoluta del contrato consagrada en el numeral 3º del artículo 44.

### **TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Potestad de la Administración / FACULTAD EXCEPCIONAL - Artículo 45 de la Ley 80 de 1993**

En materia de contratación, el legislador ha investido a las entidades estatales de ciertas potestades excepcionales, concebidas como medios de los cuales dispone la Administración para asegurar el cumplimiento del objeto contractual y por ende de los fines buscados con la contratación. El artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 1º establece la potestad excepcional de las entidades estatales para interpretar, modificar o terminar unilateralmente los contratos estatales, mediante actos administrativos debidamente motivados que serán susceptibles de impugnación mediante el recurso de reposición y por vía judicial mediante la acción contractual. La misma norma en su numeral 2º establece la obligatoriedad de pactar en los contratos estatales, cláusulas excepcionales al derecho común, de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad del contrato, cuando dichos contratos tengan por objeto la explotación de un monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado, o cuando se trate de un contrato de obra. Así el artículo 17 de la citada Ley 80, consagró la potestad de las entidades del Estado para terminar anticipadamente y de manera unilateral, el contrato celebrado con un particular, mediante la expedición de un acto administrativo debidamente motivado, cuando el servicio público o la situación de orden público así lo requiera, como también, cuando sobrevengan situaciones que recaen directamente sobre el contratista, las cuales impiden o dificultan continuar con su ejecución. Por su parte el artículo 18 del mismo estatuto contractual, establece la potestad de la Administración para declarar la caducidad del contrato cuando se presenten hechos constitutivos de incumplimiento por parte del contratista, que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencien que puede conducir a su paralización, voluntad que se manifiesta mediante acto administrativo debidamente motivado en el cual se dará por terminado el contrato y se ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. Además de las potestades consagradas en las normas precedentes, el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, otorga al representante de la entidad pública contratante, como funcionario a quien compete la celebración de los contratos estatales, la facultad de dar por terminado unilateralmente el contrato, cuando quiera que en él se presente una de las casuales de nulidad absoluta del

contrato, previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 ibídem, terminación que se materializa mediante la expedición de un acto administrativo motivado. El inciso segundo de la norma legal transcrita (artículo 45 ley 80) consagra el deber legal para el representante legal de la entidad contratante, de dar por terminado el contrato de manera unilateral y proceder a su liquidación en el estado en que se encuentre, cuando se presente alguna de las precisas causales de nulidad absoluta del contrato que prevé la ley como determinantes de la declaratoria de terminación unilateral del contrato, esto es cuando los contratos se celebraron con violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o contra expresa prohibición constitucional o legal, o cuando se han declarado nulos los actos que sirvieron de fundamento para su celebración. Esta forma de terminación unilateral del contrato constituye una facultad excepcional de la Administración en preservación del interés público cuando quiera que se haya vulnerado el ordenamiento jurídico por la celebración de un contrato que presenta vicios constitutivos de nulidad absoluta, pero tal facultad no puede convertirse en arbitrariedad, puesto que el jefe o representante legal de la entidad deberá materializar su voluntad de terminación, mediante la expedición de un acto administrativo, el cual deberá estar debidamente motivado esto es, contar con fundamentos probatorios suficientes que demuestren la ocurrencia del hecho invalidante del contrato y den certeza de que en realidad se incurrió en una de las precisas causales de nulidad absoluta del contrato anteriormente citadas.

#### **TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Potestad de la Administración / IMPROCEDENCIA - Causales distintas a las previstas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80**

Si se presentara un vicio diferente de los consagrados en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, es decir, cuando los hechos son constitutivos de alguna de las otras dos causales establecidas en la citada norma, el representante de la entidad estatal no estaría facultado para declarar la terminación unilateral del contrato, no obstante la existencia de una nulidad absoluta, puesto que la ley no le da tales prerrogativas; en esos precisos eventos, solo podrá intentarse la acción contractual de nulidad absoluta del contrato. Se advierte que la finalidad que busca el legislador al instituir las causales de nulidad absoluta del contrato, es la salvaguarda del interés general, el orden público y el interés jurídico, para lo cual dota de potestades a la Administración encaminadas a hacer desaparecer el contrato de la vida jurídica para que dicho acto que nació viciado de nulidad cese en sus efectos, mediante la declaratoria de su terminación unilateral, cada vez que encuentre fundada la existencia de alguna de las causales de nulidad absoluta expresamente previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sin que le sea posible ejercer tales atribuciones en situaciones diferentes a las expresamente previstas en la norma; es decir, cuando las causales sean otras.

#### **TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Falsa motivación del acto administrativo / ACTO ADMINISTRATIVO - Sustento de hecho y de derecho / ACCION DE NULIDAD - Vicios que acareen su nulidad**

En primer lugar habrá de establecerse que el motivo o causa del acto administrativo corresponde a las circunstancias de hecho y de derecho que en cada caso inducen a su expedición, o la determinan, puesto que la Administración no puede actuar caprichosamente, es por esto que en las actuaciones fundamentalmente regladas, sus actos están casi totalmente determinados de

antemano, en cambio en las actividades discrecionales la Administración tiene un margen más o menos amplio para decidir, pero debiendo tomar en cuenta aquellas circunstancias, así como los fines propios del servicio a su cargo. El artículo 84 del C.C.A. consagra la acción de nulidad para impugnar los actos administrativos cuando se encuentren viciados de nulidad; entre los vicios indicados por la norma se encuentra el de la falsa motivación del acto.

### **TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Falsa motivación del acto administrativo. Elementos**

Los lineamientos jurisprudenciales precedentes esbozan de manera clara que la falsa motivación del acto tiene ocurrencia cuando i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas; iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la falsa motivación, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 21 de junio de 1980, Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 4 de marzo de 2000, exp. 9772, Consejo de Estado, Sección Segunda Sentencia de 19 de mayo de 1998, exp. 10051.

### **CONTRATACION DIRECTA - Selección del contratista / CONTRATACION DIRECTA - Acatamiento de los principios orientadores de la contratación estatal**

La Ley 80, en su artículo 24, consagró el principio de transparencia como orientador de la actividad contractual, en virtud del cual se estableció como regla general para la selección del contratista la licitación o el concurso público y como excepción la contratación directa en aquellos casos específicamente determinados por el legislador. La contratación directa al igual que toda modalidad de escogencia del contratista que sea adelantada por la Administración estará orientada por los principios inspiradores de la contratación pública y obedecerá a criterios objetivos y de interés público para seleccionar la oferta más conveniente a los intereses de la Administración, sin que motivaciones de índole subjetiva por parte de los funcionarios encargados de adelantar el procedimiento y la adjudicación, sean las determinantes en la contratación. Lo anterior significa que la Administración está obligada, aún en los eventos de contratación directa definidos en la ley, a garantizar la libre concurrencia de los participantes, fijar las bases de participación, determinar los criterios de evaluación de las ofertas, adelantar los análisis pertinentes de las propuestas presentadas, con criterios de objetividad y transparencia garantizando la igualdad e imparcialidad respecto de los oferentes, con el fin de adjudicar a aquel, cuya propuesta sea la más conveniente para el interés público y la satisfacción de las necesidades de la comunidad. Significa entonces que la modalidad de contratación directa prevista en la ley, no puede ser utilizada por la Administración para seleccionar a su arbitrio al contratista de sus afectos, puesto que la ley le impone el deber de respetar los principios de transparencia, selección objetiva, economía, igualdad, imparcialidad, publicidad y libre concurrencia, como orientadores de la actividad contractual y de esta manera garantizar que la selección se cumpla en

condiciones de igualdad para que la propuesta escogida sea la más favorable para los intereses de la entidad.

**NOTA DE RELATORIA:** sobre el deber que le asiste a la Administración de acoger los principios de transparencia y selección objetiva, aun en aquellos casos en los cuales adelante la selección del contratista mediante el procedimiento de contratación directa, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de agosto de 2003, exp. 22848, sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 01577-01.

### **PRINCIPIO DE PLANEACION - Contratación Estatal / CONTRATO ESTATAL - Los planos y diseños como requisito en la contratación adelantada por el Estado**

El artículo 25-12 de la Ley 80 de 1993, impone el deber a las entidades del Estado de contar con los respectivos estudios, diseños y planos del proyecto cuando así se requiera, con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección del contratista. En armonía con el artículo anterior, la Ley 80 en el artículo 30-1, ordena que la resolución de apertura esté precedida de los estudios de conveniencia y oportunidad, técnicos y económicos, realizados por la entidad respectiva y cuando sea necesario, además, estarán acompañados de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad y factibilidad. Por su parte el artículo 26, del mismo estatuto contractual deriva responsabilidad tanto para la Administración como para los servidores públicos por el incumplimiento del deber legal de elaborar diseños definitivos, estudios completos, planos y demás documentos necesarios para la contratación, previamente al procedimiento de selección. Las disposiciones enunciadas son de forzoso cumplimiento no solo cuando la selección del contratista se adelanta mediante el procedimiento de licitación o concurso públicos, sino también cuando la selección se efectúa mediante el procedimiento de contratación directa. Y no podía ser de otra manera puesto que la contratación adelantada por el Estado no puede ser el producto de la improvisación o de la discrecionalidad de las entidades o sus funcionarios, sino que debe obedecer a un procedimiento previo, producto de la planeación, orientado a satisfacer el interés público y las necesidades de la comunidad, fin último que se busca con la contratación estatal. Lo contrario conllevaría al desvío de recursos públicos o al despilfarro de la administración al invertir sus escasos recursos en obras o servicios que no prioritarios ni necesarios.

### **PRINCIPIO DE PLANEACION - Contratación estatal / REQUISITOS DE VALIDEZ - Cumplimiento**

El principio de planeación reviste la mayor importancia para garantizar la legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo relacionado con la etapa previa a la celebración del contrato y aunque dicho principio no fue definido por la Ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos, disposiciones todas orientadas a que la Administración cuente, con anterioridad al proceso de selección, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado. La jurisprudencia de la Sala ha destacado la importancia del principio de planeación en varias oportunidades; concretamente, en cuanto a la necesidad de contar con estudios y diseños completos con antelación a la apertura del proceso de selección. En este orden de ideas la elaboración de diseños, planos del proyecto y estudios completos son indispensables para conocer el monto de la inversión y de esta manera determinar el procedimiento de selección que debe

cumplirse, con lo cual se evita la pretermisión de las reglas y requisitos exigidos para la escogencia del contratista que resultan esenciales para adelantar la contratación en condiciones de validez y de otra parte para impedir que se pongan en riesgo los recursos públicos, puesto que de no contar con los documentos técnicos tampoco se conocerá el alcance del proyecto y fácilmente podría incurrirse en una contratación por un mayor valor del que realmente se requiere invertir en el respectivo proyecto. Lo anterior evidencia, sin lugar a duda que la Administración está en el deber de satisfacer a plenitud los requisitos técnicos exigidos por la ley, previamente a adelantar el procedimiento de selección, con lo cual se garantiza la legalidad de los actos que expida a fin de seleccionar al contratista que colaborará con la administración en el cumplimiento de los cometidos de interés público, solo así, el contrato podrá nacer en condiciones de validez y si esto es así, los estudios, diseños y planos del proyecto se convierten en requisitos de validez del contrato.

**NOTA DE REALTORIA:** Sobre el principio de planeación en la contratación estatal, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 1º de junio de 1995, exp. 7326; de 16 de agosto de 2006, exp. 15162, 29 de agosto de 2007, exp. 14854.

#### **NULIDAD DEL CONTRATO - Las propuestas carecían de la fecha de presentación ante la entidad**

El presunto vicio de nulidad absoluta en el contrato 0 395 de 1996, según se desprende del contenido del acto impugnado, deriva de las “irregularidades en los procedimientos de Ley que son insaneables” y que se concretan en dos aspectos: el primero de ellos, referido a la ausencia de fecha de radicación en las propuestas, el segundo a la inexistencia de planos y diseños para el proyecto. Al examinar las propuestas presentadas por los dos oferentes que atendieron la invitación formulada por la Administración, se advierte que las cartas de presentación de las ofertas aunque tienen señalado el mes y año no indicaron el día; igualmente, en dichos documentos no aparece la fecha de recibo y radicación por parte de la Administración. Al expediente se allegó la fotocopia autenticada de la invitación pública formulada por el Departamento del Casanare mediante la cual se convocaba a los interesados en proponer para el proyecto de construcción de las obras de electrificación en varias veredas del Municipio de Trinidad en el Departamento de Casanare. En dicho aviso público se fijó como fecha límite para la presentación de las ofertas el 7 de junio de 1996, de tal suerte que las propuestas debían ser presentadas como máximo este día, aunque la Administración omitió anotar en las cartas de presentación de las ofertas la fecha de radicación o recibo, lo cual hubiere permitido demostrar que se presentaron en tiempo; sin embargo, el hecho de que las propuestas no contengan la fecha de recibo, no puede llevar a la convicción de que éstas fueron presentadas después de la fecha límite determinada en la invitación. Examinado el Decreto 855 de 1994, norma reglamentaria del procedimiento de contratación directa, vigente al momento de la celebración del contrato 395 de 1996, se observa que en ninguno de sus artículos se determina que las propuestas deban tener fecha de radicación, anotación que resultaría deseable para probar la fecha de recibo; no obstante, tal omisión de la Administración no puede convertirse, per se, en una situación invalidante del contrato celebrado. Si lo que realmente preocupa, en relación con la legalidad del procedimiento de selección y, por ende, con la validez del contrato, es que dichas propuestas hubieren sido recibidas por el Departamento, por fuera del plazo que la misma entidad estatal determinó, puesto

que en este evento no podrían, ni siquiera, ser consideradas, lo cierto es que ello no fue manifestado en la parte motiva del acto administrativo mediante el cual el Departamento declaró la terminación unilateral del contrato 395 de 1996, puesto que, aunque señaló que las propuestas no tenían fecha de radicación, hecho que es cierto, nada se dijo en cuanto que hubieren sido presentadas extemporáneamente, menos aún, se adujo prueba que así lo demostrara. Amén de lo anterior, durante el transcurso del proceso, no se ha mencionado y mucho menos probado, que las propuestas hubieren sido presentadas en fecha posterior a la señalada en los documentos de la invitación. De lo anterior se concluye que la ausencia de fecha de radicación de las propuestas, como tal, no daría lugar a la nulidad absoluta del contrato No. 395 de 1996, situación distinta se presentaría, si se hubiera demostrado que su presentación se hizo en forma extemporánea; mucho menos podría entenderse que este hecho (el no tener fecha de recibo) dio lugar a que se configurara la causal consagrada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 -haberse celebrado el contrato contra expresa prohibición constitucional y legal-, razón por la cual, el acto administrativo contenido en la Resolución No 00199 de 10 de febrero de 1997, se encuentra falsamente motivado.

### **NULIDAD DEL CONTRATO - Inexistencia de planos y diseños previos a la celebración del contrato**

En el hipotético caso de que se encontrara probada la ausencia de planos y diseños para el proyecto, lo cierto es que la Administración no estaba facultada para declarar la terminación unilateral del contrato, toda vez que este hecho, si bien es violatorio de las normas de la Ley 80 de 1993 que consagran los requisitos para adelantar el procedimiento de selección del contratista y puede dar lugar a la nulidad del contrato, el mismo no se enmarca dentro de la causal consagrada en el numeral 2º del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, lo cual demuestra que la Administración para expedir el acto administrativo que declaró la terminación unilateral del contrato, invocó una causal que no resultaba aplicable al caso y con ello incurrió en falsa motivación del acto. Las probanzas anteriores llevan a concluir que el contrato 0395 de 1996, celebrado entre el Departamento del Casanare y la empresa demandante, no adolecía de vicio de nulidad absoluta, por las siguientes razones: i) La Administración no demostró que las propuestas hubieren sido presentadas por fuera del plazo fijado en la invitación y, la simple falta de fecha de radicación de las mismas no es prueba fehaciente de tal irregularidad; ii) las pruebas recaudadas son demostrativas de que la Administración contó previamente a adelantar el procedimiento de selección, con planos, especificaciones y diseños para el proyecto objeto de la contratación pues no de otra manera se explica que hubiera podido calcular las cantidades de obra, aunque éstos documentos físicamente jamás estuvieron en poder del contratista, hecho que le impidió demostrar su existencia, pues para el momento de proponer se indicó en la invitación que debían ser consultados y como el contrato no inició su ejecución tampoco pudo tenerlos en su poder, puesto que era en esta oportunidad cuando le debían ser suministrados por la Administración. Bajo este presupuesto resulta claro que el acto administrativo acusado, contenido en la Resolución No. 0199 de 10 de febrero de 1997, mediante el cual se declaró la terminación unilateral del contrato 395 de 18 de junio de 1996, con fundamento en la segunda causal de nulidad prevista en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, está falsamente motivado, de una parte, porque se encuentra sustentado en hechos a los cuales la Administración les ha dado una interpretación y alcance que no tienen para estructurar una causal de nulidad que realmente no se configuró y, de otra, porque los hechos indicados son

contrarios a la realidad; razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda y en su lugar se declarará su nulidad.

## **CONSEJO DE ESTADO**

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

#### **SECCION TERCERA**

**Consejera ponente: MIRYAM GUERRERO DE ESCOBAR**

Bogotá, D. C., primero (1) de diciembre de dos mil ocho (2008)

**Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00423-01(15603)**

**Actor: ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES ELECTRICAS-ECELEC LTDA.**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE**

**Referencia: CONTRACTUAL- APELACION SENTENCIA**

Resuelve la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 2 de julio de 1998, dictada por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante la cual se dispuso:

***“PRIMERO:** Negar las súplicas de la demanda.*

***SEGUNDO:** Condenar en costas a la parte actora.”* (fl. 103, cd. ppal)

### **1.- ANTECEDENTES**

#### **1.1. La demanda.**

La Empresa ECELEC LTDA., por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción contractual, formuló demanda en contra del Departamento del Casanare, en escrito presentado el 12 de junio de 1997, en el cual formuló las siguientes pretensiones:

***“PRIMERA.** Que se declare nula la Resolución No. 00199 de fecha febrero 10 de 1997, expedida por el Gobernador de Casanare, por*

medio de la cual se da por terminado el contrato de obra pública No. 395-96 celebrado con la empresa Estudios y Construcciones Eléctricas ECELEC LTDA.

**SEGUNDA.** Que como consecuencia de la pretensión anterior, se condene al Departamento del Casanare, a pagar a la empresa ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS ECELEC LTDA, las siguientes sumas de dinero: Como perjuicios materiales causados con la terminación unilateral del contrato No. 395-96.

- La suma DE VEINTITRÉS MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS (\$23'999.749, 00), por concepto de utilidad que mi mandante percibiría con la ejecución del contrato.
- La suma de OCHO MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$8'200.000), por concepto de los gastos efectuados por mi mandante, en materiales y estudios para la ejecución del contrato.

**TERCERA.** Que se condene al Departamento del Casanare a pagar a mi poderdante el valor de los intereses moratorios correspondientes a las sumas de dinero consignadas en el numeral anterior, a razón del doble de los intereses bancarios corrientes, desde el 18 de junio de 1996, hasta tanto se verifique efectivamente el pago. Según lo consagrado en el art. 4, numeral 8 de la ley 80 de 1993, y el art. 1 del Decreto 679 de 1994.

**CUARTA.** Que se ordene la actualización de la sentencia teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor en el país.

**QUINTA.** Las sumas liquidadas de dinero reconocidas en la sentencia, devengarán intereses comerciales durante los seis (06) meses siguientes a su ejecutoria, y moratorios después de este término. (fls. 5 y 6, cd. ppal)

## 1.2. Los Hechos.

Como fundamentos fácticos de la demanda se expusieron, en síntesis, los siguientes:

- a) El Departamento de Casanare y la empresa demandante celebraron el 18 de junio de 1996, el contrato de obra No. 395 de 1996, cuyo objeto consistía en ejecutar por el sistema de precios unitarios fijos, las obras para la electrificación de las veredas: Pozo, Trinidad 7, Maporal, Patagonia, Los Patos, Milagro, Guamal, Matapalo, El Valle; en la jurisdicción Municipal de Trinidad- Casanare. El valor del contrato se pactó en \$79'999.165; el 50% de

dicho valor sería pagado a título de anticipo una vez estuviere perfeccionado y el valor restante mediante actas parciales de obra.

- b) En varias oportunidades la empresa demandante solicitó al Departamento, copia del contrato para proceder a cumplir los requisitos de ejecución, pero ésta no le fue expedida, en su lugar la Administración respondió que el contrato no pudo ser legalizado por quebrantar normas legales y, posteriormente, expidió la Resolución No. 00199 de 10 de febrero de 1997, mediante la cual el Gobernador del Casanare dio por terminado el contrato y ordenó su liquidación con fundamento en los artículos 44-2 y 45, inciso 2º de la Ley 80 de 1993.
- c) En el citado acto administrativo se adujo que aunque el contrato fue celebrado, no se le hizo la anotación en el registro contable, al haberse detectado irregularidades en el procedimiento de contratación, circunstancia que impedía su ejecución. Entre las irregularidades se mencionó la falta de fecha en la propuesta y la ausencia de los planos y diseños definitivos para la ejecución de la obra.
- d) Ante la certeza de la celebración del contrato la empresa demandante incurrió en varios gastos que sumados ascienden a \$8'200.000; además, había previsto obtener una utilidad del 30% del valor del contrato, equivalente a \$ 23'999.749.
- e) Consideró que los errores esgrimidos por la entidad departamental como constitutivos de ilegalidad del contrato, son atribuibles a ella misma, además de no corresponder a la supuesta causal de celebración del contrato contra expresa prohibición legal, razón por la cual señaló que el acto estuvo falsamente motivado y su expedición se hizo con desviación de poder. (fls. 1 a 5, cd. ppal)

### **1.3. Normas violadas y concepto de violación.**

Como normas violadas del orden constitucional y legal, la parte actora refirió las siguientes:

De la Constitución Política: Artículos 1º 2º, 6º, 13 y 25; de la Ley 80 de 1993: artículos 1, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 17, 41, 44, 45, 46 y 50.

Como sustento de la violación, afirmó que la Administración al expedir el acto impugnado incumplió la obligación constitucional de hacer efectivos los principios y garantías constitucionales, concretamente el de igualdad al trabajo.

Seguidamente hizo algunos comentarios a los textos de la Ley 80 de 1993 y precisó lo siguiente: i) La empresa demandante no estaba incurso en inhabilidad alguna para celebrar el contrato; ii) No se dieron los requisitos exigidos por la ley para declarar la terminación unilateral del contrato; iii) El contrato celebrado se perfeccionó con la firma de las partes contratantes; iv) La causal que adujo el Departamento para declarar la terminación unilateral del contrato no se configuró, puesto que los errores cometidos por la Administración no constituyen prohibición legal para la celebración del contrato y si éstos se cometieron son atribuibles exclusivamente a ella; iv) La administración es responsable por sus actuaciones y abstenciones antijurídicas que causen un perjuicio a sus contratistas según los dictados del artículo 50 de la Ley 80 de 1993. (fls.6 a 10, cd. ppal).

#### **1.4. Actuación Procesal.**

Mediante auto de 18 de julio de 1997, el Tribunal Administrativo del Casanare admitió la demanda, ordenó su notificación personal al Gobernador del Departamento y al Agente del Ministerio Público y dispuso la fijación en lista. Igualmente reconoció personería al apoderado judicial de la empresa demandante (fls. 40, cd. ppal).

El proceso se abrió a pruebas, por auto de 5 de septiembre de 1997. (fls. 68 a 69, cd. ppal.)

#### **1.5. Contestación de la demanda.**

Debidamente representado a través de apoderado judicial, el departamento contestó la demanda en la oportunidad que dispone la ley, oponiéndose a los hechos y pretensiones de la demanda, con los argumentos que se resumen a continuación:

- a) Preciso que los gastos que el contratista adujo haber efectuado hacían parte de la presentación de la propuesta y en manera alguna podían ser imputados a gastos efectuados durante la ejecución del contrato, toda vez que dicha etapa no podía iniciarse sin el respectivo registro presupuestal el cual no se hizo, como tampoco se efectuó la publicación del contrato ni la constitución de la garantía única, de tal suerte que si el contratista incurrió en las erogaciones que señala, ello hace parte del riesgo que quiso asumir por su propia cuenta.
- b) Sostuvo que la utilidad contenida en la propuesta fue del 10% y no del 30% reclamado en la demanda; adicionalmente, señaló que el contratista también podía incurrir en causal de inhabilidad cuando celebraba un contrato a sabiendas de la vulneración de normas de contratación estatal, situación que podía dar lugar a un evento de culpa compartida con lo cual se disminuiría el monto de una presunta condena.
- c) Afirmó que el Departamento tenía facultad para dar por terminado el contrato por cuanto éste había sido celebrado contra expresa prohibición legal, toda vez que se vulneraron los principios de transparencia y selección objetiva, amén de que la Administración no contaba con planos y diseños para la ejecución de la obra.

Como excepciones propuso las que denominó:

*“Legalidad del acto administrativo de terminación del contrato No. 395 de 1996”,* porque la Resolución No. 199 estuvo ajustada a derecho al haber sido expedida en ejercicio de la potestad contenida en los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, con fundamento en que el contrato se celebró con violación de los principios de transparencia y selección objetiva.

*“Falta de presupuesto de procedibilidad de haber constituido previamente en mora al Departamento de Casanare para solicitar el pago de unos presuntos perjuicios (art. 1615 C.C.)”* toda vez que si el demandante pretende el pago de perjuicios como consecuencia de la nulidad del acto, previamente debió constituir en mora al Departamento, según los dictados de los artículos 1614 y 1615 del C.C.

*“Cobro de lo no debido”*; que hace consistir en el hecho de que el contratista hizo gastos que correspondían a la etapa de ejecución del contrato, sin que se hubieran cumplido los requisitos para que se diera tal ejecución.

*“Presuntas obras y servicios son de carácter extracontractual y no contractual”*: excepción que sustenta con el mismo argumento de la anterior excepción.

*“Falta de jurisdicción”*: que sustenta en el hecho de que según lo pactado en el contrato, las diferencias que se suscitaban en el contrato debían ser sometidas al conocimiento de árbitros. (fls. 56 a 63, cd. ppal.)

#### **1.6. La audiencia de conciliación.**

El 28 de abril de 1998, se realizó la audiencia de conciliación, diligencia en la cual se reconoció personería al apoderado de la entidad demandada, quien manifestó no tener autorización para presentar propuestas de conciliación pero que eventualmente podría reconocerse la utilidad; sin embargo, la demandante solicitó que se le reconocieran también los gastos realizados, ante lo cual el apoderado del Departamento manifestó que no era factible llegar a un acuerdo de esta naturaleza. (fl. 76 a 77, cd. ppal.)

#### **1.7. La sentencia Apelada.**

El Tribunal Administrativo del Casanare, mediante sentencia dictada el 2 de julio de 1998, denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante; como razones de su decisión expuso las que a continuación se resumen:

- a) Advirtió que la demanda presentaba un defecto, puesto que pretendía la nulidad del acto administrativo que declaró la terminación del contrato, pero que había omitido solicitar la declaratoria de resolución del contrato, no obstante esta situación, señaló que en virtud de la primacía del derecho sustantivo sobre el adjetivo entendía que como corolario de la primera súplica, debía estudiarse la terminación del contrato.

b) En cuanto a las excepciones propuestas declaró no probadas, tres de ellas y las dos restantes como probadas, con fundamento en las siguientes razones:

- La de falta de jurisdicción, por cuanto si bien es cierto que en el contrato se pactó cláusula compromisoria, también lo es que el *“contrato no tuvo ejecución y la decisión de darlo por terminado fue de carácter unilateral, con el argumento de que en su celebración se había incurrido en algunas nulidades por inobservancia de disposiciones legales; así las cosas, sería imposible que a través del arbitraje se fueran a negociar las disposiciones presuntamente violadas.”* (fl. 97, cd. ppal)
- La excepción de legalidad del acto administrativo impugnado hace parte del asunto de fondo a resolver.
- En cuanto a la excepción de falta de procedibilidad por no haber constituido previamente en mora al Departamento, señaló que la misma no tiene fundamento por cuanto ésta fue una decisión unilateral que tomó la Administración en la cual ordenó no solo la terminación sino también la liquidación del contrato.
- Sobre la excepción de cobro de lo no debido, señaló que le asistía razón a la demandada y que adicionalmente la jurisprudencia había precisado que en estos casos, tan sólo podía reconocerse la utilidad a la cual aspiraba el contratista.
- La misma respuesta anterior dio a la excepción denominada *“Presuntas obras y servicios son de carácter extracontractual y no contractual”*

c) En lo que atañe al asunto de fondo, por los presuntos vicios que se le endilgan al acto administrativo acusado, entre ellos el de la falsa motivación, precisó el Tribunal que en la escogencia del contratista, aún en los casos de contratación de menor cuantía, debía honrarse el principio de transparencia, según lo ordenado por el Estatuto Contractual y, por tal razón, la Administración estaba en el deber de seguir estrictamente lo consagrado por

el Decreto 855 de 1994, norma que exigía la presentación de por lo menos dos ofertas.

Señaló que el Departamento no cumplió con estos mandatos puesto que las propuestas no tenían fecha de presentación ni de recibo, puesto que en ellas tan sólo se indicaba el mes y año y tampoco existían planos y diseños del proyecto, según se deducía de la prueba aportada al proceso.

Igualmente señaló que en el testimonio recibido al Ingeniero Armando Avellaneda Correa, quien también presentó oferta para la misma convocatoria, manifestó no conocer la forma como se invitó a la firma ECELEC, al procedimiento de selección, con lo cual se evidenciaba una franca contradicción con el documento o propuesta presentado ante la Administración Departamental, circunstancias que hacían dudar de la seriedad con que se llevó a cabo la invitación y llevaba a concluir que el trámite se adelantó en forma irregular.

Con base en lo anterior, el Tribunal encontró justificada la decisión de la Administración Departamental contenida en el acto administrativo acusado por no haberse cumplido con el principio de transparencia y precisó que la misma se encontraba ajustada a la legalidad. (Fls. 96 a 103, cd. ppal 1).

### **1.8 El recurso de apelación.**

Inconforme con la decisión, la empresa demandante, representada mediante apoderado y dentro del término que para el efecto prescribe la ley, apeló la sentencia; en la sustentación del recurso solicitó su revocatoria para que, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda. Como argumentos de la impugnación expuso los siguientes:

- a) En la sentencia apelada, el Tribunal no se refirió al problema de legalidad del acto administrativo puesto que su análisis se redujo al testimonio rendido por el Ingeniero Avellaneda, sin tener en cuenta que la jurisprudencia del Consejo de Estado reiteradamente ha manifestado que las entidades públicas no pueden causar perjuicios a los particulares con sus actuaciones erradas o equivocadas y si ha existido algún error en la celebración del contrato éste es

atribuible a la propia Administración y, por lo tanto, el contratista no tiene por qué soportar los perjuicios de sus actuaciones.

- b) Se encuentra probado que el Departamento del Casanare expidió ilegalmente el acto administrativo que se acusa y también está probado que el contratista efectuó gastos como consecuencia del contrato celebrado, por lo tanto, no puede ser castigado por este hecho.
- c) Las causales de terminación unilateral del contrato se encuentran expresamente contenidas en la Ley 80 de 1993, pero en el caso concreto no se configuró ninguna de ellas, no obstante el Tribunal omitió examinar este aspecto y tan sólo se limitó a analizar el testimonio del citado ingeniero.
- d) La sentencia judicial debe dictarse con fundamento en los hechos y pruebas válidamente aportadas al proceso. (fls 109 a 110, cd ppal).

#### **1.9. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio público.**

Vencido el término del traslado para alegar y rendir concepto, las partes y el Ministerio público guardaron silencio.

### **2. CONSIDERACIONES DE LA SALA.**

La controversia sometida a conocimiento de la Sala gira en torno a la legalidad del acto administrativo mediante el cual el Departamento de Casanare declaró la terminación unilateral del contrato No. 395 de 1996, celebrado entre este Departamento y la empresa ECELEC LTDA., demandante en el presente proceso y se ordenó su liquidación, por encontrar que se había incurrido en un vicio de nulidad al celebrarse el contrato contra expresa prohibición legal.

Para despachar los cargos, la Sala adelantará el examen del asunto siguiendo el siguiente derrotero: *i)* La competencia de la Sala; *ii)* El acto administrativo acusado; *iii)* La causal de nulidad absoluta del contrato contenida en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993; *iv)* La facultad de la Administración para declarar la terminación unilateral del contrato con fundamento en el artículo 45 de

la Ley 80 de 1993; **v)** La falsa motivación del acto administrativo; **vi)** El acatamiento de los principios orientadores de la contratación estatal, en la selección del contratista mediante el procedimiento de contratación directa; **vii)** Los planos y diseños como requisito en la contratación adelantada por el Estado; **viii)** Los hechos probados; **ix)** El caso concreto; **x)** La indemnización de perjuicios reclamada por la actora.

## **2.1. La competencia de la Sala.**

La Sala es competente para conocer, en segunda instancia, del presente proceso proveniente del Tribunal Administrativo del Casanare, por vía de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, en la forma en que fue modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.

Cabe precisar que aunque en la cláusula sexta del contrato 395 de 1996, se pactó que las diferencias que se suscitaran en el contrato serían definidas por árbitros, el asunto sometido a conocimiento de la Sala versa sobre la legalidad del acto administrativo que declaró la terminación unilateral del contrato, materia que compete exclusivamente al Juez de lo Contencioso Administrativo según lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia <sup>1</sup>

## **2.2. El acto administrativo acusado.**

El Departamento del Casanare expidió la Resolución No. 0199 de 10 de febrero de 1997, por la cual se dio por terminado el contrato No. 395 de 1996, celebrado entre dicho departamento y la firma ECELEC LTDA y se ordenó su liquidación .

Las razones expuestas por el Gobernador del Departamento, en la parte motiva de la citada Resolución, dan cuenta de la existencia de vicios en el procedimiento de selección del contratista, los cuales se concretan en los siguientes puntos:

---

<sup>1</sup> Sobre el tema pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias: **Corte Constitucional:** Sentencias C- 42 de 1991; C-431 y C- 294 de 1995; C-242 de 1997 y C- 1436 de 2000. **Consejo de Estado, Sección tercera:** Sentencias de 23 de febrero de 2000, Exp.16394; de 8 de junio de 2000, Exp. 16973; de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090; de 20 de mayo de 2004, Exp.25154; de 11 de marzo de 2004, Exp. 25021; de 10 de marzo de 2005, Exp. 27946.

*“Que entre esos vicios estaba el de que la propuesta y las contrapropuestas no tenían fecha de presentación por el contratista, ni de recibido por la Entidad estatal, lo que configura ambigüedad e imprecisión en el trámite de las propuestas, que debían ser presentadas dentro de perentorios términos legales según la Ley 80 de 1993 y el Decreto 855 de 1994, artículo 3º.*

*“Que tampoco existían diseños o planos previos para la ejecución de la obra y en ninguna parte del contrato se pactó que ella se haría con los propios del contratista. Art. 25, numeral 12 Ley 80 de 1993.”*

*“De lo anterior es menester concluir que el contrato 395 de 1996, suscrito entre el Departamento de Casanare y la firma Construcciones Eléctricas ECELEC LTDA fue suscrito contra expresa prohibición legal, por lo que se halla incurso en vicios de nulidad y procede su terminación administrativa conforme a lo establecido en los artículo 44 numeral 2º y segundo inciso del artículo 45 de la Ley 80 de 1993.*

(...)

*“Que de conformidad con las normas citadas, la ley le impone la obligación al Jefe o Representante de la entidad contratante de dar por terminado el contrato mediante acto administrativo motivado, debiendo proceder a su liquidación en el estado en que se encuentre” (fls. 37 a 38, cd. ppal)*

Del texto transcrito claramente se infiere que la Administración Departamental, decidió dar por terminado el contrato No. 395 de 1996, cuyo objeto consistía en la ejecución de las obras para la electrificación de las veredas Pozo, Trinidad 7, Maporal, Patagonia, Los Patios, Milagro, Guamal, Matapalo, El Valle, en el Municipio de Trinidad- Casanare.

Las razones que motivaron esta decisión fueron: i) la falta de fecha de radicación en las propuestas y ii) la ausencia de planos y diseños para la ejecución del proyecto; supuestos fácticos que en criterio de la entidad estatal configuraron la causal de nulidad absoluta del contrato, prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor *“los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: (...) 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.”*

Resulta determinante establecer si los supuestos de hecho indicados en el acto administrativo los cuales sirvieron de fundamento al Gobernador del Departamento para dar por terminado unilateralmente el contrato, realmente ocurrieron y si los mismos configuran la causal de nulidad consagrada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

### **2.3. La causal de nulidad absoluta del contrato contenida en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.**

Previo al examen de la causal de nulidad consagrada en el artículo 44-2 de la Ley 80 de 1993, conviene precisar que para que el contrato estatal nazca a la vida jurídica en condiciones de validez<sup>2</sup>, esto es, ajustado al ordenamiento jurídico, se requiere del cumplimiento de una serie de requisitos establecidos en las normas del derecho común<sup>3</sup> pero también de ciertas formalidades impuestas por la ley<sup>4</sup> para tal tipo de contratos celebrados por el Estado.

Así la Ley 80 de 1993, norma que tiene por objeto disponer las reglas y principios que regulan los contratos de las entidades estatales consagra algunas formalidades cuya observancia es indispensable para que los contratos nazcan válidamente al mundo del derecho.

De la interpretación sistemática de las normas contenidas en el derecho privado y de aquellas previstas en la ley de contratación estatal, para que el contrato celebrado por el Estado se encuentre ajustado a la legalidad debe reunir los siguientes requisitos: i) la capacidad de las partes: aptitud que para la Administración pública equivale a la competencia del funcionario que suscribe el contrato, la cual deviene de la ley y, para el particular contratista, a la

---

<sup>2</sup> "La validez es también un estado del contrato, pero de adecuación jurídica desde el procedimiento de su formación y hasta en los elementos de existencia al momento de su celebración; si no se da esa adecuación de validez en su formación y de cada uno de los elementos orgánicos para la conformación del contrato, éste contiene un vicio de nulidad que puede dar lugar a que judicialmente se invalide (arts. 78 y 79 decreto ley 222 de 1983). De lo dicho se concluye que sólo la falta de "validez" (cualidad jurídica de adecuación al ordenamiento jurídico desde la iniciación del procedimiento hasta al momento de la celebración del contrato) es la que puede dar lugar a la declaratoria de nulidad. Las otras faltas de adecuación al ordenamiento jurídico posteriores a la celebración del contrato no originan nulidades; esas faltas posteriores son: -el no perfeccionamiento y -la ausencia de requisitos para su ejecución. Se caracterizan porque, como ya se dijo, son sobrevinientes a la celebración del contrato y acarrear o imposibilitan su ejecución." (Sentencia de 12 de octubre de 2000, Exp. 13097)

<sup>3</sup> El artículo 1502 consagra los siguientes requisitos para que un contrato se forme y sea válido, entre ellos:

- a) Que el sujeto sea legalmente capaz
- b) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
- c) Que recaiga sobre un objeto lícito
- d) Que tenga una causa lícita.

<sup>4</sup> Ley 80 de 1993 y las normas que la reglamentan.

capacidad de obrar o de ejercicio<sup>5</sup> entendida como el poder de realizar actos con eficacia jurídica, bien que se trate de persona natural o de persona jurídica; ii) el cumplimiento estricto de los procedimientos de selección del contratista; iii) la licitud del objeto y de la causa y, iv) el consentimiento libre de vicios y v) que no se haya celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal.

El artículo 46 de la Ley 80 de 1993, prescribe que los demás vicios que se presenten en los contratos, es decir, aquellos diferentes de los consagrados en el artículo 44 ibídem, serán constitutivos de nulidad relativa y podrán sanearse, bien por ratificación expresa de los interesados o por el simple transcurso del tiempo, fijado en el término de dos (2) años que se contarán a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio.

Con el fin de preservar el principio de legalidad, el interés general, el orden público y de otorgar seguridad jurídica, la ley ha previsto algunas situaciones como constitutivas de nulidad absoluta de los contratos estatales.

Las causales de nulidad absoluta del contrato, como en todo régimen de sanciones son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, razón por la cual respecto de ellas no cabe la aplicación por analogía, lo cual impone que se encuentren expresamente previstas en la ley.

El artículo 44 de la Ley 80 de 1993, a más de las causales de nulidad absoluta previstas en el derecho común, consagra de manera expresa cinco causales que conllevan a la nulidad absoluta del contrato, norma cuyo texto literal es el siguiente:

---

<sup>5</sup> El artículo 1503 del Código Civil, prescribe: "PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD. " Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces. Y el artículo 1504 dispone: "INCAPACIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito.\* Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad\* y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. (Inciso 3o. modificado por el artículo 60 del Decreto 2820 de 1974)

\*[La Expresión "por escrito" que se encuentra subrayada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-983 de 13 de Noviembre de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño]

**Artículo 44. De las causales de nulidad absoluta.** Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

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

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

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

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

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

Del contenido de dicho precepto legal se evidencia, que la Ley 80 de 1993, al establecer el régimen de nulidades absolutas del contrato estatal tomó como propias aquellas que se encuentran previstas en el derecho común, e igualmente estableció otras adicionales, privativas o específicas de la contratación estatal, lo cual impone acudir a las regulaciones de la ley civil a fin de consultar su contenido y finalidad y de esta manera apreciar en forma integral el régimen de causales de nulidad absoluta aplicable a los contratos del Estado.

Se advierte que el artículo 6º del C.C., consagra la causal de nulidad de los actos ejecutados contra expresa prohibición legal; el texto de la norma es el siguiente: “En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.

Por su parte el artículo 1741 de la misma codificación, prescribe la nulidad absoluta de los actos y contratos, derivada del objeto o causa ilícita y de la pretermisión de formalidades previstas en la ley para su validez: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas...”

A su vez el Código Civil precisa en varios de sus artículos las situaciones en las cuales se presenta ilicitud en el objeto<sup>6</sup> así:

Artículos 1519: “*Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto*”.

Artículo 1523: “*Hay objeto ilícito cuando los actos jurídicos se encuentren prohibidos por las leyes.*”

De conformidad con la legislación civil la nulidad absoluta de los actos o contratos pueden tener origen en: i) la celebración contra expresa prohibición legal; ii) la omisión de algún requisito que según la ley resulta esencial para el valor de los mismos; iii) la presencia de objeto o causa ilícita; teniendo como ilicitud en el objeto, la contravención de normas que forman parte del derecho público o la celebración de actos jurídicos prohibidos por la ley, caso éste último que lleva al primer supuesto constitutivo de esta clase de nulidad.

Como quiera que el acto administrativo de terminación unilateral del contrato, cuya legalidad se cuestiona, fue fundamentado en la causal consagrada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, norma según la cual, los contratos del Estado son absolutamente nulos cuando “se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”, la Sala abordará el estudio de esta precisa causal.

La jurisprudencia de la Sala se ha ocupado de precisar el contenido y alcance de la causal contenida en el artículo 44-2 del Estatuto de Contratación, referida a la “*celebración de contratos contra expresa prohibición constitucional y legal*”, con el fin de impedir que se hagan interpretaciones que no corresponden al verdadero sentido que quiso darle el legislador.

---

<sup>6</sup> El artículo 1521 también señala que “*Hay un objeto ilícito cuando se enajenan cosas que no están en el comercio, como los bienes de uso público; cuando se enajenan derechos y privilegios que no pueden transferirse a otra personas, como en los bienes gravados, o con limitaciones en el ejercicio de la propiedad; o en la disposición de cosas embargadas por decreto judicial.*”

Así en sentencia de 2 de mayo de 2007<sup>7</sup> determinó que para que se configurara esta causal de nulidad absoluta del contrato, se requería de dos presupuestos, de una parte, *“la violación del régimen de prohibiciones consagrado en **normas constitucionales o en normas legales o en cualesquiera otras con fuerza de ley**; por lo tanto, la violación de otro tipo de normas en cuanto no tengan rango constitucional o carezcan de fuerza de ley, no genera vicio de nulidad en el contrato”*, y de otra, *“que la prohibición establecida en la Constitución Política o en la Ley debe ser **expresa.**”*

Igualmente, precisó en la misma sentencia, que *“la violación a las normas constitucionales o legales, en la celebración de un contrato, acarrea como consecuencia la nulidad absoluta del contrato celebrado en tales condiciones, por cuanto toda vulneración del ordenamiento jurídico da lugar a la ilegalidad de los actos; pero no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos da lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que fueron señalados: violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa o explícita.”*

En anterior oportunidad la Sala había determinado que *“no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato “... contra expresa prohibición constitucional o legal.” Es necesario analizar, en cada caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente”*<sup>8</sup>

Sobre el particular, la Sala, en sentencia de 29 de agosto de 2007, Exp. 15324, se ocupó de establecer si la prohibición general en materia contractual, consagrada en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80, se enmarcaba dentro de la causal de nulidad absoluta consagrada en el citado numeral 2º del artículo 44 de la misma Ley 80.

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 2 de mayo de 2007, Exp. 15599, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp. 31480.

Sobre el contenido, alcance y límites de la prohibición consagrada en el artículo 24-8 de la Ley 80 de 1993 la Sala precisó lo siguiente:

*“Ahora bien, resulta pertinente establecer si la prohibición general que en materia contractual contiene el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80, enmarca dentro de la causal de nulidad absoluta consagrada en el citado numeral 2º del artículo 44 de la misma Ley 80.*

*El artículo 24-8 de la Ley 80 reza así:*

*“Las autoridades **no actuarán con abuso o desviación de poder** y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en esta ley. Igualmente les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos establecidos en el presente estatuto.” (Resaltado fuera del texto).*

*Si bien es cierto que el texto legal transcrito consagra una prohibición expresa y genérica, en cuya virtud se limitó a las autoridades administrativas, de manera categórica, la posibilidad de que en materia contractual actúen con abuso o desviación de poder, para la Sala resulta evidente que en aquellos eventos en los cuales se verifique que la celebración del correspondiente contrato estatal estuviere afectada o viciada, precisamente, por abuso o desviación de poder, en realidad no se configuraría la causal de nulidad absoluta consagrada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino aquella que recoge el numeral 3º de esa misma disposición legal.*

*La anterior conclusión encuentra fundamento en dos razones que la Sala estima suficientes, en el presente asunto, para efectuar la distinción anotada.*

*En efecto, de un lado resulta claro que el criterio de especificidad obliga a preferir la aplicación de la causal de nulidad absoluta consagrada en el numeral 3º, por sobre la causal del numeral 2º, ambas del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que éste último hace referencia, de manera genérica y abstracta, a la violación de cualquier prohibición constitucional o legal, al paso que el mencionado numeral 3º se edifica sobre una situación que, para la situación que ahora se analiza, resulta especial frente a aquella, puesto que contempla de manera exacta la celebración del contrato con abuso o desviación de poder.*

*De otro lado se tiene que el efecto útil, como criterio de interpretación normativa, también obliga a adoptar esa conclusión, puesto que si se asumiere que en la causal de nulidad absoluta de los contratos estatales establecida en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, referida a la celebración de contratos contra expresa prohibición constitucional o legal, ya estaría inmersa o incorporada la celebración de contratos públicos con abuso o desviación de poder, todo porque ese proceder se encuentra expresamente prohibido por la ley en el transcrito numeral 8 del artículo 24 del Estatuto de Contratación Estatal,*

*habría que concluir entonces que el también referido numeral 3º del artículo 44, que recoge como causal autónoma de nulidad absoluta de los contratos estatales la celebración de los mismos con abuso o desviación de poder, dejaría de generar efectos y nunca habría lugar a su aplicación, todo por la sencilla razón de que cualquiera de los casos que ese numeral contempla deberían tenerse como subsumidos en la causal anterior, esto es en la del numeral 2º.*

*La conclusión a la cual ha arribado la Sala encuentra apoyo adicional en una consideración más, consistente en destacar que las prohibiciones expresas que, de manera imperativa, recoge el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80, según las cuales las autoridades administrativas no actuarán con desviación o abuso de poder y no podrán eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el Estatuto de Contratación Pública, por su contenido genérico y abstracto no están prohibiendo, de manera expresa y concreta, la celebración de un determinado contrato como se requeriría para que su violación o desconocimiento configure la causal de nulidad absoluta establecida en el aludido numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80.*

*Lo anterior no significa, en modo alguno, que puedan considerarse válidas o lícitas las conductas de las autoridades administrativas mediante las cuales se desconozcan las prohibiciones expresas que trae la Ley 80 de 1993 en su artículo 24-8, puesto que es evidente que la pretermisión de las mismas también ha de viciar de nulidad absoluta el correspondiente acto o contrato; lo que aquí se examina y discute dice relación, exclusivamente, con la identificación de la causal específica que habrá lugar a invocar y a aplicar en cada caso particular, cuestión que cobra importancia en atención a las facultades que la ley ha otorgado a la Administración, según que se configure una u otra causal.*

*En efecto, cuando el hecho constitutivo de nulidad se enmarca dentro de la causal prevista en el numeral 2º del artículo 44, la propia ley impone al Jefe de la Entidad Estatal el deber de dar por terminado el contrato, de manera unilateral, en el estado en que se encuentre, mientras que si tales hechos resultan constitutivos de la causal prevista en el numeral 3º ibídem, la Administración no podrá ejercer esta facultad y tan solo podrá acudir por vía judicial a demandar la nulidad absoluta del contrato.*<sup>9</sup> (Subrayado fuera del texto)

A la Luz de estos lineamientos se concluye que la Administración no podrá invocar la causal de nulidad prevista numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, para declarar la terminación unilateral del contrato, cuando quiera que se ha presentado la vulneración del ordenamiento jurídico por la omisión de

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, Exp. 15324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

cualquier requisito o formalidad establecida por la ley para el procedimiento de la selección objetiva del contratista o de los demás requisitos establecidos en el Estatuto de contratación, puesto que la prohibición contenida en el artículo 24-8 de la Ley 80, en realidad se ubica dentro de la causal 3ª del artículo 44 ibídem, referida a la celebración del contrato con abuso y desviación de poder y no dentro de la causal 2ª, cuando el contrato se celebra contra expresa prohibición legal.

A lo anterior se agrega, que del contexto del numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, debe deducirse su necesaria correspondencia con el artículo 24.8 ibídem, como lo impone la interpretación sistemática de las normas del ordenamiento jurídico con el fin de otorgarles el sentido, finalidad y efecto que pretende darles el legislador. En otras palabras, las normas referidas no pueden interpretarse como si regularan temas independientes, con distinta finalidad, sino todo lo contrario, pues al intérprete le corresponde examinar su relación directa y consecencial, lo cual necesariamente conduce a entender que cuando los funcionarios eluden los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos y deberes indicados por la ley, pueden incurrir en abuso o desviación de poder al apartarse de los fines que se buscan con la contratación, que no son otros que el interés público y el bienestar de la comunidad, circunstancias que a la luz del citado Estatuto Contractual del Estado, configura la causal de nulidad absoluta del contrato consagrada en el numeral 3º del artículo 44.

#### **2.4.- La facultad de la Administración para declarar la terminación unilateral del contrato con fundamento en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.**

En materia de contratación, el legislador ha investido a las entidades estatales de ciertas potestades excepcionales, concebidas como medios de los cuales dispone la Administración para asegurar el cumplimiento del objeto contractual y por ende de los fines buscados con la contratación.

El artículo 14<sup>10</sup> de la Ley 80 de 1993, en su numeral 1º establece la potestad excepcional de las entidades estatales para interpretar, modificar o terminar

---

<sup>10</sup> El artículo 14 de la Ley 80 de 1993, dispone: "**ARTÍCULO 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

unilateralmente los contratos estatales, mediante actos administrativos debidamente motivados que serán susceptibles de impugnación mediante el recurso de reposición y por vía judicial mediante la acción contractual.

La misma norma en su numeral 2º establece la obligatoriedad de pactar en los contratos estatales, cláusulas excepcionales al derecho común, de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad del contrato, cuando dichos contratos tengan por objeto la explotación de un monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado, o cuando se trate de un contrato de obra.

Así el artículo 17<sup>11</sup> de la citada Ley 80, consagró la potestad de las entidades del Estado para terminar anticipadamente y de manera unilateral, el contrato

---

*1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.*

*En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.*

*Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.*

**2o.** *Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.*

*Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.*

*En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignent expresamente."*

<sup>11</sup> La norma es del siguiente tenor literal: "**ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL.** La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

- 1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
- 2o. <Aparte subrayado del numeral 2o. **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE**> Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
- 3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
- 4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.  
*Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.*

celebrado con un particular, mediante la expedición de un acto administrativo debidamente motivado, cuando el servicio público o la situación de orden público así lo requiera, como también, cuando sobrevengan situaciones que recaen directamente sobre el contratista, las cuales impiden o dificultan continuar con su ejecución.

Por su parte el artículo 18<sup>12</sup> del mismo estatuto contractual, establece la potestad de la Administración para declarar la caducidad del contrato cuando se presenten hechos constitutivos de incumplimiento por parte del contratista, que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencien que puede conducir a su paralización, voluntad que se manifiesta mediante acto administrativo debidamente motivado en el cual se dará por terminado el contrato y se ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

Además de las potestades consagradas en las normas precedentes, el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, otorga al representante de la entidad pública contratante, como funcionario a quien compete la celebración de los contratos estatales, la facultad de dar por terminado unilateralmente el contrato, cuando quiera que en él se presente una de las casuales de nulidad absoluta del contrato, previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 ibídem, terminación que se materializa mediante la expedición de un acto administrativo motivado.

La norma es del siguiente tenor literal:

---

*La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.*

<sup>12</sup> **“ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS.** La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

*En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.*

*Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.*

*La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.*

**“Artículo 45.** De la nulidad absoluta: La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

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

El inciso segundo de la norma legal transcrita consagra el deber legal para el representante legal de la entidad contratante, de dar por terminado el contrato de manera unilateral y proceder a su liquidación en el estado en que se encuentre, cuando se presente alguna de las precisas causales de nulidad absoluta del contrato que prevé la ley como determinantes de la declaratoria de terminación unilateral del contrato, esto es cuando los contratos se celebraron con violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o contra expresa prohibición constitucional o legal, o cuando se han declarado nulos los actos que sirvieron de fundamento para su celebración.

Esta forma de terminación unilateral del contrato constituye una facultad excepcional de la Administración en preservación del interés público cuando quiera que se haya vulnerado el ordenamiento jurídico por la celebración de un contrato que presenta vicios constitutivos de nulidad absoluta, pero tal facultad no puede convertirse en arbitrariedad, puesto que el jefe o representante legal de la entidad deberá materializar su voluntad de terminación, mediante la expedición de un acto administrativo, el cual deberá estar debidamente motivado esto es, contar con fundamentos probatorios suficientes que demuestren la ocurrencia del hecho invalidante del contrato y den certeza de que en realidad se incurrió en una de las precisas causales de nulidad absoluta del contrato anteriormente citadas.

Si se presentara un vicio diferente de los consagrados en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, es decir, cuando los hechos son constitutivos de alguna de las otras dos causales establecidas en la citada norma, el representante de la entidad estatal no estaría facultado para declarar la terminación unilateral del contrato, no obstante la existencia de una nulidad

absoluta, puesto que la ley no le da tales prerrogativas; en esos precisos eventos, solo podrá intentarse la acción contractual de nulidad absoluta del contrato.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al referirse a la facultad de la Administración para ordenar la terminación unilateral del contrato como consecuencia de haberse configurado las causales de nulidad absoluta, previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del Estatuto Contractual, precisó lo siguiente:

*“Si bien la nulidad, esto es, la declaratoria de pérdida de validez del contrato o de alguna de sus cláusulas es materia de definición jurisdiccional<sup>13</sup>, como quiera que la ley ha radicado bajo la competencia del juez administrativo la decisión sobre la nulidad absoluta o relativa del contrato celebrado por las entidades estatales (Código Contencioso Administrativo arts. 87 y 136 numeral 10. letras e) y f)), el legislador ha impuesto a la administración el deber legal de dar por terminado el contrato estatal, según el artículo 45 inciso 2º de la ley 80, mediante acto administrativo debidamente motivado del jefe o representante legal de la entidad respectiva, cuando se presenten los hechos prefijados en los numerales 1o., 2o. y 4o. del citado artículo 44. Además, se ordena la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre.*

*En estos eventos, señalados expresamente por la ley y correspondientes a algunas de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, la entidad debe acudir a sus atribuciones excepcionales para dictar actos administrativos unilaterales, adicionales a aquellos que la ley prevé para la terminación unilateral de los contratos.*

*En la actividad contractual de las entidades estatales, como es propio en este tipo de relaciones en que concurren voluntades para la creación de obligaciones, procede el ejercicio de la autoridad administrativa manifestada en forma unilateral mediante la expedición de actos administrativos debidamente motivados, susceptibles de impugnación por vía gubernativa y del ejercicio de las acciones contenciosas pertinentes (nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y contractual), de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo (art.87) y ley 80 de 1993 (art.77).*

*Como la entidad estatal tiene la dirección general, el control y vigilancia administrativos de la ejecución del contrato, ella puede interpretar los documentos y estipulaciones contractuales, modificar los contratos y “cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado”, con el objeto de evitar*

---

<sup>13</sup> “La nulidad de un acto o contrato es en el derecho colombiano un asunto de definición jurisdiccional. Es el juez del contrato (administrativo o civil) o del acto administrativo el que puede anularlo por razones de ilegalidad. Si la administración lo hace queda la decisión viciada de incompetencia”. (Sentencia de 10 del julio de 1990. Sección Tercera del Consejo de Estado. Exp.5.782).” (Nota original del concepto.)

la paralización o afectación grave de un servicio público y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación (ley 80 de 1993, art. 14.1.).

La procedencia de la expedición del acto administrativo de terminación unilateral y anticipada del contrato estatal está prevista por el legislador cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga; por muerte o incapacidad física permanente del contratista si es persona natural, por disolución de la persona jurídica del contratista; por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista o por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten el cumplimiento del contrato (art. 17).

Ha dicho la Corte Constitucional, sobre la previsión legal de la terminación unilateral del contrato:

*“ En cuanto hace a la terminación unilateral del contrato, la ley 80 de 1993 establece los casos en que ésta podrá darse, ya que la administración expresa el interés público y éste debe prevalecer en caso de conflicto con el interés contractual y meramente económico; claro está, las correspondientes causales deben ser taxativamente señaladas por la ley, ya que obedecen a circunstancias de interés colectivo, o situaciones sobrevinientes que impiden la continuación en la ejecución del contrato y afectan los derechos de los contratistas”. (Sentencia del 20 de octubre de 1994).*

Fuera de los eventos contenidos en el artículo 17 de la ley 80 de 1993, se acude a la terminación unilateral cuando se presenta alguna de las causales de nulidad absoluta del contrato, que la ley prevé y a las que ya se ha hecho referencia (ley 80 de 1993 artículo 44 numerales 1º, 2º y 4º, y artículo 45 inciso 2º). En este caso, además de constituir un vicio de nulidad declarable por la autoridad judicial para desvirtuar la presunción de validez del acto jurídico contractual, se permite a la administración hacer cesar los efectos jurídicos del contrato viciado, utilizando la modalidad de la terminación unilateral, en ejercicio de sus poderes excepcionales como organismo estatal.

De otra parte, debe advertirse que la administración carece de competencia para declarar la nulidad, total o parcial, absoluta o relativa, de un contrato celebrado por una entidad estatal. Su declaratoria es materia de competencia de la autoridad judicial (Código Contencioso Administrativo arts. 87 y 136 numeral 10. letras e) y f)).

Materia diferente es que la existencia de algunas de las causales establecidas por la ley para provocar la nulidad del contrato estatal, impongan a la administración el deber legal de darlo por terminado, hecho que debe ser cumplido por ésta tan pronto tenga certeza jurídica y fáctica de la configuración de las causales de nulidad que obligan a la terminación, sin perjuicio del ejercicio de la acción contenciosa pertinente incoada incluso por parte de la misma administración, toda vez que al ser parte del contrato está revestida de legitimidad para su ejercicio, al poder ser alegada la nulidad absoluta por las partes

contratantes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona interesada, o declarada de oficio.

Debe distinguirse el carácter imperativo para la administración de dar por terminado el contrato, ante la existencia de causales de nulidad señaladas por la ley, del derecho de acción en el que se faculta a la misma administración, igual que a otras personas, para iniciar la acción pertinente y alegar la nulidad del contrato del que forma o formó parte. Esta facultad para buscar restablecer la legalidad de la gestión contractual es optativa, allí no se conmina imperativamente a la entidad estatal al ejercicio de la acción, como sí ocurre con la obligación de terminar el contrato.

El legislador no condiciona la expedición del acto administrativo de terminación del contrato por existencia de causales de nulidad, al ejercicio de la acción contractual de nulidad, ni viceversa, de modo que el cumplimiento del deber legal o el ejercicio del derecho de acción, se asumen independientemente. En el caso de que se alegue nulidad absoluta el término de caducidad de la acción es de dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento o máximo de cinco cuando el término de vigencia es superior a dos años (Código Contencioso Administrativo art. 136 numeral 10 letras e) y f)), margen de tiempo del que no goza la entidad para la terminación del contrato.

En todo caso, y con prescindencia del mencionado factor temporal de oportunidad procesal, si la entidad estatal tiene por existentes algunas de las causales de nulidad que la obligan a dar por terminado el contrato y, en consecuencia, procede a la expedición del acto administrativo correspondiente, la misma valoración la conduciría, así la ley contractual no la constriña a hacerlo, a incoar la acción contractual de nulidad destinada a obtener la declaratoria judicial correspondiente.”<sup>14</sup>

La Corte Constitucional, en Sentencia T-1341 de 2001, también se pronunció sobre el ejercicio de la potestad excepcional de terminación unilateral de los contratos atribuida a la Administración, cuando se presenten situaciones de nulidad absoluta del contrato. Así discurrió la Corte:

“4.3. En términos generales, las nulidades absolutas constituyen vicios e imperfecciones en las que puede incurrir el proceso de formación de los contratos, de tal gravedad, que impiden que éstos se celebren o se continúen ejecutando. Su declaración pretende proteger el interés jurídico que rodea a la materia contractual, dando lugar a normas imperativas o de orden público que no pueden ser desconocidas ni discutidas por las partes. Por ello, las nulidades absolutas pueden ser demandadas por las partes, el ministerio público y cualquier persona. Además, atendiendo a la afectación que producen en el orden jurídico no son susceptibles de reparación, enmienda o saneamiento por las

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 1º de diciembre de 1999, radicación No. 1230.

*partes; por el contrario, imponen la terminación de forma inmediata del contrato que las contiene.*

*En el caso que se analiza, las nulidades citadas responden a situaciones de orden estrictamente jurídico y por circunstancias particularmente graves de vulneración del ordenamiento jurídico, pues evidencian que el contrato estatal adolece de irregularidades en su configuración, de tal magnitud, que en el evento de permitir su ejecución se estaría propugnando o removiendo el afianzamiento de un atentado contra la regularidad jurídica, desatendiendo los mandatos que regulan la actividad administrativa, entre ellas la actividad contractual.*

*“Las causales de nulidad absoluta que permiten el ejercicio de la potestad excepcional contenida en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, a la cual se viene haciendo alusión, operan cuando la celebración del contrato estatal se efectúa con personas incursoas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, o contra expresa prohibición constitucional o legal o cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente el respectivo contrato. Esto significa que se refieren a situaciones de orden estrictamente jurídico que vicien el contrato, afectando su validez jurídica e impidiendo que se inicie o se continúe ejecutando”.<sup>15</sup>*

En este contexto, se advierte que la finalidad que busca el legislador al instituir las causales de nulidad absoluta del contrato, es la salvaguarda del interés general, el orden público y el interés jurídico, para lo cual dota de potestades a la Administración encaminadas a hacer desaparecer el contrato de la vida jurídica para que dicho acto que nació viciado de nulidad cese en sus efectos, mediante la declaratoria de su terminación unilateral, cada vez que encuentre fundada la existencia de alguna de las causales de nulidad absoluta expresamente previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sin que le sea posible ejercer tales atribuciones en situaciones diferentes a las expresamente previstas en la norma; es decir, cuando las causales sean otras.

## **2.5. La falsa motivación del acto administrativo.**

Como quiera que el cargo formulado contra el acto administrativo mediante el cual se declaró la terminación unilateral del contrato 395 de 1996, se concreta en la falsa motivación del mismo, conviene precisar los aspectos fundamentales del vicio alegado.

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1341 de 11 de diciembre de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

En primer lugar habrá de establecerse que el motivo o causa del acto administrativo corresponde a las circunstancias de hecho y de derecho que en cada caso inducen a su expedición, o la determinan, puesto que la Administración no puede actuar caprichosamente, es por esto que en las actuaciones fundamentalmente regladas, sus actos están casi totalmente determinados de antemano, en cambio en las actividades discrecionales la Administración tiene un margen más o menos amplio para decidir, pero debiendo tomar en cuenta aquellas circunstancias, así como los fines propios del servicio a su cargo.<sup>16</sup>

El artículo 84 del C.C.A.<sup>17</sup> consagra la acción de nulidad para impugnar los actos administrativos cuando se encuentren viciados de nulidad; entre los vicios indicados por la norma se encuentra el de la falsa motivación del acto.

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha ocupado de definir y establecer el contenido y alcance de la falsa motivación del acto administrativo como constitutivo de vicio de nulidad. Así, en sentencia de 8 de septiembre de 2005 precisó lo siguiente:

*“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se entiende que la existencia real de los motivos de un acto administrativo constituye uno de sus fundamentos de legalidad, al punto de que cuando se demuestra que los motivos que se expresan en el acto como fuente del mismo no son reales, o no existen, o están maquillados, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación.*

*En síntesis, el vicio de falsa motivación es aquel que afecta el elemento causal del acto administrativo, referido a los antecedentes de hecho y de derecho que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, facultan su expedición y, para efectos de su configuración, corresponderá al*

---

<sup>16</sup> SAYAGUEZ LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, octava edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, Pág., 444.

<sup>17</sup> ARTICULO 84. ACCION DE NULIDAD. Subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989. Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

*Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.*

*También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro”.*

*impugnante demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad.”<sup>18</sup>*

También ha dicho que la falsa motivación, “*es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad.*

19

En otra oportunidad la jurisprudencia de esta Corporación determinó que se presentaba falsa motivación en el acto administrativo, cuando los motivos esgrimidos en el acto no tenían el carácter jurídico que se les otorgó o no justificaban la medida tomada:

*“... para que una motivación pueda ser calificada de “falsa”, para que esa clase de ilegalidad se de en un caso determinado, es necesario que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el autor les ha dado, o sea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, por una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada<sup>20</sup>.*

En sentencia de 19 de mayo de 1998, puntualizó sobre la falsa motivación de los actos administrativos, lo siguiente:

*“La falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable.”<sup>21</sup>*

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de 8 de septiembre de 2005, Exp. 3644, M.P. Darío Quiñones.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de 4 de marzo de 2000, Exp. 25000 – 23 - 27- 000 – 1998 - 0503 - 01 – 9772, M. P. Daniel Manrique Guzmán.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 21 de junio de 1980, M.P. Álvaro Lecompte Luna.

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda Sentencia de 19 de mayo de 1998, Exp. 10051, M.P. Clara Forero de Castro S.

Los lineamientos jurisprudenciales precedentes esbozan de manera clara que la falsa motivación del acto tiene ocurrencia cuando i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas; iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión.

## **2.6 El acatamiento de los principios orientadores de la contratación estatal, en la selección del contratista mediante el procedimiento de contratación directa.**

La Ley 80, en su artículo 24, consagró el principio de transparencia como orientador de la actividad contractual, en virtud del cual se estableció como regla general para la selección del contratista la licitación o el concurso público y como excepción la contratación directa en aquellos casos específicamente determinados por el legislador.

La contratación directa al igual que toda modalidad de escogencia del contratista que sea adelantada por la Administración estará orientada por los principios inspiradores de la contratación pública y obedecerá a criterios objetivos y de interés público para seleccionar la oferta más conveniente a los intereses de la Administración, sin que motivaciones de índole subjetiva por parte de los funcionarios encargados de adelantar el procedimiento y la adjudicación, sean las determinantes en la contratación.

Así lo consagra el artículo 2º del Decreto 855 de 1994, norma a cuyo tenor: *“En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial el deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993.*

Lo anterior significa que la Administración está obligada, aún en los eventos de contratación directa definidos en la ley, a garantizar la libre concurrencia de los participantes, fijar las bases de participación, determinar los criterios de

evaluación de las ofertas, adelantar los análisis pertinentes de las propuestas presentadas, con criterios de objetividad y transparencia garantizando la igualdad e imparcialidad respecto de los oferentes, con el fin de adjudicar a aquel, cuya propuesta sea la más conveniente para el interés público y la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

Son reiterados los pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre el deber que le asiste a la Administración de acoger los principios de transparencia y selección objetiva, aun en aquellos casos en los cuales adelante la selección del contratista mediante el procedimiento de contratación directa, como a continuación se refieren:

*“La contratación directa, en los términos de la Ley 80 de 1993, se entiende como aquella que celebran las entidades estatales en los casos estrictamente señalados (art. 24 num. 1º), sin necesidad de realizar previamente licitación o concurso y se caracteriza por hacer más simplificado y abreviado el trámite de contratación. **Debe, sin embargo, atender los mismos principios que la ley dispuso para la licitación o concurso** y así lo indica la norma que la reglamenta: **“En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva, establecidos en la ley 80 de 1993”** (art. 2º Decreto 855 de 1994). (Resaltado fuera del texto) <sup>22</sup>*

La Corte Constitucional también se ha pronunciado respecto de la obligatoriedad que le asiste a la Administración de acatar los principios de economía, transparencia, selección objetiva, igualdad y libre concurrencia, cuando adopte como modalidad de selección el procedimiento de contratación directa. Así se pronunció:

*“De igual modo, respecto de la crítica del demandante que tacha la **contratación directa** de exclusionista y, por esa vía, se contraría a la igualdad de oportunidades, tampoco encuentra la Corte que haya un principio de razón suficiente en ese argumento pues, **no es cierto que dicha clase de contratación implique que la entidad estatal contratante pueda inobservar los principios de economía, transparencia y de selección objetiva. Por el contrario, en ella también rigen, para asegurar que en esta modalidad de***

---

<sup>22</sup> Sentencia de 14 de agosto de 2003, Exp. 22848, M.P. Ricardo Hoyos Duque; en el mismo sentido puede consultarse la sentencia de Sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 01577-01; M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

**contratación también se haga realidad la igualdad de oportunidades.**

Se reitera que la potestad de **contratación directa** debe ejercerse con estricta sujeción al reglamento de contratación directa, actualmente consignado en el Decreto 855 de 1994, cuyas disposiciones, conforme al párrafo del artículo 24 de la Ley 80, **precisamente, buscan garantizar y desarrollar los principios de economía, transparencia y, en especial, el deber de selección objetiva** establecidos en el Estatuto Contractual.<sup>23</sup>

Este criterio fue reiterado en posterior pronunciamiento, en los siguientes términos:

*“Ello significa, que los principios de la contratación estatal que el legislador enuncia, precisa de manera concreta y regula en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice. Es decir, que tanto en el caso de la contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son, la transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa.”<sup>24</sup>*  
(Subrayado de la Sala)

Significa entonces que la modalidad de contratación directa prevista en la ley, no puede ser utilizada por la Administración para seleccionar a su arbitrio al contratista de sus afectos, puesto que la ley le impone el deber de respetar los principios de transparencia, selección objetiva, economía, igualdad, imparcialidad, publicidad y libre concurrencia, como orientadores de la actividad contractual y de esta manera garantizar que la selección se cumpla en condiciones de igualdad para que la propuesta escogida sea la más favorable para los intereses de la entidad.

## **2.7 Los planos y diseños como requisito en la contratación adelantada por el Estado.**

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-40 del 26 de enero de 2000, Exp. 2457, M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>24</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 3 de julio de 2002.

El artículo 25-12 de la Ley 80 de 1993, impone el deber a las entidades del Estado de contar con los respectivos estudios, diseños y planos del proyecto cuando así se requiera, con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección del contratista.

En armonía con el artículo anterior, la Ley 80 en el artículo 30-1, ordena que la resolución de apertura esté precedida de los estudios de conveniencia y oportunidad, técnicos y económicos, realizados por la entidad respectiva y cuando sea necesario, además, estarán acompañados de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad y factibilidad.

Por su parte el artículo 26, del mismo estatuto contractual deriva responsabilidad tanto para la Administración como para los servidores públicos por el incumplimiento del deber legal de elaborar diseños definitivos, estudios completos, planos y demás documentos necesarios para la contratación, previamente al procedimiento de selección.

Las disposiciones enunciadas son de forzoso cumplimiento no solo cuando la selección del contratista se adelanta mediante el procedimiento de licitación o concurso públicos, sino también cuando la selección se efectúa mediante el procedimiento de contratación directa.

Y no podía ser de otra manera puesto que la contratación adelantada por el Estado no puede ser el producto de la improvisación o de la discrecionalidad de las entidades o sus funcionarios, sino que debe obedecer a un procedimiento previo, producto de la planeación, orientado a satisfacer el interés público y las necesidades de la comunidad, fin último que se busca con la contratación estatal. Lo contrario conllevaría al desvío de recursos públicos o al despilfarro de la administración al invertir sus escasos recursos en obras o servicios que no prioritarios ni necesarios.

El principio de planeación reviste la mayor importancia para garantizar la legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo relacionado con la etapa previa a la celebración del contrato y aunque dicho principio no fue definido por la Ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos, disposiciones todas orientadas a que la Administración cuente, con anterioridad al proceso de

selección, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado.

La jurisprudencia de la Sala ha destacado la importancia del principio de planeación en varias oportunidades<sup>25</sup>; concretamente, en cuanto a la necesidad de contar con estudios y diseños completos con antelación a la apertura del proceso de selección, precisando lo siguiente:

*“...[l]as entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar”<sup>26</sup>.*

En este orden de ideas la elaboración de diseños, planos del proyecto y estudios completos son indispensables para conocer el monto de la inversión y de esta manera determinar el procedimiento de selección que debe cumplirse, con lo cual se evita la pretermisión de las reglas y requisitos exigidos para la escogencia del contratista que resultan esenciales para adelantar la contratación en condiciones

---

<sup>25</sup> Al respecto pueden consultarse las sentencias de 1º de junio de 1995, Exp. 7326; de 16 de agosto de 2006, Exp. 15162, 29 de agosto de 2007, Exp. 14854.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp. 14287.

de validez y de otra parte para impedir que se pongan en riesgo los recursos públicos, puesto que de no contar con los documentos técnicos tampoco se conocerá el alcance del proyecto y fácilmente podría incurriarse en una contratación por un mayor valor del que realmente se requiere invertir en el respectivo proyecto.

Lo anterior evidencia, sin lugar a duda que la Administración está en el deber de satisfacer a plenitud los requisitos técnicos exigidos por la ley, previamente a adelantar el procedimiento de selección, con lo cual se garantiza la legalidad de los actos que expida a fin de seleccionar al contratista que colaborará con la administración en el cumplimiento de los cometidos de interés público, solo así, el contrato podrá nacer en condiciones de validez y si esto es así, los estudios, diseños y planos del proyecto se convierten en requisitos de validez del contrato.

Hechas estas precisiones de orden legal y jurisprudencial la Sala abordará el examen de los hechos que rodearon el asunto sometido a su conocimiento.

## **2.8 Los hechos probados.**

Del material probatorio recaudado en el proceso, documentos aportados en fotocopia auténtica, se encuentra probado lo siguiente:

- a) La selección del contratista, adelantada por el Departamento del Casanare se hizo de conformidad con el procedimiento establecido en el Decreto Reglamentario 855 de 1994, es decir, mediante la modalidad de contratación directa.
- b) El 28 de mayo de 1996, la Secretaría de Hacienda del Departamento expidió el certificado de disponibilidad presupuestal, número 1123, por valor de \$80'000.000 "Cuenta 02 Egresos; 26.0001.002.2.106, Electrificación Pozo 7 Trinidad, Maporal, Patagonia, Los Patios, Milagro, Guamal, Matapalo, El Valle. (fl. 22, cd. pruebas de oficio).
- c) Mediante aviso público de 4 de Junio de 1996, el Departamento del Casanare adelantó la Invitación Pública con el fin de que los interesados en proponer

presentaran sus ofertas para el proyecto de electrificación de varias veredas del Municipio de Trinidad. (fl. 24, cd. pruebas de oficio).

En el citado aviso se indicó que el rubro presupuestal que se afectaría sería el 06.01.02.02.106., como también las condiciones generales para la participación.

Las cantidades de obra debían ser reclamadas en la Oficina de Electrificación y Telecomunicaciones de la Secretaría de Obras Públicas y Transporte y las especificaciones y planos debían ser consultados en la citada Secretaria, es decir, que la Administración no entregaba físicamente los planos y especificaciones al contratista.

La fecha límite para la presentación de las ofertas se fijó para el día 7 de junio de 1996 y entre los criterios de evaluación de las ofertas se establecieron los siguientes: “*Valor de la propuesta, Programa de trabajo e inversiones, Equipo ofrecido, Cumplimiento de contratos anteriores, Experiencia de la firma, Plazo de ejecución*”. Igualmente se indicaron los documentos que debían entregarse con la propuesta y los aspectos que ésta debía contener, documento que se encuentra firmado por el Gobernador y el Secretario de Obras Públicas y Transporte.

- d) La invitación fue atendida por la firma ECELEC LTDA., a través de su representante y por el ingeniero Armando Avellaneda C., quienes presentaron oferta, aunque se desconoce la fecha en que las mismas fueron presentadas y recibidas por el Departamento, por no aparecer radicación alguna. (fls. 10 y 18, cd. pbas parte demandada )

En la carta de presentación de la propuesta del actor aparece el mes y año, pero no el día (fl. 25 cd. pruebas de oficio) igualmente sucede con la carta de presentación de la oferta del proponente vencido. (fl. 10, cd. pruebas parte demandada)

- e) El informe de evaluación de 11 de junio de 1996, radicado en la Oficina Jurídica, el 12 de junio del mismo año, fue suscrito por el evaluador, el Secretario de Obras Públicas y el Gobernador del Departamento, en el citado

informe aparece la evaluación de las dos ofertas presentadas y la recomendación de adjudicar al oferente No. 1, esto es a la firma ECELEC LTDA, representada por el señor Ricardo Ducón Fonseca, en razón a la experiencia y equipo propuesto; en el mismo documento se ordenó la elaboración del contrato. (fl. 23 cd. pbas de oficio).

- f) El contrato 395 de 1996 fue suscrito entre el Gobernador del Departamento de Casanare y la firma ECELEC Ltda., el 18 de junio de 1996, (fls. 4 a 9, cd. pruebas de oficio).
- g) El objeto del contrato consistía en “*ejecutar por el sistema de precios unitarios fijos las obras para la electrificación de las veredas Pozo, Trinidad 7, Maporal, Patagonia, Los Patios, Milagro, Guamal, Matapalo, El Valle, Municipio de Trinidad, Casanare de conformidad con los siguientes ítems.*” (fl. 4, cd. pruebas de oficio)

<b>ITEMS</b>	<b>UNIDAD</b>	<b>CANTIDAD</b>	<b>V. UNITARIO</b>	<b>V. TOTAL</b>
1. LOCALIZACIÓN Y REPLANTEO DE LA LÍNEA Y ESTRUCTURAS	ML	2.650	\$546	\$1.446.900
2. DESPEJE Y LIMPIEZA DE CORREDOR DE LÍNEAS	ML	1.100	\$347	\$381.700
3. HECHURA DE HUECOS PARA POSTES DE 12 MTS Y TEMPLETES DE MT	U	53	\$19.656	\$1.041.768
4. HECHURA DE HUECOS PARA POSTES DE 8 Y 10 MTS Y TEMPLETES DE BT	U	60	\$17.836	\$1.070.160
5. SUMINISTRO, TRANSPORTE, ARRIMADA, HINCADA Y PLOMADA DE POSTES 12 MTS 510 KG	U	35	\$661.017	\$23.135.595
6. SUMINISTRO, TRANSPORTE,	U	33	\$425.063	\$14.027.079

ARRIMADA, HINCADA Y PLOMADA DE POSTES 8 MTS 510 KG					
7. SUMINISTRO, TRANSPORTE, ARRIMADA, HINCADA Y PLOMADA DE POSTES 10 MTS 510 KG	U	5	\$551.307	\$2.756.535	
8. CIMENTACIÓN EN CONCRETO SIMPLE PARA POSTES Y TEMPLETES MT	U	30	\$64.956	\$1.948.680	
9. VESTIDA DE ESTRUCTURA 560 (ARRANQUE)	U	1	\$790.167	\$790.167	
10. VESTIDA ESTRUCTURA 533	U	10	\$167.263	\$1.672.630	
11. VESTIDA ESTRUCTURA 533	U	1	\$256.325	\$256.325	
12. VESTIDA ESTRUCTURA 560 (RETENCIÓN DOBLE)	U	2	\$551.576	\$1.103.152	
13. VESTIDA ESTRUCTURA 523, 617, 619	U	1	\$213.981	\$213.981	
14. VESTIDA ESTRUCTURA 523, 617	U	3	\$193.689	\$587.067	
15. VESTIDA ESTRUCTURA 523, 620	U	2	\$206.480	\$412.960	
16. VESTIDA ESTRUCTURA 523, 619	U	2	\$209.902	\$419.804	
17. VESTIDA ESTRUCTURA 550, 515, 701	U	1	\$905.053	\$905.053	
18. VESTIDA ESTRUCTURA 510, 617	U	1	\$167.395	\$167.395	
19. VESTIDA ESTRUCTURA 514, 2(620), 710	U	1	\$363.266	\$363.266	
20. INSTALACIÓN DE TEMPLES	U	18	\$94.356	\$1.698.408	
21. TENDIDO Y TENSIONADO DE LÍNEAS 13.2 KV EN 3 HILOS ACSR # 2	ML	2.420	\$4.107	\$9.938.940	
22. TENDIDO Y TENSIONADO DE LÍNEAS 13.2 KV EN 2 HILOS ACSR # 2	ML	230	\$2.983	\$686.090	
23. VESTIDA ESTRUCTURA 617	U	20	\$29.887	\$597.740	
24. VESTIDA ESTRUCTURA 619	U	10	\$31.123	\$377.920	
25. VESTIDA	U	8	\$47.240	\$377.920	

<i>ESTRUCTURA 620</i>						
26.	INSTALACIÓN DE TEMLETES DE BT	U	22	\$60.291	\$1.326.402	
27.	TENDIDO Y TENSIONADO DE LÍNEAS DE BT EN 3 HILOS ACSR #1/10 Y 1#2	ML	1.153	\$5.073	\$5.849.169	
28.	TENDIDO Y TENSIONADO DE LÍNEAS DE BT EN 3 HILOS ACSR 2 #2 Y 1#4	ML	450	\$3.905	\$1.757.250	
29.	SUMINISTRO Y MONTAJE DE TRANSFORMADOR	ML	2	\$2.273.127	\$4.556.254	

**TOTAL.....**  
**.....\$79.999.165**

- h) El valor del contrato se convino en la suma de \$ 79'999.165 M.CTE., monto que coincide con el establecido en la propuesta y se cargó al rubro presupuestal 26. 001. 002.2.106 del presupuesto departamental de la correspondiente vigencia fiscal. (fl. 5, cd. pbas de oficio)
- i) El plazo fue pactado en 75 días calendario contados a partir de la suscripción del acta de iniciación de obra. (fl. 6, cd. pbas de oficio)
- j) En la cláusula séptima del contrato se lee: "*PLANOS Y ESPECIFICACIONES. Para la ejecución del contrato, EL CONTRATISTA se ceñirá a los planos y especificaciones suministrados por el Departamento*" (fl. 7, cd. pbas de oficio)
- k) El contratista no pudo dar cumplimiento a los requisitos de ejecución del contrato, toda vez que la Administración no le expidió copia del mismo para los trámites pertinentes, tal como se aprecia en el oficio SG-OJ No. 0182 de 5 de febrero de 1997. (fl. 21, pbas de oficio)
- l) Después de transcurridos aproximadamente ocho (8) meses desde la fecha de celebración del contrato 395 de 1996, la Administración expidió la Resolución No. 00199 de 10 de febrero de 1997, mediante la cual resolvió darlo por terminado y ordenó su liquidación por conducto de la Secretaría de

Obras Públicas. Igualmente se cumplió con su notificación al interesado el 13 de febrero del mismo año. (fl. 14 a 17, cd. pbas de oficio)

- m) La liquidación del contrato se efectuó el 18 de julio de 1997, por parte del Departamento, según acta de dicha fecha suscrita por el Jefe de la División de Coordinación e Inventarios y el Secretario de Obras Públicas y Transporte. (fl. 12, cd. pbas de oficio)

## **2.9 El caso concreto.**

### **2.9.2 El presunto vicio de nulidad en el contrato 0395 de 1996, sustentado en que las propuestas presentadas por los oferentes no tenían fecha de radicación.**

El presunto vicio de nulidad absoluta en el contrato 0 395 de 1996, según se desprende del contenido del acto impugnado, deriva de las “*irregularidades en los procedimientos de Ley que son insaneables*” y que se concretan en dos aspectos: el primero de ellos, referido a la ausencia de fecha de radicación en las propuestas, el segundo a la inexistencia de planos y diseños para el proyecto.

A continuación se transcriben los apartes pertinentes del acto administrativo impugnado en lo concerniente a la ausencia de fecha de la presentación de las propuestas:

*“Que entre los vicios estaba el de que la propuesta y las contrapropuestas no tenían fecha de presentación por el contratista, ni de recibido por la Entidad estatal, lo que configura ambigüedad e imprecisión en el trámite de las propuestas, que debían ser presentadas dentro de perentorios términos legales según la Ley 80 de 1993 y el Decreto 855 de 1994, artículo 3º. (fl. 16, cd. pbas de oficio)*

Al examinar las propuestas presentadas por los dos oferentes que atendieron la invitación formulada por la Administración, se advierte que las cartas de presentación de las ofertas aunque tienen señalado el mes y año no indicaron el día; igualmente, en dichos documentos no aparece la fecha de recibo y radicación por parte de la Administración.

La pregunta que cabe formular es si la ausencia de tales fechas de radicación, tienen entidad para afectar el contrato con un vicio de nulidad absoluta.

En primer lugar se precisa que la modalidad de contratación adoptada por el Departamento para la selección del contratista, fue la de contratación directa; procedimiento que, como ya se dijo, necesariamente debe respetar los principios rectores de la contratación estatal.

Al momento de adelantarse el procedimiento de selección y celebrar el contrato se encontraba vigente la Ley 80 de 1993 y el Decreto Reglamentario 855 de 1994, normas citadas por el acto administrativo cuya legalidad se cuestiona.

Al expediente se allegó la fotocopia autenticada de la invitación pública formulada por el Departamento del Casanare mediante la cual se convocaba a los interesados en proponer para el proyecto de construcción de las obras de electrificación en varias veredas del Municipio de Trinidad en el Departamento de Casanare.

En dicho aviso público se fijó como fecha límite para la presentación de las ofertas el 7 de junio de 1996, de tal suerte que las propuestas debían ser presentadas como máximo este día, aunque la Administración omitió anotar en las cartas de presentación de las ofertas la fecha de radicación o recibo, lo cual hubiere permitido demostrar que se presentaron en tiempo; sin embargo, el hecho de que las propuestas no contengan la fecha de recibo, no puede llevar a la convicción de que éstas fueron presentadas después de la fecha límite determinada en la invitación.

Examinado el Decreto 855 de 1994, norma reglamentaria del procedimiento de contratación directa, vigente al momento de la celebración del contrato 395 de 1996, se observa que en ninguno de sus artículos se determina que las propuestas deban tener fecha de radicación, anotación que resultaría deseable para probar la fecha de recibo; no obstante, tal omisión de la Administración no puede convertirse, per se, en una situación invalidante del contrato celebrado.

Si lo que realmente preocupa, en relación con la legalidad del procedimiento de selección y, por ende, con la validez del contrato, es que dichas propuestas

hubieren sido recibidas por el Departamento, por fuera del plazo que la misma entidad estatal determinó, puesto que en este evento no podrían, ni siquiera, ser consideradas, lo cierto es que ello no fue manifestado en la parte motiva del acto administrativo mediante el cual el Departamento declaró la terminación unilateral del contrato 395 de 1996, puesto que, aunque señaló que las propuestas no tenían fecha de radicación, hecho que es cierto, nada se dijo en cuanto que hubieren sido presentadas extemporáneamente, menos aún, se adujo prueba que así lo demostrara.

Amén de lo anterior, durante el transcurso del proceso, no se ha mencionado y mucho menos probado, que las propuestas hubieren sido presentadas en fecha posterior a la señalada en los documentos de la invitación.

También se advierte que en la Resolución acusada se menciona como vulnerado el artículo 3º <sup>27</sup> del Decreto 855 de 1993, norma que antes de ser derogada por el Decreto 2170 de 2002, consagraba la obligación legal para las entidades del Estado que adelantaran el proceso de selección del contratista mediante la modalidad de contratación directa, de obtener por lo menos dos ofertas con el fin de honrar el principio de selección objetiva. Igualmente establecía que en los contratos de menor cuantía cuando su valor fuera igual o superior a cien salarios mínimos legales mensuales y al mismo tiempo superaran el cincuenta por ciento (50%) de la menor cuantía de la respectiva entidad estatal, debía invitarse públicamente a prestar propuestas a través de un aviso colocado en un lugar visible de la misma entidad por un término no menor de dos días, salvo cuando la necesidad inminente del bien o servicio objeto del contrato no lo permitiera, evento en el cual dejaría constancia escrita.

Aunque al expediente no se aportó certificado sobre el presupuesto del Departamento del Casanare en todo caso estos requisitos fueron satisfechos por la Administración Departamental como se encuentra plenamente probado en el proceso, con las copias auténticas de la invitación pública, de la orden de fijación y desfijación del aviso público y de las ofertas presentadas por la firma ECELEC Ltda., y el ingeniero Armando Avellaneda Correa de tal suerte que fue garantizada la pluralidad de oferentes en el proceso de selección y en consecuencia, se descarta la vulneración de esta norma legal.

De lo anterior se concluye que la ausencia de fecha de radicación de las propuestas, como tal, no daría lugar a la nulidad absoluta del contrato No. 395 de 1996, situación distinta se presentaría, si se hubiera demostrado que su presentación se hizo en forma extemporánea; mucho menos podría entenderse que este hecho (el no tener fecha de recibo) dio lugar a que se configurara la causal consagrada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 -haberse celebrado el contrato contra expresa prohibición constitucional y legal-, razón por la cual, el acto administrativo contenido en la Resolución No 00199 de 10 de febrero de 1997, se encuentra falsamente motivado.

La Sala no comparte las apreciaciones del *a quo* en cuanto que tomó como prueba determinante para denegar las pretensiones de la demanda, la declaración rendida por el proponente vencido, a quien se lo interrogó básicamente en relación con el contrato 395 de 1996, celebrado entre el Departamento del Casanare y la firma ECELEC LTDA. A la pregunta sobre si tenía conocimiento de que el Departamento hubiere formulado convocatoria a la empresa ganadora, respondió desconocer la forma como se la invitó a presentar propuesta, declaración de la cual no puede deducirse que el procedimiento adelantado por la Administración para la selección del contratista fuere irregular, además, se advierte que no se preguntó a dicho testigo si había presentado propuesta para la invitación formulada y en qué fecha lo había hecho, lo cual muy seguramente hubiere podido despejar la inquietud en relación con la fecha de presentación de las ofertas.

Lo anterior, conduce a establecer que no se configuró el presunto vicio de nulidad en el procedimiento de selección que culminó con la celebración del contrato 0395 de 1996.

### **2.9.3 El presunto vicio de nulidad en el contrato 0395 de 1996, por ausencia de diseños y planos previos a la celebración del contrato.**

Como fundamento de la declaratoria de terminación del contrato No. 395 de 1996, el Departamento del Casanare adujo en el acto administrativo acusado, “*Que tampoco existían diseños o planos previos para la ejecución de la obra y en*

---

<sup>27</sup> El artículo 3º del Decreto 855 de 1994, fue derogado por el artículo 29 del Decreto 2170 de 2002.

*ninguna parte del contrato se pactó que ella se haría con los propios del contratista. Art. 25, numeral 12 Ley 80 de 1993.”*

En el análisis precedente, se dejó establecida la importancia que revisten los planos, diseños y estudios completos previamente a adelantar el procedimiento de selección del contratista, al punto de constituir requisito para la legalidad del contrato.

Procede entonces examinar el material probatorio a fin de determinar si para la celebración del contrato 395 de 1996, el Departamento del Casanare contaba con planos, diseños y estudios elaborados previamente a la invitación pública que fue formulada.

Examinado el aviso público de invitación se lee:

*“ESPECIFICACIONES Y PLANOS: Se regirán por las especificaciones y términos de referencia que se pueden consultar en la S. O. P. T.”*

*“CANTIDADES DE OBRA: Reclamarlas en la Oficina Electrificación y Telecomunicaciones de la Secretaría de obras públicas y Transporte” (fl. 24, cd. pbas de oficio)*

En la cláusula séptima del contrato se estipuló: *“PLANOS Y ESPECIFICACIONES. Para la ejecución del contrato EL CONTRATISTA se ceñirá a los planos y especificaciones suministrados por el Departamento.”* (fl. 7, cd. pbas de oficio.)

En el oficio No. 3.068 de 16 de octubre de 1997, el Director de la Oficina Jurídica del departamento del Casanare en respuesta dada a la solicitud del Tribunal Administrativo de dicho departamento, con el fin de que se enviaran los planos y diseños del proyecto afirmó: *“No se anexan fotocopias de esos planos y diseños por no haber sido posible ubicarlos en alguna dependencia del Departamento del Casanare.”* (fl 9, cd. pbas de oficio)

En relación con los diseños del proyecto, el Tribunal interrogó al proponente vencido, señor Armando Avellaneda, en el sentido de si usualmente el Departamento entregaba planos y diseños para la ejecución de los proyectos; a lo

cual respondió afirmativamente” *Sí normalmente el departamento suministra planos de planta perfil de los proyectos.*”. Advierte la Sala que la pregunta que debió formularse al testigo, era si para la presentación de su oferta, en el proyecto de construcción de las obras de electrificación del Municipio de Trinidad en el Departamento del Casanare, había contado con planos y diseños definitivos; de esta manera se habría podido aclarar definitivamente este hecho.

Del análisis de los documentos referidos y del testimonio rendido por el oferente vencido se infiere que el Departamento contó con unos planos, especificaciones y términos de referencia, pues así se indicó en el aviso de invitación: “**ESPECIFICACIONES Y PLANOS:** Se regirán por las especificaciones y términos de referencia **que se pueden consultar en la S. O. P. T.**”; es decir, que los interesados debían consultar estos documentos para presentar sus propuestas. De otra parte, en el contrato también se estableció que para la ejecución de las obras el contratista se ceñiría a los planos y especificaciones suministrados por el Departamento, lo cual lleva a concluir que el Departamento contaba con dichos planos y diseños para ser entregados al contratista una vez se diera inicio a la ejecución de los trabajos contratados.

Y si se examina la respuesta dada por el Departamento, a la solicitud formulada por el Tribunal para que le enviara copia autenticada de los planos y diseños del proyecto, la Administración Departamental respondió que éstos no habían sido encontrados en ninguna de sus dependencias, afirmación que deja abierta la posibilidad de que fueron elaborados pero no se ubicaron, lo cual contrasta con lo dicho en la parte motiva del acto administrativo impugnado, en el cual categóricamente se dice que no existieron.

Lo anterior evidencia que los planos debieron existir, pero el contratista no pudo demostrar este hecho, puesto que nunca le fueron entregados, toda vez que para el momento de proponer, solo podía consultarlos en la Secretaría de Obras Públicas Departamentales y dado que no se dio inicio a la ejecución del contrato, tampoco pudo contar con estos documentos, pues los mismos serían suministrados, en esta oportunidad, por parte del Departamento.

A su vez, la Administración Departamental, a cuya custodia se encontraban estos documentos, o los extravió o no los remitió al Tribunal, circunstancia que se explica por sí sola, teniendo en cuenta que la motivación del acto administrativo

se sustentó precisamente en el hecho de la inexistencia de los planos y diseños del proyecto.

Lo realmente significativo es que en la propuesta presentada por el contratista se observan los ítem respectivos, las cantidades de obra y sus valores unitarios y totales, a lo largo de 29 páginas, lo cual es demostrativo de que los proponentes debieron contar con unas cantidades de obra suministradas por la Administración, tal como se indicó en el aviso de invitación, pero para que la Administración pudiera calcular tales cantidades de obra necesariamente debió contar con unos planos y diseños del proyecto, pues no de otra manera se explica que hubiera podido determinarlas, además, así se deduce del contenido del citado aviso público de invitación y de la cláusula séptima del contrato 395 de 1996.

Igualmente, en la cláusula primera del contrato de obra celebrado, denominado “objeto” se encuentran discriminados los 29 ítems, con los siguientes conceptos: unidad, cantidad, valor unitario y valor total de las obras contratadas, lo cual no puede ser el resultado de una improvisación, por parte de la Administración, en el proyecto a ejecutarse, sino producto de unos diseños y unos planos previamente elaborados.

Se destaca que el *a quo* tomó como prueba fehaciente para denegar las pretensiones de la demanda el hecho de que los planos no habían sido encontrados en la Secretaría de Obras Públicas departamentales, pero además, al momento de interrogar al proponente vencido, no le formuló la pregunta que hubiera permitido aclarar si al momento de elaborar su propuesta, la Administración contaba con los planos y diseños respectivos, sino que lo interrogó sobre el comportamiento usual de la Administración Departamental en el suministro de planos para la ejecución de los proyectos en general, lo cual no aportó nada al asunto concreto.

De otra parte, en el hipotético caso de que se encontrara probada la ausencia de planos y diseños para el proyecto, lo cierto es que la Administración no estaba facultada para declarar la terminación unilateral del contrato, toda vez que este hecho, si bien es violatorio de las normas de la Ley 80 de 1993 que consagran los requisitos para adelantar el procedimiento de selección del contratista y puede dar lugar a la nulidad del contrato, el mismo no se enmarca dentro de la causal

consagrada en el numeral 2º del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, lo cual demuestra que la Administración para expedir el acto administrativo que declaró la terminación unilateral del contrato, invocó una causal que no resultaba aplicable al caso y con ello incurrió en falsa motivación del acto.

Si se examina la conducta de la Administración, llama la atención que sin explicación alguna se hubiera abstenido de hacer el respectivo registro presupuestal (así lo afirmó en el acto administrativo impugnado) como era su deber, y se hubiere negado a hacer entrega al contratista de un ejemplar del contrato para que éste procediera a su legalización y de esta manera, dar paso al inicio de su ejecución, sino que, tan sólo después de 8 meses de suscrito el contrato hubiera decidido darlo por terminado; conducta reprochable desde todo punto de vista, toda vez que si detectó alguna irregularidad en la contratación, la cual consideraba insaneable, debió pronunciarse con inmediatez y no guardar silencio. La conducta así asumida pone en evidencia el incumplimiento de sus obligaciones y compromete los postulados de buena fe que deben imperar en las relaciones contractuales.

### **Conclusión.**

Las probanzas anteriores llevan a concluir que el contrato 0395 de 1996, celebrado entre el Departamento del Casanare y la empresa demandante, no adolecía de vicio de nulidad absoluta, por las siguientes razones: i) La Administración no demostró que las propuestas hubieren sido presentadas por fuera del plazo fijado en la invitación y, la simple falta de fecha de radicación de las mismas no es prueba fehaciente de tal irregularidad; ii) las pruebas recaudadas son demostrativas de que la Administración contó previamente a adelantar el procedimiento de selección, con planos, especificaciones y diseños para el proyecto objeto de la contratación pues no de otra manera se explica que hubiera podido calcular las cantidades de obra, aunque éstos documentos físicamente jamás estuvieron en poder del contratista, hecho que le impidió demostrar su existencia, pues para el momento de proponer se indicó en la invitación que debían ser consultados y como el contrato no inició su ejecución tampoco pudo tenerlos en su poder, puesto que era en esta oportunidad cuando le debían ser suministrados por la Administración.

Bajo este presupuesto resulta claro que el acto administrativo acusado, contenido en la Resolución No. 0199 de 10 de febrero de 1997, mediante el cual se declaró la terminación unilateral del contrato 395 de 18 de junio de 1996, con fundamento en la segunda causal de nulidad prevista en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, está falsamente motivado, de una parte, porque se encuentra sustentado en hechos a los cuales la Administración les ha dado una interpretación y alcance que no tienen para estructurar una causal de nulidad que realmente no se configuró y, de otra, porque los hechos indicados son contrarios a la realidad; razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda y en su lugar se declarará su nulidad.

## **2.10 La indemnización de los perjuicios reclamados por la actora.**

La empresa demandante solicitó a título de indemnización por los perjuicios causados con la expedición del acto administrativo que declaró la terminación unilateral del contrato No. 395 de 1996, los siguientes rubros: i) el reconocimiento y pago de la utilidad que debía percibir de haber ejecutado el contrato, a la cual tenía derecho por cuanto el contrato fue válidamente celebrado; ii) los intereses moratorios sobre las sumas por concepto de utilidad y iii) el reconocimiento de los valores que dice haber invertido en la compra de materiales con destino a la obra y estudios del proyecto.

La Sala analizará cada uno de estos rubros a fin de determinar cuáles son los valores que deben ser reconocidos.

### **2.10.1 Gastos realizados para la ejecución del contrato.**

La empresa demandante afirmó haber realizado gastos en materiales y estudios para la ejecución de las obras por cuantía de \$8'200.000, cuya cancelación hace parte de una de las pretensiones de la demanda.

Para probar estos pagos se aportaron al plenario varias pruebas, entre ellas el testimonio rendido por el ingeniero Armando Avellaneda Correa, quien participó como proponente y resultó vencido, en la invitación pública que dio lugar a la celebración del contrato 395 de 1996.

A la pregunta de si ECELEC LTDA había realizado algunos gastos para la ejecución del contrato, respondió:

*“ Se de conversación del representante de ECELEC con el señor Julio Medrano en lo relacionado con la topografía para el proyecto; igualmente de la adquisición de una postería (no se la cantidad) con el señor Jaime Camargo; también me consta del arreglo verbal para el suministro de mano de obra para ese mismo proyecto con el técnico electricista señor Otoniel “Don Oto”, no recuerdo su apellido (el señor procede de Barrancabermeja); la contratación con los tres antes indicados señores fue hecha aproximadamente a mediados del mes de junio de mil novecientos noventa y seis, se que el representante de ECELEC entregó algunos dineros a estos señores; exactamente no conozco los montos para cada uno” (fl. 9 cd. pbas, parte demandante)*

En el testimonio rendido por el señor Jaime Humberto Camargo Reyes, el Tribunal lo interrogó sobre si la firma ECELEC LTDA., le había comprado algunos materiales para la ejecución de las obras, su respuesta fue la siguiente:

*“Si señor, consistía en seis postes de concreto de 12 metros para armar las estructuras eléctricas, estos valieron dos millones cien mil pesos” (fls. 12, cd. Pbas de oficio)*

Otro de los testigos es el señor Otoniel Gómez a quien supuestamente la demandante le entregó dineros como anticipo para el inicio de la obra, se le preguntó si estaba enterado del contrato celebrado entre el Departamento y la firma ECELEC LTDA y si ésta le había entregado algún anticipo para la ejecución de las obras, en respuesta manifestó lo siguiente:

*“Pues el me habló del contrato, me dijo busque un personal y alístese para que me vaya a hacer esa obra, alístese con herramienta de trabajo, esto fue como en junio o julio del año pasado (la declaración se recibió el 25 de septiembre de 1997), ese contrato debía ejecutarse en los pozos de la zona Trinidad, el cual yo le exigí un anticipo para compra de algunas herramientas, de alojamiento a donde llegara y lógico para dejarle a la señora para mercado” (...) El anticipo que me dio fue de dos millones seiscientos pesos, se corrige, seiscientos mil pesos, me los entregó un viernes para arrancar el lunes cuando tuviera legalizado el contrato” (fls. 13, cd. Pruebas de oficio)*

Igualmente se recibió testimonio al señor Julio Oswaldo Medrano Rivera; el Tribunal le preguntó si conocía sobre el contrato celebrado por la firma ECELEC LTDA., con la Gobernación del Casanare, el deponente respondió:

*“Pues él me contrató para que le hiciera los estudios topográficos, el levantamiento preliminar de los usuarios, replanteo y localización de la línea, así como dibujo de planos, eso fue a mediados de 1996, más o menos, la fecha no me acuerdo” (fl. 32 cd. pbas. demandante)*

También se allegaron al plenario tres comprobantes de egresos (fls. 25, 26 y 27) en los cuales se registraron los supuestos pagos en efectivo de los siguientes valores:

a) Por valor de \$ 3'500.000 a nombre de Julio Medrano, con fecha 14 de agosto de 1996, por concepto de *“pago de estudio topográfico, diseño y pagos eléctricos para la const. de redes de la vereda pozos, Trinidad etc. En el Municipio de Paz de Ariporo”*, con firma y cédula del beneficiario. (fl 25, cd, pbas demandante)

b) Por valor de \$ 2'600.000, a nombre de Otoniel Gómez, con fecha 10 de julio de 1997, por concepto de *“pago de anticipo por contrato de construcción de redes eléctricas de las veredas pozos, Trinidad, Mata de Palma en el Municipio de Paz de Ariporo”*, con firma y cédula del beneficiario(fl 26, cd, pbas demandante)

c) Por valor de \$ 2'100.000, a nombre de Jaime Camargo, con fecha 27 de julio de 1996, por concepto de *“compra seis postes de concreto 12 mts., tipo línea.”*, con firma y cédula del beneficiario (fl 27, cd, pbas demandante)

Del examen de la prueba reseñada, se observa lo siguiente: i) Los comprobantes de egreso no tienen una numeración consecutiva; ii) no tienen la firma de la persona que los preparó, revisó, aprobó y contabilizó<sup>28</sup>; iii) La prueba de los egresos no puede ser el simple diligenciamiento de una forma Minerva, como ha sido presentada en el expediente, sino que debe reflejarse en los libros de

---

<sup>28</sup> El artículo 23 del Decreto Reglamentario 2649 de 1993, dispone: **Art. 123. Soportes.** Teniendo en cuenta los requisitos legales que sean aplicables según el tipo de acto de que se trate, los hechos económicos deben documentarse mediante soportes, de origen interno o externo, debidamente fechados y autorizados por quienes intervengan en ellos o los elaboren.

Los soportes deben adherirse a los comprobantes de contabilidad respectivos o, dejando constancia en estos de tal circunstancia, conservarse archivados en orden cronológico y de tal manera que sea posible su verificación.

Los soportes pueden conservarse en el idioma en el cual se hayan otorgado, así como ser utilizados para registrar las operaciones en los libros auxiliares o de detalle.

contabilidad de la empresa<sup>29</sup> iv) Llama la atención que todos los pagos se hubieren hecho en dinero efectivo y no en cheque como es lo usual en el tráfico ordinario de esta clase de negocios, máxime por las sumas que fueron entregadas, que para la fecha del supuesto pago, eran representativas; iv) Se presenta una evidente inconsistencia entre los comprobantes de egresos en los cuales se lee que los pagos se realizaron para la construcción de las redes eléctricas en el Municipio de Paz de Ariporo, cuando en el objeto del contrato se dice que las obras se realizarán en el Municipio de Trinidad; iv) El testigo Otoniel Gómez manifestó que en el mes de junio del año anterior a la declaración, es decir, en el año de 1996, la firma ECELEC le había entregado un anticipo por valor de \$2'600.000, sin embargo, el comprobante de egreso por este concepto data del 10 de julio de 1997, es decir, cinco meses después de haberse declarado la terminación unilateral del contrato.

Las pruebas analizadas anteriormente, evidencian inconsistencias en los documentos y contradicciones entre éstos y los testimonios rendidos; procedimientos que no corresponden al manejo financiero y contable que deben cumplir las entidades que se dedican a actividades comerciales, entre ellas, las empresas de responsabilidad limitada, circunstancias que impiden al juez tener certeza sobre la veracidad de los pagos efectuados por la firma contratista. Amén de lo anterior no se allegaron al proceso los documentos que de acuerdo con las normas comerciales constituyen plena prueba de los pagos realizados<sup>30</sup> razón por la cual no resulta posible ordenar reconocimiento alguno por este concepto.

De otra parte, llama la atención que siendo la firma contratista una empresa con mas de 15 años de existencia al momento de la celebración del contrato y con una importante experiencia en el tema de la contratación de obras, factor determinante en la adjudicación del contrato, hubiere iniciado actividades sin

---

<sup>29</sup> De conformidad con Artículo 53, Código de Comercio, Decreto- Ley 410 de 1971, "**ASIENTO DE LAS OPERACIONES MERCANTILES - COMPROBANTE DE CONTABILIDAD - CONCEPTO** En los libros se asentarán en orden cronológico las operaciones mercantiles y todas aquellas que puedan influir en el patrimonio del comerciante, haciendo referencia a los comprobantes de contabilidad que las respalden.

*El comprobante de contabilidad es el documento que debe elaborarse previamente al registro de cualquier operación y en el cual se indicará el número, fecha, origen, descripción y cuantía de la operación, así como las cuentas afectadas con el asiento. A cada comprobante se anexarán los documentos que lo justifiquen."*

<sup>30</sup> El artículo 68 del C. Co, prescribe: "Los libros y papeles de comercio constituirán plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente (...)"

haberse agotado los requisitos de ejecución del contrato, puesto que la Administración Departamental nunca le entregó el contrato suscrito para este efecto, ni hizo el registro presupuestal correspondiente, ni le impartió la orden de iniciación de las obras; situación que ponía en evidencia frente a la parte actora, que la Administración no estaba interesada en la ejecución del contrato. Ante este panorama un contratista prudente no se apresura a efectuar gastos en el contrato y si lo hace, deberá asumir el riesgo que de su conducta se derive.

### **2.10.2 La Utilidad Esperada.**

Entre las pretensiones de la demandante y a título de indemnización de perjuicios materiales, solicitó el reconocimiento y pago de la suma de \$ 23'999.749, por concepto de utilidad esperada, la cual estimó en un 30% del valor total del contrato.

Como quiera que la Administración privó injustamente al contratista de su derecho de ejecutar el contrato, éste no pudo percibir la utilidad que esperaba obtener por la ejecución de las obras, razón por la cual procede su reconocimiento.

Examinada la propuesta presentada por la empresa demandante, (fls. 29 a 49, cd. pbas de oficio) se observa que el AIU se estimó en un porcentaje del 30% sobre el valor de los costos directos, compuesto de la siguiente manera: 12% por administración, 8% por imprevistos, 10% por utilidad; esto permite deducir que el contratista aspiraba obtener una utilidad del 10% sobre el valor de los costos directos del contrato y no del 30% sobre el valor total del contrato, como es lo pretendido.

Según la cláusula segunda del contrato, el valor total se pactó en la suma de \$ 79'999.165 m/cte., por lo tanto, la utilidad estará representada en el 10%, calculado sobre el valor de los costos directos.

Con el fin de obtener los costos directos de la obra, según propuesta presentada por la demandante, se aplicará la siguiente fórmula.

$$CD = \frac{VTC}{1,30}$$

En donde: CD = costos directos

VTC = valor total del contrato incluido costos directos e indirectos  
1,30 = corresponde al AIU de la propuesta que es el 30%

$$CD = \frac{\$ 79'999.165}{1,30}$$

$$CD = \$ 61'537.819$$

Se tiene entonces que el valor de los costos directos de la propuesta ascendía a la suma de \$ 61'537.819 y como los costos indirectos o AIU son equivalentes al 30% de los costos directos, su monto es de \$ 18'461.346.

**Valor total= Costos directos + costos indirectos**

**Valor total= \$ 61'537.819 + \$ 18'461.346**

**Valor total= \$ 79'999.165**

Ahora se procederá a calcular el valor de la utilidad lícitamente esperada por la empresa contratista, monto que, según la propuesta, fue establecido en el 10% del valor de los costos directos.

$$U = CD \times 10 \%$$

$$U = \frac{\$ 61'537.819 \times 10}{100}$$

$$U = \$ 6'153.782$$

El valor de la utilidad que deberá ser reconocido a la empresa demandante corresponde a la suma **\$ 6'153.782**, equivalente al 10% de los costos directos.

Actualmente la jurisprudencia de la Sala<sup>31</sup> ha señalado que el *quantum* de la utilidad que debe ser reconocida al proponente que fue privado injustamente de la ejecución del contrato, por la no adjudicación del mismo, debe ser pleno, es decir el 100% del valor de la utilidad o lucro cesante que esperaba y tenía derecho a recibir lícitamente, la cual es definida en el Código Civil, en el artículo 1614, como “*la ganancia o provecho que deja de reportarse*”, pero que no tendrá derecho a

---

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 27 de noviembre de 2002, Exp.13792.

recibir otros emolumentos por costos directos o indirectos diferentes de la utilidad neta.

En el sub lite aplica el mismo criterio, no obstante que el hecho generador del daño se deriva de la imposibilidad de la ejecución del contrato, por causas imputables a la Administración y no en la no adjudicación del contrato, por cuanto lo realmente cierto es que en uno u otro supuesto, de todos modos se está privando a la empresa contratista de su derecho legítimo a percibir la utilidad lícita derivada de la normal ejecución de las obras, en consecuencia, procede la indemnización de los perjuicios materiales ocasionados por concepto del lucro cesante, en el 100%.

Se ha demostrado que la utilidad dejada de percibir por el contratista al no haber ejecutado la obra, asciende a la suma de \$ **6'153.782** que corresponde al 10 % del valor de los costos directos de la propuesta, ahora habrá de determinarse la fecha probable en la cual el contratista tenía derecho a recibir la utilidad, luego de terminada la obra y liquidado el contrato, para lo cual se acudirá a lo estipulado en el contrato.

El contrato 395 de 1996 se suscribió el 18 de junio de 1996, fecha de su perfeccionamiento<sup>32</sup>. Según la cláusula cuarta, el plazo del contrato se pactó en 75 días calendarios y se empezaría a contar a partir de la suscripción del acta de iniciación de obra; a su vez, este documento se suscribiría dentro de los cinco (5) días siguientes al desembolso del anticipo. En la cláusula segunda se estipuló que el anticipo sería pagado una vez perfeccionado el contrato sin que se determinara un plazo preciso.

Por su parte, en la cláusula vigésima se acordó que para la ejecución del contrato éste debía estar perfeccionado, efectuado el registro presupuestal, publicado en la Gaceta Departamental, cancelado el impuesto de timbre y constituidas y aprobadas las garantías del contrato, pero no señaló un término dentro del cual una y otra parte, cumplieran los respectivos trámites.

---

<sup>32</sup> Así lo dispone el artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

Si se toma como término prudencial para cumplir con estas obligaciones el de cinco (5) días para cada una de las partes, se tiene que como el contrato se perfeccionó el 18 de junio de 1996, los requisitos de ejecución debían estar cumplidos a más tardar el 2 de julio de 1996<sup>33</sup>, fecha en la cual debía cancelarse el anticipo, de tal suerte que el acta de iniciación se firmaría a más tardar el 9 de julio, hecho que determinaba el inicio de la ejecución del contrato.

Tomando como fecha de inicio del contrato, el 9 de julio de 1996 y teniendo en cuenta que el plazo contractual se acordó en 75 días calendario, su vencimiento debió producirse el 23 de septiembre de 1996 y con él la entrega de las obras y posteriormente debía efectuarse la liquidación del contrato, sin que se hubiere pactado fecha para este efecto. En todo caso el contratista tendría derecho al pago de la totalidad de los valores, incluida la utilidad que proyectó percibir, en el mes de septiembre de 1996, cuando debía hacerse la entrega de las obras.

#### Indexación de la utilidad.

Con el fin de compensar el fenómeno económico de la pérdida del valor del dinero en el tiempo o depreciación y de esta manera lograr que la reparación del daño antijurídico causado por la Administración sea integral, el monto del perjuicio causado debe ser indexado al momento en que se produzca el pago efectivo.

Así lo dispone la Ley 80 de 1993, en sus artículos 4.8 y 5.1, al consagrar el derecho del contratista a que se le mantenga el valor intrínseco de la remuneración pactada y el deber de la Administración de tomar las medidas necesarias para garantizarle las mismas condiciones económicas y financieras que se tuvieron en cuenta al momento de la contratación o de la licitación o concurso, según el procedimiento escogido para la selección del contratista.

La jurisprudencia de la Sección Tercera<sup>34</sup> ha precisado sobre la actualización del dinero con el fin de que la indemnización sea integral, lo siguiente:

---

<sup>33</sup> El cálculo se hace de la siguiente manera: 5 días (19, 20, 21, 24 y 25 de junio) para que el contratista publique el contrato, pague el impuesto de timbre y constituya las pólizas. Como las pólizas solo podrán ser aprobadas después de constituidas, la Administración contará con cinco 5 días para hacerlo (26, 27, 28 de junio, 1 y 2 de julio) a la vez que también deberá haber efectuado el registro presupuestal.

<sup>34</sup> Sección Tercera, Sentencia del 13 de mayo de 1988, Exp. 4303, M.P. Carlos Betancur Jaramillo y del 28 de octubre de 1994, Exp. 8092 del mismo ponente.

*“Pagar una suma actualizada -lo ha dicho la jurisprudencia de esta misma Sala- no implica ni pagar más ni enriquecer indebidamente al acreedor. Los mecanismos de la devaluación mantienen la obligación en los términos reales; vale decir, conservan el poder adquisitivo del peso en tal forma que hoy se le pague al acreedor una suma con un poder equivalente a la que tenía la suma que se quiere actualizar”*

En aplicación de este deber legal, se procederá a efectuar la actualización del valor de la utilidad a partir del mes de septiembre de 1996, fecha probable de terminación de los trabajos y entrega de los mismos, con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para lo cual se aplicará la siguiente fórmula:

$$V_p = \frac{V_h \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

**V<sub>p</sub>** : Corresponde al valor presente

**V<sub>h</sub>** : Es el valor histórico o inicial \$ 6'153.782,)

**Índice Final:** Es el IPC vigente a la fecha de este fallo (octubre de 2008)

**Índice inicial:** Es el IPC vigente para la fecha en que debía haberse terminado la obra (septiembre de 1996 es de 70,90)

$$V_p = \frac{\$ 6'153.782, \times 190,25 \text{ (octubre /2008)}}{70,90 \text{ (octubre/ 1996)}}$$

$$V_p = \$ 16'512.793$$

El valor de la utilidad o lucro cesante calculado con el IPC al mes de octubre de 2008, es de **\$ 16'512.793**.

#### Intereses legales corrientes.

Pero además de la indexación de la utilidad o lucro cesante que dejó de percibir el contratista por habersele impedido injustamente la ejecución del contrato que fue válidamente celebrado, también le asiste derecho a percibir los frutos que dicha utilidad le hubiere generado de haberla recibido a finalizar la ejecución de la obra, pues el dinero no permanece improductivo sino que reporta unos frutos o ganancias derivadas de su uso útil.

Los conceptos de daño emergente y lucro cesante se encuentran definidos en el artículo 1614, norma que reza lo siguiente:

*“Artículo 1614.- Entiéndese por **daño emergente** el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento; y por **lucro cesante**, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.*

El artículo 717 del C.C. dispone:

*“FRUTOS CIVILES Se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido.*

*Los frutos civiles se llaman pendientes mientras se deben; y percibidos desde que se cobran.”*

A su vez, el artículo 849 de la misma codificación prescribe:

*“USUFRUCTO DE FRUTOS CIVILES. Los frutos civiles pertenecen al usufructuario día por día.*

De otra parte el artículo 16 de la Ley 446 de 1989, ordena que en los procesos judiciales, en los cuales se pretenda la reparación de los daños causados, se atenderán los principios de reparación integral. La norma es del siguiente contenido:

*“VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”*

Con fundamento en estas normas, para que el contratista obtenga una reparación integral, el reconocimiento de los daños debe comprender no solo el capital adeudado sino además los frutos civiles que éste hubiere producido, valores a los cuales tiene derecho como usufructuario de dicho capital.

En este orden de ideas, en el presente caso procede el reconocimiento de la indexación y de los intereses civiles corrientes, suma que se calculará sobre el valor histórico que asciende a **\$ 6'153.782**, a una tasa legal del 6% anual que corresponde a la rentabilidad que hubiera percibido el contratista de haber

recibido la utilidad resultante de la ejecución total de la obra a la finalización de la misma, cálculo que se hará con base en la siguiente fórmula:

I= Capital histórico x período de tiempo x tasa de interés

I= \$ 6'153.782 x 12,1666<sup>35</sup> x 0.06

I = **\$ 4'492.236**

El valor de los intereses causados sobre la utilidad que debió devengar el contratista desde el mes de septiembre de 1996, calculados hasta el mes de noviembre de 2008, inclusive, ascienden a la suma de **\$ 4'492.236**, que deberán ser reconocidos.

### **2.10.3 Los intereses legales moratorios solicitados.**

Pretende la empresa demandante que se condene al Departamento del Casanare al pago de los intereses moratorios correspondiente a las sumas de dinero solicitadas, razón por la cual se analizará si en el presente asunto, habría lugar al reconocimiento y pago de los intereses legales moratorios de que trata el artículo 4.8 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto Reglamentario No. 679 de 1994, en su artículo 1º.

En el presente asunto, ha sido demostrado que el contratista tenía derecho a la ejecución de la obra por cuanto el contrato fue celebrado válidamente y, por supuesto, a percibir la utilidad que fue determinada en su propuesta en un valor equivalente al 10% de los costos directos, pero la pregunta que cabe hacer es si dicho valor, podría causar intereses legales moratorios según los mandatos de la Ley 80.

La respuesta a este interrogante debe ser negativa con fundamento en las siguientes razones:

- a) En el caso sub lite no se controvierte el incumplimiento en el pago de una obligación dineraria por parte de la Administración, sino el reconocimiento

---

<sup>35</sup> Cifra en años y fracción de año, desde septiembre de 1996 hasta noviembre de 2008 inclusive.

- al contratista de su derecho a ejecutar el contrato y como consecuencia de ello, a percibir la utilidad respectiva.
- b) Como quiera que el contrato no fue ejecutado, puesto que nunca se cumplieron los requisitos para que éste iniciara su ejecución, tampoco era posible, que surgieran obligaciones de pago a cargo de la entidad pública como contraprestación por la construcción de las obras y que como consecuencia de ello quedara constituida en mora.
  - c) El artículo 1608 del C.C., consagra tres eventos en los cuales el deudor queda constituido en mora, a saber: i) cuando no ha cumplido la obligación dentro del plazo convenido; ii) cuando ha dejado pasar el tiempo dentro del cual podía ser ejecutada la obligación, sin que se hubiere cumplido y iii) cuando el acreedor lo haya reconvenido.
  - d) Examinados los tres supuestos indicados por la norma, se advierte que ninguno de ellos aplica al caso sub lite, por cuanto la controversia se circunscribe a establecer el derecho del contratista a ejecutar el contrato y no al incumplimiento de la Administración en el pago de sus obligaciones económicas.
  - d) De conformidad con lo previsto en el artículo 1615 del Código Civil, si el deudor, no se encuentra constituido en mora, en manera alguna podrán causarse intereses moratorios, menos aún cuando la obligación de pago es inexistente.
  - e) Ejecutoriada la presente providencia, mediante la cual se reconocerá la utilidad al contratista, surgirá para la Administración la obligación de pago, oportunidad en la cual deberá adelantar las medidas necesarias para darle cumplimiento, puesto que es a partir de este momento en que se causarán los intereses moratorios, de conformidad con lo prescrito por el artículo 177 del C.C.A., según el cual, las cantidades líquidas reconocidas en las sentencias devengarán intereses comerciales y moratorios<sup>36</sup>

### Resumen indemnización por perjuicios materiales

---

<sup>36</sup> Mediante sentencia C-188 de 29 de marzo de 1999, la Corte Constitucional declaró inexecutable las frases del inciso final del artículo 177 del C.C.A. que disponían lo siguiente: "durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria" y "después de este término"

<b>PM=</b> Total utilidad indexada	+	interés legal
<b>PM=</b> \$ 16'512.793	+	\$ 4'492.236
<b>Total perjuicios materiales=</b>		<b>\$ 21'005.029</b>

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

**FALLA:**

**REVOCASE** la sentencia de 2 de julio de 1998, dictada por el Tribunal Administrativo del Casanare, en su lugar se dispone:

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de la Resolución No. 00199 de 10 de febrero de 1997, expedida por el Gobernador del Departamento del Casanare, mediante la cual se declaró la terminación del contrato No. 395 de 1996, celebrado entre al Departamento del Casanare y la empresa ECELEC LTDA.

**SEGUNDO: DECLARAR** que el Departamento del Casanare incumplió las obligaciones surgidas del contrato No. 0395 celebrado el 18 de junio de 1996, con la empresa ECELEC LTDA cuyo objeto consistía en la construcción de las obras de electrificación en el Municipio de Trinidad del citado Departamento.

**TERCERO:** Como consecuencia de las declaraciones anteriores, **CONDÉNASE** al Departamento del Casanare al pago de la suma de **VEINTIUN MILLONES CINCO MIL VEINTINUEVE PESOS (\$ 21'005.029)** M/CTE. por concepto de utilidad e intereses legales corrientes, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

**CUARTO: DENIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO:** No hay condena en costas.

**SEXTO:** Para el cumplimiento de la sentencia expídanse copias a las partes por intermedio de sus apoderados para su cumplimiento, según lo previsto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., 115 del C. de P. C. y 37 del decreto 359 del 22 de febrero de 1995.

**SEPTIMO:** En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

**Presidente**

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

**ENRIQUE GIL BOTERO**

**RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**