

## **CONTRATOS ESTATALES – Perfeccionamiento**

De conformidad con lo previsto en el inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales se perfeccionan cuando se acuerdan el objeto y la contraprestación y lo convenido se eleva a escrito. Esto significa que el contrato estatal es solemne, en tanto para su perfeccionamiento no solo se requiere acordar los elementos esenciales del negocio. Sobre el particular esta Corporación ha considerado que la solemnidad dispuesta para los contratos estatales es un requisito ad substantiam actus, en cuanto requisito de su existencia.

En conclusión, por virtud de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, el contrato estatal existe cuando el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación se eleva a escrito y, es ejecutable, cuando se cumplen las condiciones previstas en el inciso segundo del artículo 41 de la ley, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto -Decreto ley 111 de 1996-, esto es, cuando además de la aprobación de la garantía, se cuenta con las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de contratación con recursos de vigencias futuras, de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.

Ello significa que, una vez elevado a escrito, lo cual supone su suscripción por ambas partes, el contrato estatal existe y requiere del registro presupuestal, al igual que de la aprobación de la garantía para su ejecución, condiciones que cumplidas le otorgan eficacia. La aprobación de la póliza entonces no tiene alcance diferente al reconocimiento de parte de la administración sobre que el contratista cumplió con la obligación de la garantía en orden a la ejecución del contrato y el registro presupuestal comporta que la contratante hizo lo propio.

En ese orden de ideas, si bien la aprobación de la garantía, condicionan la iniciación del contrato, su ejecución, vigencia y plazo, se sujeta a que la póliza cumpla con los requisitos legales y que la administración los avale, sin que le esté dado a la entidad hacer gala de su mera liberalidad para demorar su aprobación o negarla, porque, de no ser ello así, de nada serviría la previsión legal, pues lo sujeto a la potestad unilateral nada condiciona.

### **CONSEJO DE ESTADO**

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

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION B**

**Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1997-05346-01(23966)**

**Actor: SOCIEDAD CONSTRUCCIONES Y FACHADAS LIMITADA**

**Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO PARA EL FOMENTO DE LA EDUCACION SUPERIOR**

**Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION CONTRACTUAL**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida el 4 de octubre de 2002 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

### **I. ANTECEDENTES**

El 19 de septiembre de 1997, la sociedad CONSTRUCCIONES Y FACHADAS LIMITADA, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción contractual, solicitó declarar la nulidad de las resoluciones n.º (s) 00689 y 00900 del 10 de julio y 21 de agosto de 1997, respectivamente, proferidas por el INSTITUTO COLOMBIANO DE FOMENTO PARA LA EDUCACIÓN SUPERIOR – ICFES-; para declarar terminado el contrato de obra n.º 3812 de 1997 y rechazar el recurso de reposición. Como consecuencia solicitó declarar el incumplimiento del contrato por parte de la demandada y el pago de los perjuicios causados –folio 2 del cuaderno principal-.

### **1.1. LA DEMANDA**

Conforme al texto de la demanda, la sociedad demandante pretende las siguientes declaraciones y condenas:

- 1. Declarar la Nulidad de la Resolución 00689 del 10 de julio de 1997, mediante la cual el INSTITUTO COLOMBIANO DE FOMENTO PARA LA EDUCACIÓN SUPERIOR –ICFES-, declaró la terminación del contrato 3812 del 08 de mayo de 1997, celebrado entre dicha institución y CONSTRUCCIONES Y FACHADAS LTDA., por las razones que en esta demanda se expresan.*
- 2. Declarar la Nulidad de la Resolución 00900 del 21 de agosto de 1997, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 00689 y se rechazó el mismo.*
- 3. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare que el INSTITUTO COLOMBIANO DE FOMENTO PARA LA EDUCACIÓN SUPERIOR –ICFES-, incumplió el contrato 3812 del 08 de mayo de 1997, suscrito con CONSTRUCCIONES Y FACHADAS LTDA., al decretar ilegalmente su terminación mediante la Resolución 00689 del 10 de Julio de 1997, lo cual fue violatorio de la Ley.*
- 4. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar al INSTITUTO COLOMBIANO DE FOMENTO PARA LA EDUCACIÓN SUPERIOR –ICFES-, al pago de la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados a CONSTRUCCIONES Y FACHADAS LTDA., con el incumplimiento del contrato 3812 DEL 08 DE MAYO DE 1997 por la ilegal declaratoria de terminación del mismo, de conformidad con lo pedido en la demanda referente a los perjuicios y al peritazgo que habrá de realizarse en el proceso.*
- 5. Que se de cumplimiento a la sentencia de conformidad con el (sic) artículo (sic) 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.*

6. Que se condene, en caso de variar la jurisprudencia, en costas y agencias del proceso a la demandada.

Para el efecto la actora puso de presente los siguientes hechos:

1.- Mediante convocatoria n.º 2 de 29 de enero de 1997 el INSTITUTO COLOMBIANO DE FOMENTO PARA LA EDUCACIÓN SUPERIOR-ICFES, abrió concurso público para la ejecución de obras necesarias para la reparación de filtraciones de aguas lluvias en el edificio de la Hemeroteca Nacional Universitaria.

2.- Según resolución n.º 00175 de 28 de febrero de 1997 el ICFES declaró desierta la licitación, en tanto las dos propuestas presentadas no reunieron los requisitos exigidos, al tiempo que solicitó una cotización a la firma CONSTRUCCIONES Y FACHADAS LTDA, que ésta respondió el 31 de marzo de 1997, con el fin contratar directamente.

3.- La Subdirección General Administrativa y Financiera del ICFES encontró la propuesta satisfactoria, para el efecto concluyó lo siguiente:

*Teniendo en cuenta que la presente cotización, contempla la ejecución del objeto en mención en dos etapas según las necesidades planteadas por el ICFES, y que la primera, corresponde a la IMPERMEABILIZACIÓN Y READECUACIÓN DE LA CUBIERTA SOBRE EL DEPÓSITO DE COLECCIONES, cuyo valor de TREINTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS QUINCE PESOS, (\$39'972.815), incluido el I.V.A., se ajusta a los precios del mercado por este tipo de trabajos y que sus condiciones se ajustan a las necesidades planteadas por el ICFES, recomendamos contratar la primera etapa de estos trabajos con la firma Construcciones y Fachadas Ltda.”.*

4.- El 8 de mayo de 1997 las partes suscribieron el contrato de obra n.º 3812, para la impermeabilización y readecuación de la cubierta sobre el depósito de colecciones en el edificio de la Hemeroteca Nacional Universitaria por valor de \$ 39'972.815 m/cte, para ser ejecutada en dos meses contados a partir de la aprobación de la garantía.

5.- Aunque se inició la ejecución la labor se vio interrumpida por orden del interventor de la obra y del Jefe de la División Administrativa, quienes ordenaron la suspensión del contrato el 11 de mayo siguiente sin ninguna justificación.

6.- En estas condiciones, el contratista insistió en que se levantara la medida y la entidad respondió, el 20 de junio de 1997, que su decisión radicaba en que pendía la aprobación de la póliza de garantía y en *“otros hechos que son materia de estudio”*, sin otra explicación.

7.- El 8 de julio de 1997 el contratista puso de manifiesto que la póliza debía aprobarse porque cumplía los requisitos legales, aunado a que se daban las condiciones para reiniciar la ejecución, en tanto para entonces el mismo había dispuesto los traslados de materiales, de personal calificado y ordinario, y de herramienta y equipo, al tiempo de disponer la ubicación y adecuación de hospedaje para el personal e incurrido en gastos de representación y otros más.

8.- No obstante la entidad mediante resolución n.º 00689 de 10 de julio de 1997 terminó el contrato de obra n.º 3812. Para el efecto sostuvo:

*“Que verificado el procedimiento de contratación se observó la violación del artículo 12 del decreto reglamentario 855 de 1994, el cual permite contratar directamente cuando ha sido declarada desierta la licitación o concurso, siempre y cuando se tenga en cuenta los precios del mercado, y sin variar el objeto del contrato proyectado.*

*Que por lo anterior, el contrato de obra No. 3812 de mayo 8 de 1997 adolece de nulidad absoluta por haberse celebrado contra expresa prohibición legal, a tenor del artículo 44 numeral 2ª de la Ley 80 de 1993”.*

9.- Dadas las razones esgrimidas por la administración se interpuso recurso de reposición, el cual fue rechazado mediante resolución n.º 00900 del 21 de agosto de 1997, fundado en que adolecía de falta de presentación personal.

## **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Para la prosperidad de las pretensiones la parte demandante expuso los siguientes cargos: i) que la terminación del contrato constituyó un abuso del derecho y un exceso de poder y que el acto demandado incurrió en falsa motivación, en cuanto la demandada consideró que el contrato n.º 3812 varió el objeto proyectado y no tuvo en cuenta los precios del mercado. Esto si se considera que, confrontados estos aspectos con la convocatoria n.º 02 de 1997, puede concluirse que se trata del mismo objeto. Esto es *“la contratación de las obras físicas necesarias para reparar las filtraciones de aguas lluvias en el edificio de la Hemeroteca Nacional Universitaria”* pues, acorde con la cláusula primera, la

sociedad de conformidad con su oferta de 9 de abril de 1997, aceptada por el INSTITUTO, se comprometió a realizar la impermeabilización y readecuación de la cubierta sobre el depósito de colecciones en el edificio de la Hemeroteca Nacional Universitaria, aunado a que los precios determinados en el contrato corresponden a los del mercado para ese tipo de labores.

## **1.2. INTERVENCIÓN PASIVA**

### **1.2.1 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El 19 de febrero de 1998 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y dispuso notificar al INSTITUTO COLOMBIANO PARA EL FOMENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR –ICFES -folio 24 del cuaderno principal-.

La demandada contestó oponiéndose a las pretensiones –folio 49 del cuaderno principal-. Expuso que i) La firma CONSTRUCCIONES Y FACHADAS LTDA presentó dos propuestas independientes, cada una con su respectivo plazo y valor, la primera que comprendía la impermeabilización y readecuación de la cubierta sobre el depósito de colecciones por valor de \$ 39'972.815 y, la segunda, la impermeabilización y readecuación de la cubierta de acceso sobre el área administrativa para un valor de \$ 33'453.588, cuyo plazo de ejecución era 60 días en ambos casos, ii) sumadas las ofertas excedían el presupuesto oficial de \$23'426.403, iii) la propuesta relativa al contrato n.º 3812 no incluía la reparación de los acabados de interiores, lo que condujo a modificar sustancialmente los términos de referencia, fraccionando el contrato y iv) el ICFES nunca aprobó la póliza de garantía, lo cual impedía la iniciación de las labores contratadas y mal haría en insistirse en su ejecución.

A título de excepciones propuso i) la nulidad absoluta del contrato, pues no comprendió la totalidad de las obras requeridas y especificadas en la convocatoria pública n.º 02 de 1997 y ii) falta de perfeccionamiento, en tanto no se aprobó la póliza de cumplimiento y, en ese sentido, las obligaciones contenidas en el mismo no son exigibles.

## **1.3 ALEGATOS PRIMERA INSTANCIA**

### **1.3.1. PARTE ACTORA**

En la etapa de intervenciones finales de la primera instancia, la parte actora insistió en las pretensiones de la demanda, –folio 125 del cuaderno principal– porque: i) la conducta de la firma demandante se ajustó a los términos convenidos y la ley con miras a su cumplimiento, ii) la entidad demandada dio por terminado el contrato sin reconocer y pagar las compensaciones e indemnizaciones a favor del contratista según el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, olvidando que dicha facultad no puede ejercerse de manera ilimitada, iii) la conducta de la administración desconoce los principios de economía y responsabilidad, en tanto el contrato se perfeccionó con el acuerdo de voluntades. Siendo así generó obligaciones, para el efecto la de constituir la garantía única en los términos de ley para la contratista, la de aprobarla, una vez establecida la conformidad de la póliza con el ordenamiento a cargo de la contratante. Empero, el Subdirector General Jurídico del INSTITUTO COLOMBIANO PARA EL FOMENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR –ICFES– interrumpió de manera intempestiva la ejecución del contrato, aludiendo al contrato de seguro, sin referencia expresa a los motivos que le impedían a la entidad proceder a su aprobación.

### **1.3.1. ENTIDAD DEMANDADA**

La entidad demandada insistió en las razones de su defensa –folio 118 del cuaderno principal–, fundada en que la variación del objeto ofertado explica con claridad la terminación del contrato, como quiera que, declarado desierto el proceso licitatorio, en tanto los proponentes no reunían las condiciones exigidas, conforme lo prevé el artículo 12 del Decreto 855 de 1994, como la licitación tenía por objeto “*reparar filtraciones de aguas lluvias*”, la negociación directa no podía versar sobre un objeto técnica, jurídica y económicamente diferente. Aunado a que el plazo de ejecución comenzaba a correr a partir de la aprobación de la garantía única y ello nunca ocurrió.

Expuso, también, en cuanto a la excepción denominada “*falta de perfeccionamiento del contrato*” que, de conformidad con lo acordado, los plazos de ejecución empezaban a contarse desde la aprobación de la respectiva garantía, que como eso no se dio no le era jurídicamente lícito a la contratista comenzar la ejecución del contrato.

## **1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda -folio 133 del cuaderno principal-, con fundamento en que i) no se demostró la falsa motivación alegada por la demandante, ii) el contrato proyectado en la convocatoria n.º 02 de 1997 tenía por objeto la ejecución de lo necesario para reparar las filtraciones de aguas lluvias en el edificio de la Hemeroteca Nacional Universitaria, incluyendo la totalidad de las obras para lograr los fines perseguidos, empero no cubrió la totalidad de los ítems exigidos, pues los acabados serían materia de otro contrato, según las explicaciones dadas por el mismo contratista, iii) encontró palmaria la variación del objeto, tanto en cantidad como en costo, si se considera que además de menor obra el valor superaba el 80% del presupuesto oficial.

Bajo ese panorama concluyó que, conforme al parágrafo 1º del artículo 12 del Decreto 855 de 1994, “(...), *cuando se contrate directamente por declaratoria de desierta de la licitación o concurso, la entidad estatal no podrá variar el objeto del contrato proyectado, ni modificar sustancialmente los términos de referencia*” y como en el caso concreto el objeto del contrato proyectado fue sustancialmente variado, se incurrió en una conducta prohibida por la norma, dando lugar a la nulidad absoluta, consagrada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 –objeto ilícito-, al celebrar el contrato n.º 3812/97, contra expresa prohibición legal.

En consecuencia, encontró ajustada a derecho la determinación de la entidad demandada de dar por terminado el contrato.

## **SEGUNDA INSTANCIA**

### **2.1 RECURSO DE APELACIÓN**

La parte actora inconforme con la decisión del tribunal interpone recurso de apelación para que se acceda a las pretensiones –folio 160 del cuaderno principal-, para el efecto sostuvo: i) que está demostrado que los precios ofrecidos eran los del mercado, versión ratificada por los peritos que rindieron el experticio dentro del proceso y el cargo estaría llamado a prosperar, ii) que la demandada pasó por alto la buena fe presente en sus actuaciones, aunado a que la entidad

contratante habría podido proceder en orden a que las inconsistencias encontradas se solucionaran y no dar por terminado el contrato como única alternativa, generando perjuicios a la firma demandante y violando los principios de transparencia, economía y responsabilidad.

## **2.2. INTERVENCIONES FINALES**

### **2.2.1. PARTE ACTORA**

En la etapa de intervenciones finales de la segunda instancia, la parte actora insiste en la prosperidad de las pretensiones de la demanda –folio 180 del cuaderno principal-. A su juicio el tribunal confundió el OBJETO DEL CONTRATO, con el “*OBJETO DE LAS OBLIGACIONES QUE SE DERIVAN DEL OBJETO (sic)*”, pues el primero se identifica con el marco del interés que la contratación pretende satisfacer y el segundo tiene que ver con las prestaciones en sí mismas consideradas. Siendo así y habida cuenta que la convocatoria 02 del 29 de enero de 1997 se refirió a “*la contratación de obras físicas necesarias para reparar las filtraciones de aguas lluvias en el edificio Hemeroteca Nacional Universitaria*” coincide con el del contrato de 8 de mayo de 1997 consistente en “*la impermeabilización y readecuación sobre el Depósito de Colecciones de la propia Hemeroteca Nacional*”, aunque las cantidades de obra y las prestaciones que se debían desarrollar por Construcciones y Fachadas se redujera en valor y cantidad. Siendo así la sentencia impugnada debe revocarse pues no se estructuró la causal de nulidad aducida por la demandada.

### **2.2.2. LA ENTIDAD DEMANDADA**

También la entidad demandada insiste en las razones de su defensa –folio 187 del cuaderno principal-, pues, conforme al artículo 12 del Decreto 855 de 1994, cuando se declara desierta una licitación o concurso y se continúa con el proceso de contratación directa, el objeto del contrato no puede variar, como tampoco resulta posible modificar sustancialmente los términos de referencia. En ese orden de ideas, no hay duda de que el contrato n.º 3812 del 8 de mayo de 1997 varió respecto del objeto previsto en el proceso de licitación declarado desierto, dando lugar, en los términos de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, a su nulidad absoluta, por haberse celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal y por ende a que se proceda a su terminación mediante acto administrativo

motivado, como sucedió, si se considera que la nulidad no podía ser saneada por las partes. Esto es así, porque el proceso de licitación se abrió para contratar la impermeabilización del edificio de la Hemeroteca Nacional Universitaria, áreas de depósito de colecciones, sistemas y administrativa por un valor de \$50'000.000 y la sociedad Construcciones y Fachadas Ltda fraccionó el objeto, en tanto presentó dos cotizaciones que, si bien cubrían la totalidad de la obra, sumadas ascendían a la suma de \$ 79'912.911, excediendo el valor presupuestado en un 45.82%.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. COMPETENCIA**

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, dado que la cuantía del asunto alcanza la exigida en vigencia del Decreto Ley 597 de 1988 para que la segunda instancia se surta ante esta Corporación<sup>1</sup>.

### **2. PROBLEMA JURÍDICO**

Corresponde a la Sala resolver sobre la nulidad de las resoluciones n.º (s) 00689 del 10 de julio y 00900 del 21 de agosto de 1997, expedidas por el INSTITUTO COLOMBIANO DE FOMENTO PARA LA EDUCACIÓN SUPERIOR –ICFES- para declarar terminado el contrato de obra 3812 de 1997, así como resolver si la entidad demandada incumplió el contrato, porque, de ser así, deberá ser condenada a pagar los perjuicios causados.

Para resolver el recurso de apelación se abordará en su orden los hechos probados, y la excepción propuesta, para luego determinar se procedía dar por terminada la relación contractual surgida entre las partes.

### **3. HECHOS PROBADOS**

#### **3.1. Cuestión previa**

---

<sup>1</sup> *La cuantía exigida para que la acción contractual tuviera vocación de doble instancia era \$ 9.610.000 y el monto de la pretensión mayor equivale a la suma de \$ 24.625.512, según se infiere del capítulo relativo a la de cuantía del proceso..*

Las pruebas documentales aportadas en las oportunidades procesales respectivas serán valoradas por cumplir los requisitos legales, al igual que los testimonios practicados en el curso de la primera instancia.

3.1.1. Mediante convocatoria n.º 02 de 29 de enero de 1997 –folio 5 del cuaderno de pruebas-, el INSTITUTO COLOMBIANO PARA EL FOMENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR-ICFES abrió proceso de licitación para la contratación de las obras físicas necesarias para reparar las filtraciones de aguas lluvias en el edificio de la Hemeroteca Nacional Universitaria y conforme a los términos de referencia bajo las siguientes reglas –folio 144 del cuaderno de pruebas-:

**1º OBJETO**

*El objeto de esta convocatoria es la contratación de las obras físicas necesarias para reparar las filtraciones de aguas lluvias en el edificio de la Hemeroteca Nacional Universitaria. Esta convocatoria se regirá por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios N.º 0855 y 1898 de 1994.*

**4º ADJUDICACIÓN**

*El ICFES adjudicará el contrato, previos los estudios jurídicos, técnicos y económicos, dentro de un término de cuatro (4) días calendario, a partir del once (11) de febrero de 1997, pudiendo prorrogar este plazo antes del vencimiento, si las necesidades del instituto así lo exigen, hasta por un término no superior a la mitad del tiempo inicialmente fijado, conforme lo establece el inciso 2º numeral 5º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.*

*La adjudicación se hará mediante Resolución motivada expedida por la Dirección General del ICFES, la cual se notificará personalmente al proponente favorecido y se comunicará a los demás proponentes (...).*

**6º NÚMERO MINIMO DE PROPUESTAS**

*El ICFES podrá adjudicar la presente convocatoria aún presentándose una (1) propuesta hábil, siempre y cuando la misma sea favorable para la entidad.*

**8º DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL**

*El instituto cuenta con disponibilidad presupuestal para esta contratación hasta por la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$ 50.000.000,00) M/CTE según certificado de disponibilidad presupuestal n.º 56 del 24 de enero de 1996.*

3.1.2. El 25 de febrero de 1997 la Subdirección Administrativa y Financiera rindió concepto relacionado con las propuestas presentadas –folio 172 del cuaderno de pruebas-.

*“1. Concepto jurídico*

*La firma CONTRAC LTDA, no cumplió con los términos de referencia en los puntos relacionados con la póliza de garantía de seriedad de la oferta y la inscripción en el registro único de proponentes, como proveedor de la especialidad objeto de la convocatoria.*

*La firma IMPERCENTRO LTDA sobrepasa el monto a contratar y la certificación de la Cámara de Comercio supera la vigencia indicada en los términos de referencia. Igualmente no acredita la inscripción en el registro único de proponentes.*

### **3.- Concepto técnico**

*Las siguientes son las conclusiones del informe técnico:*

*No se recomienda contratar con la firma CONTRAC LTDA, ya que si bien presenta la oferta mas baja y anexa la documentación solicitada en los términos de referencia no tiene experiencia en contratos similares con el objeto de la convocatoria.*

*No se recomienda contratar con la firma IMPERCENTRO LTDA ya que su oferta dobla el valor de la anterior y no anexa el análisis de precios unitarios, el cual es indispensable para determinar la calidad de la obra, como se establece en el pliego de condiciones.*

### **RECOMENDACIÓN**

*Analizada la situación reflejada en los informes, el grupo está de acuerdo en proponer a la Dirección General que se declare desierta la convocatoria n.º 02 de 1997 y sugerir la apertura de otra convocatoria, previa revisión y ajustes a los términos de referencia de acuerdo con las recomendaciones que para el efecto propuso la Subdirección de Planeación en su concepto técnico.*

3.1.3. El 31 de marzo de 1997, la Sociedad Construcciones y Fachadas presentó al Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior –ICFES- dos cotizaciones para la ejecución de diferentes obras –folios 9 a 13 del cuaderno de pruebas-, como sigue:

### **“PRIMERA COTIZACIÓN**

#### **OBRA**

*Impermeabilización y Readecuación de la cubierta sobre depósito de colecciones.*

- \* Impermeabilización zonas verdes sobre depósito de colecciones.*
- \* Impermeabilización corredor central sobre depósito de colecciones.*
- \* Impermeabilización de Loggias sobre depósito de colecciones.*
- \* Impermeabilización jardineras sobre depósito de colecciones.*

**Valor Total de la Cotización..... \$39'972.815**

**Validez de la oferta: 30 días.**

**Plazo Ejecución: 60 días.**

## **SEGUNDA COTIZACIÓN**

### **OBRA.**

*Impermeabilización y Readecuación de la cubierta de acceso sobre área Administrativa y Sistemas.*

*\* Impermeabilización de Loggias sobre área Administrativa y Sistemas.*

*\* Impermeabilización de terraza acceso sobre área Administrativa y Sistemas.*

*\* Impermeabilización de Jardineras, escalas acceso.*

*\* Impermeabilización escalas y descansos de acceso.*

*\* Impermeabilización de jardineras, Terrazas sobre área Administrativa y Sistemas.*

**Valor Total de la Cotización..... \$33'453.588**

**Validez de la oferta: 30 días.**

**Plazo Ejecución: 60 días.**

3.1.4. El 4 de abril de 1997 el Subdirector General Administrativo y Financiero de la entidad demandada –folio 18 del cuaderno de pruebas- solicitó al Gerente de la Sociedad Construcciones y Fachadas Ltda claridad sobre los precios unitarios, en cantidad y tipo de materiales requeridos en la ejecución del contrato.

3.1.5. En la misma fecha el representante legal de la Sociedad Construcciones y Fachadas Ltda. dio respuesta al Subdirector General Administrativo y Financiero del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior –ICFES- en estos términos –folio 18 del cuaderno de pruebas-:

*La propuesta presentada incluye dos (2) obras independientes, las cuales fueron cotizadas a petición del Dr. José William Betancur, por lo tanto no son “capítulos” como lo plantea el análisis y el tiempo de ejecución de cada uno es de 60 días.*

*El tipo y la cantidad de materiales requeridos están contemplados en cada ítem, y el valor unitario incluye acarreos, suministros y mano de obra.*

3.1.6. El 7 de mayo de 1997 la Sociedad Construcciones y Fachadas se ratificó en la propuesta presentada y se dirigió a la Dirección General del ICFES en estos términos –folio 175 del cuaderno de pruebas-:

*En atención a la solicitud de la Subdirección General Administrativa y Financiera de presentar una propuesta para la solución de los problemas de filtraciones de aguas lluvias que se vienen presentando en la Hemeroteca Nacional Universitaria Carlos Lleras Restrepo, me permito aclararle que la cotización se presentó con dos soluciones independientes pero ceñidas al*

*mismo objeto, de acuerdo con las prioridades establecidas por los Arquitectos de la Subdirección General de Planeación:*

*Las obras presentadas en dicha cotización son las siguientes:*

**1.- IMPERMEABILIZACIÓN Y READECUACIÓN DE LA CUBIERTA SOBRE DEPÓSITO DE COLECCIONES**

- 1.1. Impermeabilización zonas verdes sobre depósito de colecciones.*
- 1.2. Impermeabilización corredor central sobre depósito de colecciones*
- 1.3. Impermeabilización de loggias sobre depósito de colecciones.*
- 1.4. Impermeabilización jardineras sobre depósito de colecciones.*

SUBTOTAL       \$ 34.459.323  
IVA               \$ 5.513.492  
VALOR TOTAL   \$ 39.972.815

**2.- IMPERMEABILIZACIÓN Y READECUACIÓN DE LA CUBIERTA DE ACCESO SOBRE EL ÁREA ADMINISTRATIVA Y SISTEMAS**

- 2.1. Impermeabilización de loggias sobre área administrativa y sistemas.*
- 2.2. Impermeabilización de terraza acceso sobre área administrativa y sistemas.*
- 2.3. Impermeabilización de jardineras, escalas de acceso.*
- 2.4. Impermeabilización escalas y descansos de acceso.*
- 2.5. Impermeabilización de jardineras terraza sobre área administrativa y sistemas.*

SUBTOTAL       \$ 28.839.300  
IVA               \$ 4.614.288  
VALOR TOTAL   \$ 33.456.588

*De acuerdo con el programa de prioridades y las condiciones de la cotización, cordialmente la manifiesto que estoy de acuerdo con la ejecución de las obras por etapas, dejando a voluntad del ICFES la contratación de cualquiera de ellas de acuerdo con las necesidades”.*

3.1.7. El 8 de mayo de 1997 la SOCIEDAD CONSTRUCCIONES Y FACHADAS LTDA y el INSTITUTO COLOMBIANO PARA EL FOMENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR –ICFES– suscribieron el contrato de obra n.º 3812 de 1997 –folio 2 del cuaderno de pruebas- del cual se destacan las siguientes cláusulas:

OBJETO.- *EL CONTRATISTA de conformidad con su oferta del 9 de abril de 1997, aceptada por el INSTITUTO, se compromete a realizar la impermeabilización y readecuación de la cubierta sobre el depósito de colecciones en el edificio de la Hemeroteca Nacional Universitaria, las obras a ejecutar son las siguientes:*

*IMPERMEABILIZACIÓN ZONAS VERDES SOBRE DEPÓSITO DE COLECCIONES...*

*IMPERMEABILIZACIÓN CORREDOR CENTRAL SOBRE DEPÓSITO DE COLECCIONES*

*IMPERMEABILIZACIÓN DE LOGGIAS SOBRE DEPÓSITO DE COLECCIONES...*

*IMPERMEABILIZACIÓN JARDINERAS SOBRE DEPÓSITO DE COLECCIONES...*

TOTAL \$ 39'972.815

**SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.**- EL CONTRATISTA se obliga: a) Ejecución de la obra: Llevar a efecto todos los proyectos, instalaciones y obras al precio unitario cotizado en su propuesta de tal forma que los trabajos se adelanten ciñéndose a las mejores formas y prácticas de la técnica actual,....

**TERCERA: DURACIÓN Y PLAZOS.**- EL CONTRATISTA se compromete a entregar la totalidad de la obra, dentro de los (2) meses siguientes contados a partir de la aprobación de la respectiva garantía. **PARÁGRAFO:** Para efectos de la constitución de pólizas y demás fines legales, el plazo de este contrato se estipula en tres (3) meses contados a partir de su perfeccionamiento.

**CUARTA: VALOR DEL CONTRATO.**- El presente contrato es a precios unitarios. En consecuencia el valor del mismo será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por el CONTRATISTA y recibidas a satisfacción por el INSTITUTO, por los precios consignados en la propuesta. Para efectos legales y fiscales, el valor estimado del contrato es de **TREINTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS QUINCE PESOS (39'972.815) M/CTE, incluido I.V.A.**

**SEXTA: GARANTÍAS.**- Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones aquí consignadas, el CONTRATISTA dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la firma de este documento, debe constituir a su costa y a favor del INSTITUTO, en un banco o una compañía de seguros legalmente reconocida por la Superintendencia Bancaria la garantía única que ampare los siguientes riesgos:....**PARÁGRAFO:** La garantía estipulada en esta cláusula requerirá la aprobación por parte de la Subdirección General Jurídica del INSTITUTO, tratándose de póliza no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria de una de las partes que en este acto intervienen.

**OCTAVA: DOCUMENTOS CONTRACTUALES.**- Forman parte de este contrato la propuesta del CONTRATISTA de fecha 31 de marzo de 1997, fotocopia de la Resolución 00175 del 28 de febrero de 1997,

**DÉCIMA TERCERA: INTERVENTORÍA DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.**- El control y la vigilancia de este contrato se ejercerá a través de la Subdirección General de Planeación del INSTITUTO.

**DÉCIMA QUINTA: REQUISITOS DE PERFECCIONAMIENTO Y EJECUCIÓN.**- El presente contrato se perfecciona con la suscripción de las partes y el respectivo registro presupuestal. Para su legalización se requiere publicación en el Diario Único de Contratación Pública, pago del Impuesto de Timbre que debe realizarse en la Tesorería del INSTITUTO y la constitución de la garantía única por parte del CONTRATISTA. Para su ejecución se requiere la aprobación de la garantía por parte del INSTITUTO.

3.1.8. El 18 de junio de 1997 el Gerente de la Sociedad Construcciones y Fachadas Ltda solicitó a la Dirección del Instituto Colombiano para el Fomento de

la Educación Superior informar las razones por las que no se daba inició a la ejecución del contrato –folio 27 del cuaderno de pruebas- se destaca:

*..., con el fin de solicitarle me sirva aclarar y definir la situación que se viene presentando con relación al contrato citado en la que se presentan las anomalías que a continuación relacionaré, originadas directamente por el instituto que usted representa, las mismas que están generando a la entidad que gerencio, múltiples perjuicios. Son ellas:*

*1.- El 8 de mayo, fecha de la firma del contrato, fueron presentadas para la suscripción del acuerdo, las pólizas de cumplimiento, las cuales satisfacen plenamente los requisitos establecidos en el contrato, ya que las mismas fueron exigidas para la firma del acuerdo.*

*2.- En la medida que la suscripción del contrato señala un término de ejecución, la obra se inició el día 9 de mayo, el 11 de mayo el señor JAVIER BOLAÑOS PALACIOS, designado como el interventor de la obra y el Dr. GUSTAVO ESCOBAR VALENCIA, jefe de la división Administrativa, ordenaron la suspensión de la misma sin explicación ni justificación alguna.*

*3.- Como puede ver, a la fecha de esta carta no he recibido documento escrito que ratifique la orden del interventor, por el contrario se me ha citado para suscribir un acta de conciliación en la cual me plantean la posibilidad de dar por terminado el contrato, previa una indemnización que a toda luz es inocua ya que la situación que se presenta fue originada por la institución, la cual ha originado el rompimiento del contrato ya que en estas condiciones el termino de cumplimiento no puede contarse de acuerdo con lo pactado, ya que ustedes unilateralmente han impedido su cumplimiento.*

3.1.9. El 20 de junio de 1997 el Subdirector General Jurídico del ICFES dio respuesta a la inquietud manifestada por la firma contratista así –folio 28 del cuaderno de pruebas- se destaca:

*“Al respecto es producible admitir que efectivamente el contrato, por el hecho de no estar debidamente legalizado y por otros hechos que son materia de estudio, no puede ejecutarse.*

*Afirma usted que la sociedad que usted representa presentó las pólizas de garantía del contrato, que según su afirmación satisface plenamente los requisitos.*

*En cuanto a esta afirmación, debo aclararle que la cláusula décima quinta del contrato suscrito por usted en forma clara e inequívoca prescribe que para poder iniciar la ejecución del contrato “se requiere la aprobación de la garantía por parte del INSTITUTO”. La póliza presentada por Usted no fue aprobada por el Instituto, razón por la cual el contrato no ha sido debidamente legalizado. Consecuentemente, Usted no podía dar inicio a la ejecución del mismo, como afirma que lo hizo el día 9 de mayo del año en curso.*

*En cuanto a su solicitud en el punto tercero, en el sentido de exigir una orden escrita de suspensión de la obra, encontramos improcedente atenderla, por lo expresado anteriormente en el sentido de que Usted no debió iniciar la ejecución del contrato y teniendo en cuenta que tampoco existió ni Usted exigió orden escrita para iniciar dicha ejecución.*

3.1.10. El 17 de julio de 1997 la Subdirección Administrativa y Financiera rindió concepto sobre la propuesta para impermeabilización de las zonas afectadas por humedades de la Hemeroteca Nacional Universitaria –folio 22 del cuaderno de pruebas-.

**CONCEPTO SOBRE PROPUESTA PRESENTADA PARA LA IMPERMEABILIZACIÓN DE LAS ZONAS AFECTADAS POR HUMEDADES Y FILTRACIÓN DE AGUAS LLUVIAS EN LA HEMEROTECA NACIONAL UNIVERSITARIA CARLOS LLERAS RESTREPO.**

*De acuerdo con los problemas de filtración de aguas que se vienen presentando en algunas áreas de la Hemeroteca Nacional Universitaria, el ICFES convocó, mediante aviso 02 – de 1997 a presentar propuestas para la solución de dichos problemas.*

*Teniendo en cuenta que las firmas participantes no cumplieron en parte con los requisitos planteados en los términos de referencia del aviso 02/97, la Subdirección Administrativa y Financiera declaró desierta dicha convocatoria.*

*Habiendo analizado las áreas comprometidas por las filtraciones de aguas lluvias, hemos llegado a la conclusión (sic) que las reparaciones a las que hay lugar sin las que a continuación se describen, las cuales consideramos viable ejecutarlas en tres etapas, de acuerdo con la propuesta de prioridades que describimos más adelante....*

*(...)*

**ANÁLISIS**

*Teniendo en cuenta el análisis realizado a la presente cotización y las aclaraciones anexas a la misma, de acuerdo con la solicitud de esta subdirección, podemos destacar los siguientes aspectos:*

*La propuesta contempla dos (2) etapas, cada una se toma como cotización independiente:*

*Impermeabilización y readecuación de la cubierta sobre el depósito de colecciones.*

*Impermeabilización de la terraza de acceso sobre el área Administrativa y de Sistemas.*

*(...)*

*De acuerdo con el plan de prioridades establecido para la adecuación de espacios de la Hemeroteca Nacional Universitaria, recomendamos ejecutar las obras de impermeabilización de la siguiente manera:*

*Teniendo en cuenta que la presente cotización, contempla la ejecución del objeto en mención en dos etapas según las necesidades planteadas por el ICFES, y que la primera, corresponde a la IMPERMEABILIZACIÓN Y READECUACIÓN DE LA CUBIERTA SOBRE EL DEPÓSITO DE COLECCIONES, cuyo valor de TREINTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS QUINCE PESOS, (\$39'972.815), incluido el I.V.A., se ajusta a los precios del mercado por este tipo de trabajos y que sus condiciones se ajustan a las necesidades planteadas por el ICFES, recomendamos contratar la primera etapa de estos trabajos con la firma Construcciones y Fachadas Ltda.*

3.1.11. Mediante Resolución n.º 00689 de 10 de julio de 1997, la Dirección General del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior declaró terminado el contrato de obra n.º 3812 de 8 de mayo de 1997 celebrado con la empresa Construcciones y Fachadas Ltda. y ordenó su liquidación –folio 31 del cuaderno del cuaderno de pruebas-. Para llegar a dicha conclusión se destaca:

*“Que el Director General del Instituto solicitó a la Subdirección Jurídica suspender la aprobación de la póliza que garantiza el contrato 3812 de 8 de mayo/97 y por tanto su ejecución, hasta tanto no se verificara que el procedimiento de contratación seguido por la Subdirección Financiera y Administrativa estaba acorde con el Estatuto Contractual.*

*Que verificado el procedimiento de contratación se observó la violación del artículo 12 del decreto reglamentario 855 de 1994, el cual permite contratar directamente cuando ha sido declarada desierta la licitación o concurso, siempre y cuando se tenga en cuenta los precios del mercado, y sin variar el objeto del contrato proyectado.*

*Que por lo anterior, el Contrato de Obra No. 3812 de mayo 8 de 1997 adolece de nulidad absoluta por haberse celebrado contra expresa prohibición legal, a tenor del artículo 44 numeral 2º de la Ley 80 de 1993.*

3.12. Mediante Resolución n.º 00900 de 21 de agosto de 1997, la entidad demandada rechazó el recurso de reposición instaurado por la contratista porque el escrito no fue presentado personalmente –folio 34 del cuaderno de pruebas-.

3.14. Conforme al dictamen pericial rendido en el curso de la primera instancia – folio 180 del cuaderno de pruebas- i) los precios ofertados por la actora y acordados por las partes corresponden a los del mercado y ii) la inversión del contratista ascendió a \$ 28'628.433,83 m/cte.

**1.-** Se solicitó a la entidad demandante **CONSTRUCCIONES Y FACHADAS LTDA** los libros de contabilidad de Mayo a Septiembre y los documentos originales relacionados para cada uno de los ítems que reposan en el expediente, con el fin de evidenciar su contabilización de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2639 de 1993 encontrando lo siguiente:

(...)

Adicionalmente se encontró que los valores registrados en la cotización que se encuentra en el expediente no presentan variaciones significativas frente a los precios de los materiales encontrado en la base de datos de **CONSTRUDATA** para el año de 1997.

En nuestro concepto y desde el punto de vista contable y no en derecho dictaminamos que mientras los registros que se adjuntan al proceso, no se encuentran contabilizados en la forma que lo contempla el decreto 2649 de 1993 y demás normas concordantes, no se podrá cuantificar el monto que tenga una relación directa de causalidad con el contrato objeto de la discusión por lo tanto solo consideramos gastos imputables el valor de 5.530.574.00 que traído a valor presente representa 10'085.693,01 MÁS LA COMPRA DE MATERIALES A PAPELES Y TELAS IMPERMEABLES LTDA. por valor de 11.533.166 cuya contabilización no se encontró registrada en los libros oficiales, calculado con la tasa mínima de rendimiento DTF 21.18 AMV más un margen de utilidad del 15% sobre la inversión inicial. Generaría un total de 28'628.433,83.

### **3.2 LA EXCEPCIÓN PROPUESTA**

La Sala abordará el tema relativo al perfeccionamiento, pues para la entidad demandada el contrato se dio por terminado sin que ella misma haya aprobado la póliza de cumplimiento. Planteamiento este que si bien no se trata propiamente de una excepción porque no se funda de hechos nuevos<sup>2</sup>, comporta en todo caso de una oposición relevante que impone la necesidad de revisar lo acontecido y sus alcances.

De conformidad con lo previsto en el inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales se perfeccionan cuando se acuerdan el objeto y la contraprestación y lo convenido se eleva a escrito. Esto significa que el contrato

---

<sup>2</sup> *Devis Echandía: "En sentido propio, la excepción es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa en general que le corresponde a todo demandado, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos"* (Cfr. *Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Tomo 1. Décimo Cuarta Edición. 1994. Editorial Jurídica Dike. Bogotá.*)

estatal es solemne, en tanto para su perfeccionamiento no solo se requiere acordar los elementos esenciales del negocio.

Sobre el particular esta Corporación ha considerado que la solemnidad dispuesta para los contratos estatales, es un requisito *ad substantiam actus*, en cuanto requisito de su existencia<sup>3</sup>.

*Recuérdese, por lo demás, que el contrato celebrado por la administración con los particulares es de carácter solemne, es decir, que para su eficacia, de acuerdo con el régimen jurídico de derecho público al cual está sometido, se requiere que se eleve a escrito la manifestación de voluntad, de manera que la ausencia de este conlleva la inexistencia del negocio jurídico e impide el nacimiento de los efectos jurídicos pretendidos por las partes, toda vez que éstas no tienen libertad de forma, "...pues la solemnidad escrituraria hace parte de la definición del tipo negocial por razones de seguridad y certeza en razón a que se trata de una normativa reguladora de la contratación de las entidades públicas..."*<sup>4</sup>

*Igualmente, por sabido se tiene que esta solemnidad según la cual esta clase de contratos deben constar por escrito, constituye un requisito *ad substantiam actus*, esto es, sin el cual el negocio no existe y, por tanto, carece de efectos en el mundo jurídico; ello implica que la falta del documento que contiene el acto o contrato no pueda suplirse con otra prueba, pues en aquellos negocios jurídicos en los que la ley requiere de esa solemnidad, la ausencia del documento escrito implica a que se miren como no celebrados y su omisión de aportarlos en legal forma dentro de un proceso judicial impide que se puedan hacer valer o reconocer los derechos y obligaciones -efectos jurídicos- que en nombre o a título de él se reclaman.*<sup>5</sup>

En conclusión, por virtud de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, el contrato estatal existe cuando el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación se eleva a escrito y, es ejecutable, cuando se cumplen las condiciones previstas en el inciso segundo del artículo 41 de la ley, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de

---

<sup>3</sup> Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2007. Expediente 16211. Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>4</sup> Ver: Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencias de 29 de enero de 1998 Exp. 11099 y 4 de mayo de 1998.

<sup>5</sup> Repárese que el artículo 187 del C. de P. C., es del siguiente tenor: "Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. "El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba".

Presupuesto -Decreto ley 111 de 1996-, esto es, cuando además de la aprobación de la garantía, se cuenta con las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de contratación con recursos de vigencias futuras, de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.

Ello significa que, una vez elevado a escrito, lo cual supone su suscripción por ambas partes, el contrato estatal existe y requiere del registro presupuestal, al igual que de la aprobación de la garantía para su ejecución, condiciones que cumplidas le otorgan eficacia. La aprobación de la póliza entonces, no tiene alcance diferente al reconocimiento de parte de la administración sobre que el contratista cumplió con la obligación de la garantía en orden a la ejecución del contrato y el registro presupuestal comporta que la contratante hizo lo propio.

En ese orden de ideas, si bien la aprobación de la garantía, condicionan la iniciación del contrato, su ejecución, vigencia y plazo, se sujeta a que la póliza cumpla con los requisitos legales y que la administración los avale, sin que le esté dado a la entidad hacer gala de su mera liberalidad para demorar su aprobación o negarla, porque, de no ser ello así, de nada serviría la previsión legal, pues lo sujeto a la potestad unilateral nada condiciona<sup>6</sup>.

Para el caso concreto, aunque el contrato n.º 3812 de 1997 nació a la vida jurídica en tanto se suscribió el 8 de mayo del mismo año y tiene que ver con la impermeabilización y readecuación de la cubierta sobre el depósito de colecciones en el edificio de la Hemeroteca Nacional Universitaria, acorde con la contraprestación convenida y las estipulaciones que gobernarían la relación comercial, la garantía no fue aprobada por la entidad contratante, si se considera que ésta guardó silencio sobre el particular. Siendo así no se entró en la fase de

---

<sup>6</sup> Artículo 1535 del Código Civil. *Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga. Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes valdrá.*

*Sentencia de 5 de diciembre de 2006. Radicado: 13750. Sección Tercera. Consejo de Estado .M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Las condiciones también pueden ser potestativas, casuales o mixtas. Potestativa cuando depende de la voluntad del acreedor o del deudor; casual cuando depende de la voluntad de un tercero o de un acaso, y mixta cuando depende en parte del acreedor o del deudor y en parte de un tercero. Se distingue la meramente potestativa de la potestativa, en cuanto la primera depende del solo querer o voluntad de la persona obligada y la segunda de la realización de un hecho de ésta. La condición potestativa es válida y la meramente potestativa es nula (arts. 1534 y 1535 del C.C.).*

ejecución, dado que no se avinieron las condiciones previstas en el inciso 2º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993<sup>7</sup>

Empero el silencio de la entidad, frente a su obligación de avalar la garantía o dejar de hacerlo, exponiendo las razones que acompañan su negativa, no puede ser aducida por la entidad para enervar la ejecución contractual, como quiera que contraría el postulado constitucional de buena fe y repugna al deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios que, una alegación fundada en la propia culpa pueda salir avante. Esto es así porque, la aprobación de la garantía no se sujeta a la merced de la entidad demandada, en cuanto más que la potestad de resolver si el contrato se ejecuta o no comporta una prestación de cumplimiento imperativo, lo que hace al silencio de la administración subversivo de un deber legal y conlleva responsabilidades. Empero, aunque la Sala censura la conducta de la administración, pues las razones esgrimidas para dilatar la aprobación de la garantía no tuvieron que ver con el cumplimiento de sus requisitos, lo cierto es que la controversia gira fundamentalmente sobre la decisión de la administración de dar por terminado el contrato y no sobre la aprobación de la garantía.

### **3.3. TERMINACIÓN DEL CONTRATO**

EL INSTITUTO COLOMBIANO PARA EL FOMENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR-ICFES abrió licitación para contratar la reparación de las filtraciones de aguas lluvias en el edificio de la hemeroteca Nacional Universitaria, conforme la convocatoria n.º 02 de 29 de enero de 1997, concretamente *“la contratación de las obras físicas necesarias para reparar las filtraciones de aguas lluvias en el edificio de la Hemeroteca Nacional Universitaria”*, con un presupuesto de \$ 50.000.000,00, m/cte.

Si bien se echa de menos la resolución n.º 00175 de 28 de febrero de 1997, mediante la cual el ICFES declaró desierta la licitación, en cuanto las propuestas presentadas no reunieron los requisitos exigidos, no hay duda que ello ocurrió así, si se tiene en cuenta que, el 25 de febrero de 1997, la Subdirección Administrativa

---

<sup>7</sup> INCISO 2o.> *Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.*

y Financiera, según concepto que obra en autos, recomendó la apertura de una nueva convocatoria, pues las dos propuestas presentadas no cumplieron con los requisitos técnicos y jurídicos previstos en el pliego de condiciones.

En este panorama, el 31 de marzo de 1997 la Sociedad Construcciones y Fachadas presentó propuesta a la Dirección General del ICFES para continuar con el procedimiento de contratación directa y se ratificó por entero en ella el 7 de mayo del mismo año. Propuesta que, si bien se refiere a las obras relacionadas con las filtraciones de aguas lluvias en el edificio de la Hemeroteca Nacional Universitaria, trata de forma separada dos zonas de la misma edificación, dando lugar a distintos ítems, valores unitarios y cantidades de obra diferentes. Tanto es así que la primera de las cotizaciones prevé:

**1.- IMPERMEABILIZACIÓN Y READECUACIÓN DE LA CUBIERTA SOBRE DEPÓSITO DE COLECCIONES**

- 1.1. Impermeabilización zonas verdes sobre depósito de colecciones.
- 1.2. Impermeabilización corredor central sobre depósito de colecciones
- 1.3. Impermeabilización de loggias sobre depósito de colecciones.
- 1.4. Impermeabilización jardineras sobre depósito de colecciones.

SUBTOTAL       \$ 34.459.323  
IVA               \$ 5.513.492  
VALOR TOTAL   \$ 39.972.815

Y la segunda cotización contiene:

**2.- IMPERMEABILIZACIÓN Y READECUACIÓN DE LA CUBIERTA DE ACCESO SOBRE EL ÁREA ADMINISTRATIVA Y SISTEMAS**

- 2.1. Impermeabilización de loggias sobre área administrativa y sistemas.
- 2.2. Impermeabilización de terraza acceso sobre área administrativa y sistemas.
- 2.3. Impermeabilización de jardineras, escalas de acceso.
- 2.4. Impermeabilización escalas y descansos de acceso.
- 2.5. Impermeabilización de jardineras terraza sobre área administrativa y sistemas.

SUBTOTAL       \$ 28.839.300  
IVA               \$ 4.614.288  
VALOR TOTAL   \$ 33.456.588

La entidad demandada acogió parcialmente la propuesta, en cuanto la limitó a la impermeabilización y readecuación de la cubierta sobre el depósito de colecciones y en consecuencia, el 8 de mayo de 1997 las partes suscribieron el contrato de obra n.º 3812 de 1997; de modo que el objeto no incluyó la impermeabilización y readecuación de la cubierta de acceso sobre el área administrativa y de sistemas, incluidas las terrazas de acceso, jardineras, escalas y descansos y los acabados

de interiores, pues la sociedad demandante solo se comprometió a impermeabilizar las zonas verdes, el corredor central, loggias y jardineras sobre el depósito aludido.

Lo anterior por la suma de \$ 39'972.815, en dos (2) meses de ejecución.

En estas condiciones, la Dirección General del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior declaró terminado el contrato de obra n.º 3812 de 8 de mayo de 1997, mediante la resolución n.º 00689 de 10 de julio de 1997 y ordenó su liquidación, fundada en la violación del artículo 12 del decreto reglamentario 855 de 1994, en tanto i) no se tuvieron en cuenta los precios del mercado y ii) el objeto contratado difirió sustancialmente del proyectado.

Ahora, citado por la administración para dar por terminado el contrato, el artículo 12 del decreto 855 de 1994 dispone:

**Artículo 12º.-** *En los casos de declaratoria de desierta de la licitación o concurso, cuando no se presente propuesta alguna, ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones o términos de referencia, o en general, cuando falte voluntad de participación, la entidad estatal podrá contratar directamente, sin necesidad de obtener previamente ofertas, teniendo en cuenta los precios del mercado, y si es del caso, los estudios y evaluaciones que para el efecto se hayan realizado directamente o a través de organismos consultores o asesores designados para ello.*

**Parágrafo 1º.-** *Producida la declaratoria de desierta de una licitación o concurso, no se podrá contratar directamente con aquellas personas que hubieren presentado en dicha licitación propuestas que la entidad hubiere encontrado artificialmente bajas.*

*En todo caso, cuando se contrae directamente por declaratoria de desierta de la licitación o concurso, la entidad estatal no podrá variar el objeto del contrato proyectado, ni modificar sustancialmente los términos de referencia.*

**Parágrafo. 2º.-** *Se considera que no existe pluralidad de oferentes:*

- a. Cuando no existiere más de una persona inscrita en el Registro de Proponentes, en aquellos contratos respecto de los cuales se requiera dicho inscripción conforme al artículo 22 de la Ley 80 de 1993.*
- b. Cuando solo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial, o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo.*

Siendo así, declarada desierta la licitación o concurso, la entidad estatal podía contratar directamente como ocurrió. Empero i) con los precios del mercado, ii) con terceros a la licitación inicial u oferentes siempre que éstos no hubieran

presentado propuestas artificialmente bajas y iii) sin variar sustancialmente el objeto de la licitación o concurso y los términos de referencia. Respetando los principios que gobiernan los procesos de selección.

Al respecto cabe precisar que la Sala, de tiempo atrás, ha sostenido que en tanto el pliego de condiciones constituye un acto de carácter general con efectos vinculantes, declarada desierta la licitación o concurso, como ocurrió en el caso concreto, la variación del objeto contractual proyectado, o la modificación sustancial de los términos de referencia vulneran los principios constitucionales y legales de transparencia al igual que orientan la función administrativa.

De suerte que en cuanto declarada desierta la licitación, adelantado del proceso de contratación directa, valoradas las propuestas de la firma demandante y suscrito el contrato n.º 3812 de 1997, la entidad estatal resolvió darlo por terminado, porque no se tuvieron en cuenta los precios del mercado y se modificó el objeto proyectado, bien podría afirmarse que el ICFES actuó como correspondía.

No obstante la Sala observa que no fue así en lo que toca con el primer supuesto, pues, contrario a lo afirmado por la entidad demandada, el dictamen pericial da lugar a sostener que los valores registrados en la cotización no presentaban variaciones significativas frente a los precios del mercado, análisis acogido por el *a quo* y del cual nada se dijo en el curso de la segunda instancia; empero no así con la segunda causal aducida para dar por terminado el contrato, porque en la resolución que la actora controvierte se declaró la terminación arguyendo falta de validez absoluta, porque el contrato se celebró contra expresa prohibición legal y la demandante no demostró lo contrario.

Aunque para el Tribunal el contrato n.º 3812 de 8 de mayo de 1997, modificó sustancialmente el objeto del contrato proyectado y los términos de referencia de la licitación 002 de 1997, si se considera que la entidad estatal requería de las obras físicas necesarias para reparación de las filtraciones de aguas lluvias en el edificio de la Hemeroteca Nacional Universitaria, sobre un presupuesto que no podía superar la suma de \$ 50.000.000,00 y contrató la impermeabilización y readecuación de la cubierta sobre el depósito de colecciones en el edificio de la Hemeroteca Nacional Universitaria, dejando por fuera la impermeabilización y readecuación de la cubierta de acceso sobre el área administrativa y de sistemas

y los acabados de interiores de la edificación, lo cierto es que no hay certeza sobre la modificación del objeto contratado, como pasa a exponerse.

Comparado el contrato n.º 3812 de 8 de mayo de 1997 con la convocatoria n.º 02 de 29 de enero de 1997 y los términos de referencia, se observa que la obra proyectada, tenía que ver con las obras físicas necesarias para reparar las filtraciones de aguas lluvias en el edificio de la Hemeroteca Nacional Universitaria, sin que ello permita afirmar que lo proyectado comprendía toda la edificación, pues bien podía tratarse de áreas donde se presentaran filtraciones en su totalidad, al punto que, en gracia de discusión, bien puede sostenerse que aquellas mentadas en el pliego correspondían al área que en el contrato se denominó depósito de colecciones; al tiempo que también cabría suponer que las susodichas filtraciones no respondían sino a algunas de las detectadas en el edificio. Lo que sí es claro para la Sala es que no se tiene certeza sobre la ubicación de las áreas afectadas por humedades que exigieran una intervención para la readecuación del edificio, pues en el pliego de condiciones no se individualizaron los daños, ni los elementos de juicio allegados permiten hacerlo, al punto que no es dable concluir que las averías por filtraciones estuvieran presentes en toda la edificación o si los deterioros por dichas humedades se limitaban a los depósitos de colecciones o cubrían las áreas de sistemas y administración.

Siendo así, la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad que acompaña a la resolución n.º 00689 de 10 de julio de 1997, en cuanto declaró la terminación del contrato y ordenó su liquidación, en tanto si bien sostuvo que la demandada incurrió en falsa motivación, no probó su afirmación en lo que tiene que ver con la variación del objeto, lo cual comporta que las razones esgrimidas por la entidad demandada, para dar aplicación al artículo 45 de la Ley 80 de 1993 mantienen su fuerza vinculante en cuanto la presunción de legalidad que le es propia se mantiene incólume. Esto es así porque, el representante legal de la entidad demandada mediante acto administrativo motivado declaró terminado el contrato y dispuso su liquidación fundado en que se celebró contra expresa prohibición constitucional o legal—artículo 44 de la Ley 80 de 1993<sup>8</sup>- y esto no fue desvirtuado.

---

<sup>8</sup> Artículo 44 de la Ley 80 de 1993 los contratos del Estado son nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: 1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley. 2. Se

En suma el ICFES lo declaró terminado basado en la causal 2ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, es decir haberse celebrado contra expresa prohibición constitucional y legal, en tanto el convenio modificó el objeto proyectado y los términos de referencia y, como la sociedad demandante no desvirtuó la razón esgrimida, ya que no logró demostrar que el objeto del contrato 3812 de 1997, respondía al proyectado en el concurso público abierto el 29 de enero del mismo año y declarado desierto, el cargo formulado por falsa motivación no prospera en este punto y en consecuencia no da lugar a la invalidación de los actos demandados. Es de anotar al respecto que, si bien la actora acreditó la falsa motivación respecto de la causal invocada por la administración relativa a los precios del mercado, también adujo que, se contrató contra expresa prohibición legal en lo relativo a la modificación del objeto y esto último no fue desvirtuado.

Por último, si bien el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 dispone que en los casos en que se declare la terminación por nulidad absoluta del contrato, ello no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, para el caso sub examine no habrá lugar a disponer lo relativo a las restituciones mutuas en tanto no hay prueba que la entidad demandada se hubiera beneficiado de las prestaciones que afirma la sociedad demandante haber ejecutado.

No se condenará en costas por no aparecer causadas.

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

#### **FALLA:**

**CONFÍRMASE** la sentencia proferida el 4 de octubre de 2002 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

---

*celebren contra expresa prohibición constitucional o legal. 3. Se celebren con abuso o desviación de poder. 4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten y 5. 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.*

**SIN COSTAS** por no aparecer causadas.

**DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Presidente

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**  
**PALACIO**  
Magistrado

**RUTH STELLA CORREA**  
Magistrado