

### **CONTRATACION ESTATAL - Principios. Planeación**

El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden.

### **CONTRATACION ESTATAL - Principios. Transparencia**

El principio de transparencia, previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 garantiza otros principios, entre los que se encuentran los de imparcialidad, igualdad, moralidad y selección objetiva en la contratación, para lo cual se instrumenten procedimientos de selección, con actuaciones motivadas, públicas y controvertibles por los interesados, con el fin de elegir la mejor oferta.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 24

### **CONTRATACION ESTATAL - Principios. Principio de responsabilidad**

Para garantizar el cumplimiento del principio de responsabilidad los servidores públicos que intervienen en la actividad contractual responderán civil, penal y disciplinariamente, razón por la cual están obligados a cumplir los fines de la contratación, vigilando la correcta ejecución de lo contratado y velando por la protección de los derechos de la entidad y del contratista (Nos. 1 y 8 art. 26); responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas (No. 2 ídem); verbigracia, cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquéllos (No. 3 ídem).

### **CONTRATACION ESTATAL - Principios. Principio de selección objetiva**

La selección objetiva consiste en la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, siendo improcedente considerar para ello motivaciones subjetivas. Para tal efecto, con carácter enunciativo, la norma consagra factores determinantes para esa elección, los cuales deben constar de manera clara, detallada y concreta en el respectivo pliego de condiciones, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, y que sobre todo, deben apuntar al cumplimiento de los fines estatales perseguidos con la contratación pública. (...) el deber de selección objetiva constituye uno de los principios más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que

impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de igualdad, libre concurrencia, imparcialidad, buena fe, transparencia, economía y responsabilidad.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 29

**DESVIACION DE PODER - Noción. Causal de nulidad del contrato estatal**

La desviación de poder tiene lugar cuando un acto fue expedido por un órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, pero que en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto; esta circunstancia vicia el acto porque la autoridad ejerce sus atribuciones conferidas por la ley con una finalidad diferente de la prevista por ella, bien en beneficio personal o de un tercero. Por lo tanto, siendo premisa fundamental que los funcionarios deban actuar teniendo en cuenta el interés general, cuando obran con un fin distinto del autorizado, desligado del interés general, de los principios que guían a la administración y de la buena marcha del servicio y función públicas asignadas, con el propósito de favorecer intereses propios o de terceros, están desviando el poder que se les atribuyó, circunstancia que hace anulable el acto (art. 85 C.C.A).

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 85 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 3

**NULIDAD DE CONTRATO ESTATAL - Cambio de administración municipal. Desviación y abuso de poder / NULIDAD DE CONTRATO ESTATAL – Desconocimiento de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva**

Se deduce que para el tiempo en que se celebraron los contratos se presentaba un cambio de administración municipal por vencimiento del período constitucional del Alcalde del municipio de Arauca, es decir, la contratación se realizó al finalizar el período del mandatario local. (...) En apariencia el proceso de contratación y los contratos estuvieran acorde con la ley; y de otra parte, que mientras el contratista dio cumplimiento a los requisitos necesarios para ejecutar los contratos celebrados, la entidad contratante no dio cumplimiento a la obligación de pagar el anticipo (cláusula quinta). (...) en general, las adjudicaciones se hicieron en forma apresurada y sin suficiente motivación, y la mayoría de los contratos (5 de 9), casualmente fueron firmados el 16 de diciembre de 1997 y los demás con pocos días de diferencia; ni siquiera en los contratos se motiva la necesidad de la suscripción de los mismos. (...) la contratación se realizó al finalizar el período del alcalde popular, y cuando se estaba haciendo el empalme con el nuevo mandatario municipal, hecho que no puede haber sido desconocido al contratista. (...) advierte la Sala que los contratos de obra pública celebrados entre las partes de este proceso, están viciados de nulidad absoluta por haberse celebrado con desviación de poder, dado que no consultan los fines generales de la contratación pública y, además, vulneran en forma palmaria normas imperativas y de orden público (artículos 3, 23, 24 No. 8, 25 Nos. 3 y 4, 26 Nos. 1 y 4, 29 y 40 de la Ley 80 de 1993), conclusión a la que se llega, luego de examinar las pruebas aportadas por el propio demandante para soportar la pretensión de reconocimiento y condena a su favor de perjuicios.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 3 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 23 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 24 NUMERAL 8 / LEY 80 DE 1993

- ARTICULO 25 NUMERAL 3 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25 NUMERAL 4 / NUMERAL 26 NUMERAL 1 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO NUMERAL 4 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 29 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 40

**NULIDAD DE CONTRATO ESTATAL - Desviación de poder**

En la contratación, sea mediante licitación o concurso públicos o contratación directa, la administración está obligada a respetar los principios que la rigen – transparencia, economía y responsabilidad- y los criterios de selección objetiva establecidos en las bases del proceso para la escogencia del contratista al que se le adjudicará el contrato por haber presentado la mejor propuesta, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, etc., los cuales deberán ser previamente analizados y evaluados por la entidad con arreglo a las condiciones del pliego que rigen el respectivo proceso, con el fin de determinar en forma motivada que la propuesta elegida resulta ser en realidad la más ventajosa. Por lo tanto, el deber de selección objetiva constituye uno de los principios más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de igualdad, libre concurrencia, imparcialidad, buena fe, transparencia, economía y responsabilidad. (...) se colige, por su ausencia en el plenario, que el municipio no realizó estudio previo alguno para establecer la necesidad de la obra y la conveniencia de la contratación, ni definió las condiciones ni el procedimiento de evaluación, requisitos necesarios para la validez del contrato que resulte ser suscrito como resultado de cualquier proceso de selección. (...) De la apreciación en conjunto de los hechos indicadores, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, esto es, de la prueba de que se celebraron nueve contratos de obra pública con el mismo contratista, mediante la contratación directa, en los dos últimos meses de la vigencia fiscal de 1997, pero sobretudo en la culminación de período entre un alcalde y otro, y de las irregularidades del proceso precontractual anotadas, la Sala infiere que el municipio de Arauca actuó con desviación de poder, y en vulneración de los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de los deberes de planeación y selección objetiva, aplicables también a los procesos de contratación directa previstos en el Decreto 855 de 1994. (...) al aplicarse a los hechos demostrados las reglas de la experiencia y el proceso lógico, logra establecerse o indicarse la desviación de poder en los contratos de obra pública demandados. (...) la experiencia razonada indica que cuando, so pretexto de hacer inversiones de orden social, existe una concentración de contratos en un solo contratista, al que se escoge mediante la utilización del mecanismo de contratación directa y con ausencia de estudios suficientes y serios de conveniencia y oportunidad, técnicos y financieros que determinen la necesidad del servicio o adquisición de los bienes, tal y como lo ordena la normatividad contractual, se está en presencia de una indebida contratación, que no tiene por finalidad el interés general sino que termina en beneficio del tercero contratista.

**DENIEGA PRETENSIONES - Reconocimiento de perjuicios sujeto a validez de la relación negocial / NULIDAD DE CONTRATO ESTATAL - consecuencias jurídicas. Prestaciones ejecutadas / OBJETO O CAUSA ILICITO – Reconocimiento de prestaciones ejecutadas solo si se satisfizo el interés público con su prestación**

Como los negocios jurídicos fuente del conflicto se declararán nulos, la Sala está relevada de estudiar las pretensiones de incumplimiento y sus consecuencias, en la medida en que, como se advirtió, la invalidez del contrato o de la cláusula que origina una reclamación impide el análisis sobre la responsabilidad o sus efectos, esto es, los derechos y obligaciones de las partes, por cuanto el carácter vinculante y obligatorio del contrato o de la estipulación, según el caso, es presupuesto para realizarlo. En cuanto a las consecuencias de las decisiones enunciadas, cabe precisar que la declaratoria de nulidad de un acto o contrato o de una de sus cláusulas implica que desaparece del mundo jurídico, como si nunca hubiera existido y, por lo mismo, retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con antelación al momento de la celebración del contrato (efectos *ex tunc*). (...) el artículo 1746 del Código Civil establece que, por regla general, la declaración judicial de la nulidad, tiene fuerza de cosa juzgada y da a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto o contrato nulo; es decir, la respectiva sentencia que contenga tal declaración produce efectos retroactivos, conforme a los cuales, en el caso de los contratos, a cada parte surge el deber de restituir o repetir a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato anulado, excepto cuando ésta ha tenido por fuente un objeto o causa ilícitos a sabiendas, en conformidad con lo dispuesto por el inciso primero de aquella disposición y el artículo 1525 *ibídem*. Y el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, establece que la declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria; e incluso, dispone que habrá lugar a dicho reconocimiento del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado, o sea, en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público, y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Sin embargo, como en el caso concreto quedó demostrado que los contratos de obra pública (...) no fueron ejecutados por las partes, por sustracción de materia, no hay lugar a hacer un pronunciamiento acerca de restituciones mutuas.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CIVIL - ARTICULO 1746 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1525 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 48

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012)

**Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489)**

**Actor: JOSE EDUARDO CEPEDA VARON**

**Demandado: MUNICIPIO DE ARAUCA**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 23 de mayo de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, en la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. La sentencia apelada, previo el estudio correspondiente, será revocada, por los motivos que se expondrán en la parte considerativa.

En la sentencia impugnada se adoptaron las siguientes decisiones:

“PRIMERO: Declarar el incumplimiento de los Contratos de Obra Nos. 554 del 22 de diciembre de 1997, 479 del 21 de noviembre de 1997 (sic); 498 del 28 de noviembre de 1997; 542 del 18 de diciembre de 1997; 523 del 16 de diciembre de 1997; 507 del 9 de diciembre de 1997; 530 del 16 de diciembre de 1997; 528 del 16 de diciembre de 1997, y 527 del 16 de diciembre de 1997 por parte del Municipio de Arauca, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior declárase que el Municipio de Arauca debe al actor las sumas de dinero correspondiente al porcentaje de la utilidad que debía percibir el actor al ejecutar los contratos, valores que al mes de abril de 2001 ascienden:

1. Contrato No. 498 del 28 de noviembre de 1997, \$2.985.442.12.
2. Contrato No. 542 del 18 de diciembre de 1997 \$1.108.068.34.
3. Contrato No. 523 del 16 de diciembre de 1997 \$1.108.068.74.
4. Contrato No. 479 del 21 de noviembre de 1997 \$1.225.239.79.
5. Contrato No. 554 del 22 de diciembre de 1997 \$1.662.077.34.
6. Contrato No. 530 del 16 de diciembre de 1997 \$4.482.429.66.
7. Contrato No. 507 del 09 de diciembre de 1997 \$5.670.395.39.
8. Contrato No. 528 del 16 de diciembre de 1997 \$2.2.15.992.94.
9. Contrato No. 527 del 16 de diciembre de 1997 \$2.492.321.75.

Valor que deberá ser actualizado por el Municipio de Arauca desde el mes de abril del 2001 hasta el día de su pago, con la realización de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice inicial}}$$

TERCERO: Deniéguese las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Désele cumplimiento a los establecido en los artículo 176 y 177 del C.C.A...”

## I. ANTECEDENTES

### 1. Las pretensiones

El 2 de noviembre de 1999, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de controversias contractuales (art. 87 del C.C.A., modificada por el art. 17 del Decreto 2304 de 1989) el señor José Eduardo Cepeda Varón, formuló demanda contra el Municipio de Arauca, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1° Que el Municipio de Arauca incumplió los contratos de obra que se relacionan e individualizan a continuación:

a) Contrato No. 554 del 22 de diciembre de 1997, por un valor de Catorce Millones Novecientos Noventa y Ocho Mil Quinientos Noventa y Un pesos M/Cte. (\$14.998.591,00), cuyo objeto es la construcción de pavimento rígido en la calle 14B entre 35 y 36 Barrio Bosque en el Municipio de Arauca.

b) Contrato No. 479 del 21 de noviembre de 1997, por un valor de Once Millones de pesos M/cte. (\$11.000.000,00), cuyo objeto es el mantenimiento, adecuación parque infantil Barrio Primero de Enero, en el Municipio de Arauca.

c) Contrato No. 498 del 28 de noviembre de 1997, por un valor de Veinticinco Millones Novecientos Noventa y Cuatro Mil Ochocientos Pesos M/cte. (\$25.994.800,00), cuyo objeto es la construcción de un planchón, Caño Corocoro, vereda el Caracol, en el Municipio de Arauca.

d) Contrato No. 542 del 18 de diciembre de 1997, por un valor de Nueve Millones Novecientos y Noventa y Nueve Mil Doscientos Doce Pesos. M/cte. (\$9.999.212,00), cuyo objeto es la construcción de la cancha múltiple (14 metros x 20 metros), primera etapa en el Barrio Costa Hermosa del Municipio de Arauca.

e) Contrato No. 523 del 16 de diciembre de 1997, por valor de Nueve Millones Novecientos Noventa y Nueve Mil Trescientos Sesenta Pesos M/Cte. (\$9.999.360,00), cuyo objeto es la construcción del cerramiento en malla eslabonada y tubo de 2” en la Escuela Costa Hermosa del Municipio de Arauca.

f) Contrato No. 507 del 9 de diciembre de 1997, por un valor de Cincuenta y un Millones Ciento Sesenta y Nueve Mil Seiscientos Sesenta y Cinco Pesos M/cte. (\$51.169.665,00), cuyo objeto es la construcción de la banca en base granular en la vía Ye-Cubarral-Bogotá-Agua Verde K6+290 al K6+700, tomando como K0+000 la intersección de la vía Caracol, en un ancho de banca de 5 metros y un espesor de 0.20 metros en el Municipio de Arauca.

g) Contrato No. 530 del 16 de diciembre de 1997, por un valor de Treinta y Ocho Millones Seiscientos Cuarenta y Cuatro Mil Seiscientos Cincuenta y Ocho Pesos M/cte. (\$38.644.658), cuyo objeto es la construcción de pavimento rígido entre las carreras 7ª y 8 entre calles 12ª y 13 en el Municipio de Arauca.

h) Contrato No. 528 del 16 de diciembre de 1997, por un valor de Diez y Nueve Millones Novecientos Noventa y Siete Mil Ciento Veintisiete Pesos M/cte.

(\$19.997.127.00), cuyo objeto es la remodelación y mantenimiento del puesto de Salud del Meridiano 70 en el Municipio de Arauca.

i) Contrato No. 527 del 16 de diciembre de 1997, por un valor de Veintidós Millones Cuatrocientos Noventa Mil Setecientos Veinte Pesos M/cte. (\$22.490.720.00), cuyo objeto es la construcción de pavimento rígido en la carrera 23 entre calle 1ra sur y la vía al Barrio Olímpico en el Municipio de Arauca.

Contratos suscritos entre el doctor ELMER RAMIRO SILVA RODRIGUEZ, en su condición de alcalde encargado y representante legal de la entidad demandada y el Ing. JOSÉ EDUARDO CEPEDA VARÓN.

2. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se condene al municipio de Arauca a cumplir cada uno de los contratos de obra relacionados e individualizados en el numeral anterior, según los términos y estipulaciones contractuales.

3. Que se ordene la revisión y actualización de los precios al valor presente del Mercado en el Municipio de Arauca.

4. Que consecuentemente con las anteriores se cancele el Cincuenta por ciento (50%) por concepto de anticipo de cada uno de los contratos objeto de esta controversia.

5. Se restablezca la ecuación financiera mediante el reconocimiento y pago de los intereses moratorios que corresponde al interés legal civil sobre el valor histórico actualizado según los términos de la Ley 80 de 1993 arts. 4º num. 3º; 5º num 1º.

6. A las costas de la actual obligación en forma concreta y específica de conformidad con lo dispuesto en la sentencia, o en el momento en que lo considere el Tribunal, de acuerdo con la normatividad procesal aplicable para estas situaciones.

7. A la sentencia que ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Si no se dan las declaraciones a la pretensión segunda de las principales y con fundamento en el interés público implícito en la contratación administrativa, que se haga

- Subsidiariamente las siguientes:

1) Que como consecuencia de lo anterior, se resuelvan los contratos descritos e individualizados en el acápite de la declaración principal y se condene al Municipio de Arauca al pago de los perjuicios de orden material daño emergente y lucro cesante que le fueron ocasionados a mi defendido, los cuales ascienden aproximadamente, a la suma de Sesenta y Cuatro Millones Novecientos Cuarenta y Cinco Mil Con Cuarenta y Nueve Pesos M/cte (64.945.049) monto que ha de ser actualizado en su valor presente hasta la fecha que se produzca el daño.

2) Al pago de las costas, de acuerdo con la normatividad aplicables para estas situaciones.”

## **2. Los fundamentos de hecho**

Los hechos narrados en la demanda son, en resumen, los siguientes:

2.1. Entre el Municipio de Arauca y el ingeniero José Eduardo Cepeda Varón, se celebraron los contratos de obra números 554 de 22 de diciembre de 1997, 479 del 21 de noviembre de 1997; 498 de 28 de noviembre de 1997; 542 de 18 de diciembre de 1997; 523 de 16 de diciembre de 1997; 507 de 9 de diciembre de 1997; 530 de 16 de diciembre de 1997; 528 de 16 de diciembre de 1997 y 527 de 16 de diciembre de 1997, por un valor total de \$158.294.130.

2.2. Las partes cumplieron los requisitos de perfeccionamiento y se aportó la póliza de cumplimiento, buen manejo y correcta inversión del anticipo, de responsabilidad civil, pago de salarios y prestaciones sociales, publicación en la gaceta municipal, así como también se ejecutaron los actos por la administración tendientes a expedir la disponibilidad, registro presupuestal y resolución de aprobación de pólizas, según los términos de la relación jurídico contractual determinados en la cláusula trigésima segunda y tercera, presupuestos que permitían la ejecución de los contratos controvertidos.

2.3. El demandante presentó cuenta de cobro con sus anexos a la entidad demandada para recibir el anticipo en los meses de noviembre y diciembre de 1997, según los términos de la cláusula sexta de los referidos contratos.

2.4. La administración municipal ejecutó todos los actos presupuestales y en el mes de diciembre de 1997 para el pago de anticipos expidió las órdenes relacionadas con los siguientes números 9.053; 8.298; 8.355; 8.365; 8.366; 8.363; 8359; y 8.129, pero inexplicablemente la nueva administración se negó a tramitarlas.

2.5. A pesar de las reiteraciones que se le han hecho para que la Administración entregue el anticipo, no dio cumplimiento a dicha obligación, *“con el argumento discutible por cierto, de la no existencia de recursos para cumplir oportunamente con los compromisos derivados de la contratación celebrada por la administración anterior”*.

2.6. En consecuencia, la entidad incumplió los contratos, lo cual conlleva responsabilidad patrimonial, pues se le ocasionaron al contratista serios y graves perjuicios económicos que, por negligencia, deben serle reparados o indemnizados.

### **3. Normas infringidas y concepto de la violación**

El actor consideró que con la actuación de la administración se violaron los artículos 83 de la Constitución Política; 26, numerales 1º, 4º, 50, 51 y 87 de la Ley 80 de 1993; 1546 y 1602 del Código Civil; 87, 135, 172, 177 y 178.

En su concepto *“...la ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 83 de la Constitución Política, determina que las actuaciones que se den en la contratación estatal deben orientarse a la aplicación de las reglas de interpretación establecidas y al cumplimiento de los postulados de la buena fe, igualdad y equilibrio entre las prestaciones y derechos antes y durante la ejecución del contrato (...) principios que tienen proyecciones procesales, lo que no acató la administración al no allanarse en el cumplimiento de los contratos, porque no se evidencia (...) razón valedera para que la entidad pública no haya orientado su accionar conforme a los postulados de seguridad, imparcialidad, responsabilidad y protección de los derechos del contratista.”*

#### 4. Trámite de la admisión y traslado de la demanda

En auto de 16 de noviembre de 1999 el Tribunal *a quo* admitió la demanda y ordenó las notificaciones personales al Agente del Ministerio Público y al demandado.

#### 5. La oposición de la demandada

Una vez notificada personalmente la demanda el 7 de diciembre de 1999, la entidad pública demandada presentó escrito en el que se opuso a las pretensiones de la demanda.

Manifestó que no le cabe ninguna responsabilidad por los hechos acaecidos y por las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda, pues, considera que existió un exagerado afán de la administración anterior por agotar los recursos presupuestales existentes dentro de la vigencia fiscal respectiva, en desconocimiento de las normas en materia presupuestal.

Agregó que con fundamento en las normas presupuestales que territorialmente rigen la contratación, en armonía con lo estipulado en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, al cierre de la vigencia fiscal -31 de diciembre de 1997-, cada órgano constituirá las reservas presupuestales con los compromisos pendientes a esa fecha, siempre y cuando estuviesen legalmente contraídos, al igual que deben constituir las cuentas por pagar con las obligaciones correspondientes a los anticipos pactados en los contratos y a la entrega de bienes y servicios, debiéndose ejecutar durante la anualidad en que se constituyeron y en caso contrario fenecerían. De ahí que, aseveró, si los contratos de este proceso fueron celebrados en diciembre de 1997, en virtud de la anualidad de los recursos, la reserva presupuestal debió fenecer el 31 de diciembre de 1998 sin que resultara posible extender la reserva a otro año.

Indicó que, al revisar las normas presupuestales (arts. 8 del Decreto 111 de 1996, y 37 y 38 del Decreto 568 de 1996), el Alcalde encargado del ente territorial *“al parecer actuó en forma precipitada para celebrar los contratos aquí cuestionados, destacando que ese mandato constitucional se encontraba en su etapa final, desatendiendo de esa manera todos los procedimientos y normas presupuestales que se deben tener en cuenta para respetar entre otras cosas el criterio de selección y escogencia dentro de la ley 80 de 1993.”*

Añadió que *“el municipio de Arauca, dentro de ese período constitucional celebró el contrato estatal de obra pública No. 554 del 22 de diciembre de 1997, cuyo objeto consistía en la construcción de pavimento rígido en la calle 14B entre carreras 35 y 38 Barrio el Bosque del área urbana de este municipio, olvidándose que anteriormente a la celebración de ese acuerdo contractual, ya había celebrado un convenio interadministrativo No. 571 del 10 de diciembre de 1997 con ADCOOPGUALIVA por la suma de \$450.000.000, en donde el compromiso contractual era la adecuación de vías en el sector del Bosque del municipio de Arauca.”*

#### 6. Llamamiento en garantía

6.1. El procurador 52 Judicial Administrativo de Arauca, llamó en Garantía a la señora Iliana Josefina Baroni Colmenares, Alcaldesa Municipal de Arauca y al señor Elmer Ramiro Silva Rodríguez, quien se desempeñaba para la época de los

hechos de la demanda como Secretario de Hacienda y en su calidad de Alcalde (E) suscribió los contratos materia de controversia, por considerar que pudieron incurrir en conductas dolosas o gravemente culposas y por lo mismo que debían responder por el no pago oportuno de los anticipos y la consecuente inejecución de los contratos, en caso de una eventual condena al municipio.

6.2. Así mismo, el municipio de Arauca también llamó en garantía al señor Elmer Ramiro Silva Rodríguez, con fundamento en que en su condición de Secretario de Hacienda y en su calidad de Alcalde (E), suscribió los contratos sin haber cumplido con las exigencias normativas presupuestales y los principios de selección previstos en la Ley 80 de 1993, y por lo mismo podría, mediante su conducta dolosa o gravemente culposa, dar lugar a que se declare administrativamente responsable al municipio, lo que conduce a exigir su responsabilidad patrimonial.

6.3. Mediante auto de 17 de febrero de 2000, el Tribunal *a quo* admitió los llamamientos en garantía; dispuso la notificación personal de los llamados y la suspensión del proceso hasta que venciera el término señalado para que éstos comparecieran, sin que dicho término excediera de 90 días.

6.3.1. La señora Iliana Josefina Baroni Colmenares, Alcaldesa Municipal de Arauca, fue notificada el 7 de marzo de 2000, designó apoderado pero no contestó la demanda.

6.3.2. En vista de que al señor Elmer Ramiro Silva Rodríguez, no fue posible hacerle la notificación personal, se efectuó la notificación por emplazamiento de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 318 del C. de P. Civil, y como no compareció se le designó curador *ad litem*, quien una vez notificado el 27 de julio de 2000, dio respuesta oportuna al llamamiento y a la demanda. Se opuso a las pretensiones de la demanda y aceptó algunos hechos, negó otros y manifestó atenerse a lo que se probara en los restantes.

Adujo que en la demanda no se atribuye el incumplimiento de las obligaciones contenidas en los contratos al comportamiento del señor Silva Rodríguez, pues los contratos objeto de la litis se firmaron en su condición de Alcalde encargado, reuniendo los requisitos de ley, como aparece en los documentos aportados al expediente, y se desconoce por qué la señora Iliana Josefina Baroni Colmenares, Alcaldesa Municipal de Arauca, no dio estricto cumplimiento a lo pactado en los mismos, ya que las órdenes de pago de los anticipos se expidieron a finales de diciembre de 1997 y ella comenzó a ejercer funciones el 1 de enero de 1998. Formuló la excepción de no responsabilidad.

## **7. Actuación procesal en primera instancia**

7.1. Por auto de 23 de agosto de 2000 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las pedidas por el actor con la demanda y por la entidad pública accionada en la contestación de la misma.

7.2. Por auto de 2 de marzo de 2000 se ordenó citar a las partes a audiencia de conciliación, diligencia efectuada el 27 de marzo de 2001, resultando fallida.

7.3. Mediante providencia de 16 de abril de 2001, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, etapa durante la cual:

7.3.1. El demandante insistió en los argumentos de la demanda y señaló que se encontraban demostrados los hechos en que se fundamentan sus pretensiones, en particular el incumplimiento por parte del municipio de Arauca de los contratos de obra números 554, 479, 498, 542, 523, 507, 530, 528 y 527, al negarse a tramitarlos y ejecutarlos pese a que se habían celebrado y perfeccionado.

7.3.2. La demandada reiteró la defensa asumida en la contestación de la demanda y en el llamamiento en garantía realizado. Además, sostuvo que el proceso de escogencia del contratista violó las normas que la Ley 80 de 1993 establece para esa clase de situaciones, con conocimiento directo del contratista escogido, pues no existió acta de obras; ni planos; ni especificaciones del objeto contratado; no se presentó un verdadero plan de inversión; no aparecen los soportes de afiliación a seguridad social exigidos por la Ley 100 de 1993 para el personal destinado a las obras; ni existían propuestas de los oferentes, puesto solo aparecían bosquejos sin firma; las convocatorias fueron adelantadas por un subalterno del Alcalde Municipal, sin existir prueba de la autorización o delegación que se le hubiere dado para esa actuación y los denominados actos de adjudicación se hicieron de manera ligera y apresurada, cuando han debido estar debidamente motivados, en forma detallada y precisa.

Agregó que *“las obras comprendían un objeto amplio que bien se pudo adelantar a través del procedimiento de licitación pública, el cual por lo menos formalmente hubiera disfrazado las intenciones del municipio de Arauca como era el de escoger al señor José Eduardo Cepeda Varón, como contratista de turno para los contratos objeto de este debate judicial.”*

Concluyó que los contratos estatales objeto del litigio son absolutamente nulos debido a que estos fueron celebrados con abuso y desvío de poder, conforme lo establece el artículo 44 n.º 3 de la Ley 80 de 1993, y que como tal pueden ser declarados nulos de oficio.

7.3.3. El curador *ad litem* del señor Elmer Ramiro Silva Rodríguez, solicitó la absolución de éste en el llamamiento en garantía, con fundamento en los mismos argumentos de la contestación de la demanda. Puntualizó que la señora Iliana Josefina Baroni Colmenares tomó posesión el 1 de enero de 1998 y desconoció los contratos mencionados al no darle ejecución a los mismos, pero no así quien suscribió los contratos, puesto que a 31 de diciembre de 1997, ya había dejado de ser alcalde encargado.

7.3.4. El Procurador 52 Judicial Administrativo de Arauca, conceptuó que se debían despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, pero en forma parcial, debiendo otorgarse una indemnización al actor del 10% (utilidad) del valor de los contratos, dado que, a su juicio, existe un incumplimiento por parte del municipio de Arauca al no cancelar los anticipos de los contratos, objeto de la presente controversia. Igualmente, consideró que se debía declarar la responsabilidad patrimonial a los exfuncionarios llamados en garantía en este proceso (Elmer Ramiro Silva e Iliana Josefina Barón).

## **8. La sentencia impugnada**

El Tribunal *a quo* en la sentencia impugnada, luego de fijar la cuestión litigada y de analizar los hechos probados según el acervo probatorio allegado al proceso, consideró que en el *sub lite* se está en presencia de un incumplimiento absoluto por la administración:

“Si bien se advierte en la situación contractual un incumplimiento mutuo, entre contratista y contratante (pues finalmente no hubo ejecución), se evidencia en el texto del contrato, que la administración o contratante, debía cumplir una obligación antes que el contratista, pues se comprometió a entregar al contratista el anticipo, en la oportunidad, forma y términos debidos y no cumplió, ni se allanó a hacerlo; razón suficiente para evidenciar un incumplimiento contractual total o absoluta (sic) en la presente situación fáctica, que conduce a la resolución del contrato y a una consecuente indemnización de perjuicios para el contratista que se allana al cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Como en el presente caso se aprecia que el conflicto radica en que la administración incumplió, pues su deber y responsabilidad era la de cancelar el anticipo al contratista para que este a su vez diera inicio a la ejecución de los contratos, por lo tanto es viable la pretensión del actor de declarar el incumplimiento, por parte del Municipio de Arauca, pues de no ser así el contratista hubiese podido ejecutar el contrato y satisfacer las necesidades de la administración en ese momento; pero como esto no ocurrió así, la Sala considera procedente declarar el incumplimiento del contrato por parte de la administración municipal.”

Respecto de la indemnización, precisó que desde tiempo atrás la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no accede a reembolsar los valores en los cuales haya incurrido el contratista para la preparación de la propuesta o participación o concurso, con fundamento en que esos gastos en si no son perjuicio para nadie, pues tienen relación con el costo de oportunidad que tienen los contratistas para participar en las licitaciones o concursos (sentencia de 6 de julio de 1990, exp. 3555).

Y en cuanto a la utilidad esperada por el contratista, indicó que la jurisprudencia reiterada apunta en el sentido de reducir el *quantum* indemnizatorio en un 50% de la utilidad esperada, pues no corrió los riesgos, eventualidades y avatares propios de la ejecución contractual. Además, advirtió que no se puede pasar por alto que la contratación se realizó al finalizar el período del alcalde y cuando estaba en empalme con el nuevo mandatario, y el término de ejecución de 30, 60 y 90 días necesariamente comprometía los primeros meses del año siguiente, situación conocida por el contratista, quien a sabiendas de este hecho y ante el riesgo de esta contratación suscribió el contrato, hecho que hace que se le reduzca en un 50% más la utilidad esperada, porque *“lo contrario es permitir que los presupuestos se comprometan más allá del respectivo período y de la vigencia fiscal, práctica que solo trae como consecuencia que se permita un despojo del presupuesto y de la facultad de adjudicar del nuevo mandatario municipal.”*

De otra parte, señaló que existía un desorden administrativo en el municipio de Arauca, pues observaba que el 10 de diciembre de 1997 se suscribió un contrato con ADCOOPGUALIVAL LTDA., cuyo objeto era la adecuación y pavimentación de vías en el sector el Bosque municipio de Arauca por \$450.000.000, y doce días después se celebra el contrato número 554, por valor de \$14.998.591 para la construcción de un pavimento rígido en la calle 14B entre carrera 35 y 36 del Bosque municipio de Arauca, es decir, para el mismo objeto.

Finalmente, en lo atinente al llamamiento en garantía indicó que desde el punto de vista probatorio poco o nada se hizo para demostrar que los llamados hubiesen actuado con dolo o culpa grave, de manera que no es posible imputar responsabilidad a los servidores públicos demandados.

## 9. La impugnación

9.1. La parte demandada presentó el 13 de junio de 2001 recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, en razón a que, a su juicio, no se analizaron los pasos precontractuales que dieron lugar a los contratos, a todas luces irregulares, según se desprende de las mismas pruebas aportadas por el demandante. Y, en el escrito de sustentación, reiteró que el tribunal *a quo* no tuvo en cuenta las innumerables irregularidades presentadas en la escogencia del contratista en vulneración de la Ley 80 de 1993, para lo cual se remite a los argumentos que presentó en los alegatos de conclusión de primera instancia. Así concluyó:

“Ni el *a quo*, ni el mismo agente del Ministerio Público, presentaron algún pronunciamiento de apoyo o rechazo a esa argumentación de orden legal, para lo cual entonces cabe el cuestionamiento de señalar que no tenía importancia el ordenamiento particular señalado en forma perentoria e imperativa en la ley 80 del 93, para qué entonces se encuentran previstas esas pautas legales (...). Ahí están todas las pruebas documentales en donde sin mayor análisis se observa que tanto el Municipio de Arauca como el mismo contratista con su colaboración y apoyo desconocieron todo el andamiaje o soporte legal de la ley de contratación estatal, originando como lo prevé esa misma disposición una clara y efectiva causal de nulidad.”

9.2. La parte demandante también presentó el 22 de junio de 2001 recurso de apelación. Discrepó el actor sobre la manera como el *a quo* hizo la liquidación de la indemnización en el numeral 2 de la sentencia, pues considera que los fundamentos expuestos en esa providencia están fuera del contexto real, legal y contractual, por lo siguiente:

En primer lugar, puntualizó que el criterio jurisprudencial aplicado para negar los gastos no es pertinente en este caso, dado que no se solicitan como consecuencia de una licitación o concurso, sino de una contratación directa y son los causados por el perfeccionamiento de los contratos: pólizas de seguro, publicación en la gaceta municipal, etc.

En segundo lugar, aseveró que sin precisar “la jurisprudencia reiterada”, la diferenciación (y reducción en un 50%) que se hace en la sentencia sobre la utilidad del contratista cuando se ejecuta la obra y cuando no se lleva a cabo se contraponen a los artículos 1613 y 1614 del Código Civil en materia de indemnización de perjuicios (daño emergente y lucro cesante) y al artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que ordena la reparación integral de los daños, lo cual afecta notoriamente sus intereses económicos, por cuanto en desconocimiento de la normatividad aplicable su indemnización queda limitada a un 15% del valor de los contratos.

En tercer lugar, censuró los comentarios del Tribunal *a quo* relacionados con la contratación al final de los períodos constitucionales de los mandatarios, que condujeron a una rebaja adicional del 50% de la utilidad reconocida como indemnización, es decir, que se redujo a un 7.5% del valor total de los contratos, porque no existe norma que señale que los alcaldes populares no puedan contratar hasta el día de vencimiento de sus períodos o que una obra pública necesariamente deba ejecutarse antes de finalizar el mismo, máxime cuando en el caso concreto se contaba con la disponibilidad presupuestal y el posterior registro y se cumplió con los requisitos de ley.

En su opinión, esas apreciaciones del tribunal *a quo* están fuera de contexto, porque de ser cierto que los contratos se celebraron por fuera del período del mandatario que los suscribió, estarían viciados de nulidad absoluta y así ha debido decretarse, así como también si hubo un ilícito ha debido ser más explícita la providencia y ponerse en conocimiento de la autoridad competente, so pena de incurrir en omisión de denuncia.

De acuerdo con lo anterior, solicitó el recurrente que se modifique el numeral 2 y se revoque el numeral 3 de la parte resolutive.

#### **10. Actuación en segunda instancia**

El recurso fue admitido por esta Corporación en auto de 1 de noviembre de 2001.

#### **11. Intervención del Ministerio Público**

El Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado presentó concepto en el que, en primer lugar, advirtió que si bien en la cláusula vigésimo novena de los contratos se estipuló que los conflictos se solucionarían de acuerdo con los mecanismos establecidos en los artículos 68 y ss. de la Ley 80 de 1993, existe una indefinición del mecanismo alternativo al que se debería acudir, sin que muchos de ellos comporte la pérdida de competencia de la jurisdicción y además ninguna de las dos partes argumentó su utilización, por lo que también se presenta un decaimiento de dicha cláusula.

En cuanto al fondo de la controversia manifestó que la sentencia debía ser modificada, pues con el acervo probatorio se demostró el incumplimiento contractual por parte del municipio, pero no la cuantía de los perjuicios, en la medida en que éstos se soportan en copias simples, carentes de valor probatorio, razón por la cual la condena debe ser en abstracto.

Por último, respecto de los llamados en garantía, considera que la señora Iliana Josefina Baroni Colmenares, desatendió con culpa grave el cumplimiento de las obligaciones surgidas de los contratos en cuanto al pago de los anticipos, motivo por el que debe responder, dado que comprometió los intereses patrimoniales del municipio demandando.

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

Esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que la cuantía de la demanda supera aquella exigida para el efecto por el Decreto 597 de 1988, esto es, antes de la vigencia de las cuantías establecidas en la Ley 446 de 1998<sup>1</sup>.

La Sala revocará la sentencia del Tribunal *a quo* en cuanto accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, para lo cual estudiará los siguientes aspectos: 1) objeto de la acción y el motivo de la apelación; 2) lo demostrado en el proceso; 3) los principios de planeación, transparencia, responsabilidad y selección objetiva en la contratación estatal; 4) la desviación de poder como vicio del contrato estatal y

---

<sup>1</sup> De acuerdo con el Decreto 597 de 1988, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales tuviera vocación de segunda instancia ante esta Corporación era de \$9.610.000 y la mayor de las pretensiones de la demanda (lucro cesante) con la cual se inició este proceso ascendía a la suma de \$64.945.049,00.

su prueba en el caso concreto y 5) las pretensiones frente a la invalidez de la relación negocial.

### **1. El objeto de la acción y el motivo de la apelación**

Se persigue la declaratoria de incumplimiento por parte del municipio de Arauca de los contratos de obra pública números 554 de 22 de diciembre de 1997; 479 de 21 de noviembre de 1997; 498 de 28 de noviembre de 1997; 542 de 18 de diciembre de 1997; 523 de 16 de diciembre de 1997; 507 de 9 de diciembre de 1997; 530 de 16 de diciembre de 1997; 528 de 16 de diciembre de 1997 y 527 de 16 del diciembre de 1997; y como consecuencia que se ordene cumplir a éste cada uno de ellos, procediéndose a la revisión y actualización de los precios al valor presente del mercado, la cancelación del 50% por concepto del anticipo, y el restableciendo de la ecuación financiera mediante el reconocimiento y pago de intereses moratorios. Subsidiariamente, se pidió la resolución de los contratos citados y la condena al pago de los perjuicios de orden material, daño emergente y lucro cesante, los cuales ascienden a \$64.945.049, junto con la actualización correspondiente.

El tribunal *a quo* accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, esto es, declaró el incumplimiento de los contratos de obra y dispuso la indemnización sólo por el valor de la utilidad que percibiría el contratista al ejecutar las obras, calculada en el 30% del valor de cada contrato, cifra a la que determinó reconocer el 50% y reducir sobre el último valor resultante un 50% más; adicionalmente, ordenó que el valor de la indemnización debía ser actualizado por el municipio de Arauca desde el mes de abril del 2001 hasta el día de su pago, mediante la fórmula indicada en la sentencia.

La providencia fue apelada por las partes. El actor se apartó del fallo en cuanto no se le hizo reconocimiento por concepto de los gastos efectuados para la celebración y perfeccionamiento de los contratos (constitución de pólizas y publicación); y porque se redujo el *quantum* indemnizatorio sólo al equivalente del 7.5% del valor total de los contratos, con el argumento de no haberse ejecutado las obras y porque los alcaldes no podían contratar hasta el día de vencimiento de su período, en vulneración a los artículos 1613 y 1614 del Código Civil y 16 de la Ley 446 de 1998.

El municipio de Arauca, a su turno, impugnó la providencia al considerar que ésta no atendió en forma ecuánime, analítica y precisa los argumentos de defensa expuestos en los alegatos de conclusión, con los que demostró las innumerables irregularidades en que se incurrió en el proceso de contratación que resultan contrarias a la Ley 80 de 1993 y configuran una nulidad absoluta de los contratos por abuso o desviación de poder (art. 44 n.º 3 *ibídem*), declarable de oficio.

Es de anotar que, como ambas partes apelaron, de conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, se resolverá en esta instancia sin limitaciones. No obstante, cabe advertir que ni el Ministerio Público, ni la parte demandada apelaron la decisión adoptada por el juez *a quo* en relación con los llamados en garantía, motivo por el cual la Sala no se pronunciará sobre este aspecto, dado el carácter dispositivo del recurso de apelación que otorga la competencia en esta instancia (art. 357 C. de P. Civil). En efecto, en el entendido de que en este mismo proceso se ventilaban dos relaciones jurídicas, esto es, la existente entre los llamados en garantía y la demandada (artículos 57, 56, 55 y 54

del C.P.C.<sup>2</sup>), y la de ésta con el demandante, al no existir reproche respecto de lo resuelto en materia del llamamiento en garantía, habrá de entenderse que el Procurador 52 Judicial Administrativo de Arauca y la entidad demandada que hicieron tal solicitud, se conformaron en este punto con lo señalado en la sentencia, sin que pueda la Sala revisar este extremo litigioso.

De acuerdo con lo anterior, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala estriba en establecer si se presentó un incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del municipio de Arauca y si en consecuencia procede la indemnización de perjuicios en las cuantías solicitadas por el actor, previa verificación de la validez de los acuerdos contractuales en controversia, dado que esto último es un presupuesto necesario para estudiar las pretensiones de la demanda.

En efecto, en las controversias contractuales es obligación del juez velar por la legalidad del contrato fuente del conflicto que se somete a su consideración, toda vez que la exigibilidad de los derechos y obligaciones que se pretenden desprender de él, supone que sea ajustado a derecho, válido, es decir, que el contrato esté exento, por lo menos, de vicios de nulidad absoluta (declarables de oficio).

En esta tarea el juez, como guardián de la legalidad y autoridad ante quien se ventila la respectiva acción, debe realizar las valoraciones correspondientes que le permitan concluir de manera antelada a la verificación de las obligaciones que se acusan omitidas o incumplidas, al reconocimiento de los derechos que se reclaman por infracción al acuerdo y a la imposición de las condenas que se pretendan, que el contrato se ajusta a la ley, al orden público y a las buenas costumbres.

## **2. Lo demostrado en el proceso**

La Sala precisa que estudiadas en conjunto las pruebas susceptibles de valoración que obran en el mismo, quedaron acreditadas las siguientes circunstancias particulares y relevantes del caso *sub iudice*:

### **2.1. Los contratos de obra pública**

Está demostrado que el Municipio de Arauca y el señor José Eduardo Cepeda Varón celebraron en los dos últimos meses del año de 1997, los siguientes contratos de obra pública:

a) El 21 de noviembre de 1997, el contrato de obra pública número 479, para el mantenimiento, adecuación parque infantil Barrio primero de Enero, en el municipio de Arauca, por un valor de \$11.000.000, y con un plazo de ejecución de 30 días calendario contados a partir de la entrega del anticipo y suscripción del acta de iniciación de obras (copia auténtica fls. 89 a 94 cd.1).

En él se pactó entre otros aspectos:

---

<sup>2</sup> El llamamiento en garantía es una figura procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula a llamante y llamado y permite traer a éste como tercero, para que haga parte de un proceso, con el propósito de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el llamante como producto de la sentencia.

**“SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:** El contratista se obliga a: a-) Ejecutar para el MUNICIPIO de Arauca por el sistema de precios unitarios y conforme al plan de inversión presentado, las siguientes cantidades de obras: (...) b-) Suministrar por su cuenta y riesgo exclusivo los equipos, herramientas, que sean necesarios para la obra, objeto del presente contrato... EL MUNICIPIO DE ARAUCA no adquiere responsabilidad alguna por causa de las actuaciones del CONTRATISTA. **TERCERA: OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO.** El municipio se obliga a cancelar el valor del presente contrato al contratista, de conformidad a lo establecido en la cláusula quinta del presente contrato y a designar un interventor. **CUARTA: VALOR.** El valor del presente contrato para todos los efectos legales y fiscales es la suma de ONCE MILLONES DE PESOS (\$11.000.000,00) M/CTE., resultantes de sumar todos los productos provenientes de multiplicar las cantidades de obra totalmente construidas por los precios unitarios que se detallan en la cláusula segunda del presente contrato. **QUINTA: FORMA DE PAGO.** El municipio cancelará al contratista el valor de este contrato así: un anticipo equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato una vez que este se encuentre debidamente legalizado. El cincuenta por ciento restante (50%) restante (sic) mediante actas parciales de obra mensuales que serán elaboradas por el interventor y refrendadas por el Secretario de Obras Públicas Municipal, una vez se presenten los informes respectivos por parte del interventor y/o supervisor con aprobación del Jefe de la División de Interventoría y Supervisión Técnica, previo el trámite y presentación de las cuentas de cobro respectivas, ante la Secretaría de Hacienda Municipal. **SEXTA: ENTREGA DEL ANTICIPO.** Constituida y aprobada la garantía de buen manejo e inversión del anticipo, éste se entregará al CONTRATISTA luego de la presentación por parte del mismo, de la respectiva cuenta de cobro ante la Secretaría de Hacienda Municipal. Con los dineros de este anticipo se deberá abrir una cuenta corriente conjunta con el interventor o el funcionario autorizado para tal fin, en Banco Oficial, de tal manera que los cheques que se giren, se firmen por el CONTRATISTA y el interventor o el funcionario autorizado, con los cuales sólo se pagarán gastos relacionados con el presente contrato. EL MUNICIPIO descontará al valor bruto de todas las cuentas presentadas por el CONTRATISTA el valor equivalente al anticipo para amortizar el anticipo, hasta que esta amortización cubra el anticipo recibido. **SEPTIMA: PLAZO.** El contratista se compromete para con el municipio de Arauca, a iniciar los trabajos objeto del presente contrato dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo del anticipo y a entregarlos a satisfacción del MUNICIPIO en un término de treinta (30) días calendarios, contados a partir de la iniciación de las obras.”

Este contrato fue celebrado mediante proceso de contratación directa cuya convocatoria se fijó el 10 de noviembre de 1997 y se desfijó el 12 de noviembre del mismo año (copia aviso a fl. 131 cd. 3). Presentaron propuestas José Cepeda Varón por \$11.000.000 y Miller José Chaparro por \$11.195.000, procediéndose a la adjudicación el 13 de noviembre de 1997 al primero de ellos, porque *“hecha la evaluación técnica y económica, se determinó adjudicar a la propuesta presentada por JOSE EDUARDO CEPEDA, basado en el estudio de costo, plazo, experiencia en obras similares y forma de pago”* (fl. 130 cd. 3).

Para amparar el contrato se expidió la disponibilidad presupuestal n.º 04934 de fecha 19 de noviembre de 1997, por valor de \$11.000.000, con cargo al presupuesto de inversión (fl. 136 cd. 3).

b) El 28 de noviembre de 1997, el contrato de obra pública número 498, para la construcción de un planchón, Caño Corocoro, vereda el Caracol, en el municipio de Arauca, por un valor de \$25.994.800, y plazo de ejecución de 60 días

calendario, contados a partir de la entrega del anticipo y suscripción del acta de iniciación de obras (copia auténtica fls. 18 a 23 cd.1).

Este contrato fue celebrado mediante proceso de contratación directa cuya convocatoria se fijó el 15 de octubre de 1997 y se desfijó el 20 de octubre del mismo año (copia aviso a fl. 32 cd. ppal.). Presentaron propuestas José Cepeda Varón por \$25.994.800 y Jaime Urrutia Alarcón por \$28.373.800, procediéndose a la adjudicación el 21 de octubre de 1997 al primero de ellos, porque *“hecha la evaluación técnica y económica, se determinó adjudicar a la propuesta presentada por JOSE EDUARDO CEPEDA, basado en el estudio de costo, plazo, experiencia en obras similares y forma de pago”* (fl. 31 cd. ppal.).

Para amparar el contrato se expidió la disponibilidad presupuestal n.º 05163 de fecha 28 de noviembre de 1997, por valor de \$25.994.800, con cargo al presupuesto de inversión (fl. 24 cd. ppal.).

c) El 9 de diciembre de 1997 el contrato de obra pública número 507, para la construcción de la banca en base granular en la vía Ye-Cubarral-Bogotá-Agua Verde K6+290 al K6+700, tomando como K0+000 la intersección de la vía Caracol, en un ancho de banca de 5 metros y un espesor de 0.20 metros en el Municipio de Arauca, por un valor de \$51.169.665, y plazo de ejecución de 90 días calendario contados a partir de la entrega del anticipo y suscripción del acta de iniciación de obras (copia auténtica fls. 172 a 177 cd.1).

Este contrato fue celebrado mediante proceso de contratación directa cuya convocatoria se fijó el 14 de noviembre de 1997 y se desfijó el 20 de noviembre del mismo año (copia aviso a fl. 190 cd. ppal.). Presentaron propuestas José Cepeda Varón por \$51.169.665 y Carlos Eduardo Melo por \$52.885.847,10, procediéndose a la adjudicación el 20 de noviembre de 1997 al primero de ellos, porque *“hecha la evaluación técnica y económica, se determinó adjudicar a la propuesta presentada por JOSE EDUARDO CEPEDA, basado en el estudio de costo, plazo, experiencia en obras similares y forma de pago”* (fl. 191 cd. ppal.).

Para amparar el contrato se expidió la disponibilidad presupuestal n.º 05227 de fecha 5 de diciembre de 1997, por valor de \$51.169.665, con cargo al presupuesto de inversión (fl. 178 cd. ppal.).

d) El 16 de diciembre de 1997, el contrato de obra pública número 523, para la construcción del cerramiento en malla eslabonada y tubo de 2” en la Escuela Costa Hermosa del Municipio de Arauca, por valor de \$9.999.360, y plazo de ejecución de 90 días calendario contados a partir de la entrega del anticipo y suscripción del acta de iniciación de obras (copia auténtica fls. 61 a 65 cd.1).

Este contrato fue celebrado mediante proceso de contratación directa cuya convocatoria se fijó el 14 de noviembre de 1997 y se desfijó el 20 de noviembre del mismo año (copia aviso a fl. 85 cd. ppal.). Presentaron propuestas José Cepeda Varón por \$9.999.360 y Ana del Carmen Pineda por \$10.859.722, procediéndose a la adjudicación el 21 de noviembre de 1997 al primero de ellos, porque *“hecha la evaluación técnica y económica, se determinó adjudicar a la propuesta presentada por JOSE EDUARDO CEPEDA, basado en el estudio de costo, plazo, experiencia en obras similares y forma de pago”* (fl. 86 cd. ppal.).

Para amparar el contrato se expidió la disponibilidad presupuestal n.º 05232 de fecha 5 de diciembre de 1997, por valor de \$9.999.360, con cargo al presupuesto de inversión (fl. 71 cd. ppal.).

e) El 16 de diciembre de 1997, el contrato de obra pública número 527, para la construcción de pavimento rígido en la carrera 23 entre calle 1ra sur y la vía al Barrio Olímpico en el Municipio de Arauca, por un valor de \$22.490.719, y plazo de ejecución de 90 días calendario contados a partir de la entrega del anticipo y suscripción del acta de iniciación de obras (copia auténtica fls. 238 a 243 cd.1).

Este contrato fue celebrado mediante proceso de contratación directa cuya convocatoria se fijó el 10 de noviembre de 1997 y se desfijó el 14 de noviembre del mismo año (copia aviso a fl. 259 cd. ppal.). Presentaron propuestas José Cepeda Varón por \$22.495.145 y Carlos Eduardo Melo por \$24.176.095, procediéndose a la adjudicación el 14 de noviembre de 1997 al primero de ellos, porque *“hecha la evaluación técnica y económica, se determinó adjudicar a la propuesta presentada por JOSE EDUARDO CEPEDA, basado en el estudio de costo, plazo, experiencia en obras similares y forma de pago”* (fl. 260 cd. ppal.).

Para amparar el contrato se expidió la disponibilidad presupuestal n.º 05231 de fecha 5 de diciembre de 1997, por valor de \$22.495.145, con cargo al presupuesto de inversión (fl. 247 cd. ppal.).

f) El 16 de diciembre de 1997, el contrato número 528, para la remodelación y mantenimiento del puesto de Salud del Meridiano 70 en el Municipio de Arauca, por un valor \$19.997.127, y plazo de ejecución de 90 días calendario contados a partir de la entrega del anticipo y suscripción del acta de iniciación de obras (copia auténtica fls. 197 a 201 cd.1).

Este contrato fue celebrado mediante proceso de contratación directa cuya convocatoria se fijó el 14 de noviembre de 1997 y se desfijó el 20 de noviembre del mismo año (copia aviso a fl. 235 cd. ppal.). Presentaron propuestas José Cepeda Varón por \$19.997.127 y Luis Alexis Bello Camejo por \$23.124.037, procediéndose a la adjudicación el 21 de noviembre de 1997 al primero de ellos, porque *“hecha la evaluación técnica y económica, se determinó adjudicar a la propuesta presentada por JOSE EDUARDO CEPEDA, basado en el estudio de costo, plazo, experiencia en obras similares y forma de pago”* (fl. 234 cd. ppal.).

Para amparar el contrato se expidió la disponibilidad presupuestal n.º 05226 de fecha 5 de diciembre de 1997, por valor de \$19.997.127, con cargo al presupuesto de inversión (fl. 202 cd. ppal.).

g) El 16 de diciembre de 1997, el contrato número 530, para la construcción de pavimento rígido entre las carreras 7ª y 8 entre calles 12ª y 13 en el Municipio de Arauca, por un valor de \$38.644.658, y plazo de ejecución de 90 días calendario contados a partir de la entrega del anticipo y suscripción del acta de iniciación de obras (copia auténtica fls. 145 a 150 cd.1).

Este contrato fue celebrado mediante proceso de contratación directa cuya convocatoria se fijó el 10 de noviembre de 1997 y se desfijó el 14 de noviembre del mismo año (copia aviso a fl. 168 cd. ppal.). Presentaron propuestas José Cepeda Varón por \$38.646.282 y Jaime Urrutia Alarcón por \$41.436.790, procediéndose a la adjudicación el 14 de noviembre de 1997 al primero de ellos, porque *“hecha la evaluación técnica y económica, se determinó adjudicar a la propuesta presentada por JOSE EDUARDO CEPEDA, basado en el estudio de costo, plazo, experiencia en obras similares y forma de pago”* (fl. 169 cd. ppal.).

Para amparar el contrato se expidió la disponibilidad presupuestal n.º 05229 de fecha 5 de diciembre de 1997, por valor de \$38.644.658, con cargo al presupuesto de inversión (fl. 157 cd. ppal.).

h) El 18 de diciembre de 1997, el contrato de obra pública número 542, para la construcción de la cancha múltiple (14 metros x 20 metros), primera etapa en el Barrio Costa Hermosa del Municipio de Arauca, por un valor de \$9.999.212, y plazo de ejecución de 90 días calendario contados a partir de la entrega del anticipo y suscripción del acta de iniciación de obras (copia auténtica fls. 39 a 44 cd.1).

Este contrato fue celebrado mediante proceso de contratación directa cuya convocatoria se fijó el 12 de noviembre de 1997 y se desfijó el 18 de noviembre del mismo año (copia aviso a fl. 45 cd. 3). Presentaron propuestas José Cepeda Varón por \$9.999.212 y Luis Alexis Bello Camejo por \$11.664.304, procediéndose a la adjudicación el 20 de noviembre de 1997 al primero de ellos, porque *“hecha la evaluación técnica y económica, se determinó adjudicar a la propuesta presentada por JOSE EDUARDO CEPEDA, basado en el estudio de costo, plazo, experiencia en obras similares y forma de pago”* (fl. 44 cd. 3).

Para amparar el contrato se expidió la disponibilidad presupuestal n.º 05233 de fecha 5 de diciembre de 1997, por valor de \$9.999.212, con cargo al presupuesto de inversión (fl. 43 cd. 3).

i) El 22 de diciembre de 1997, el contrato de obra pública número 554, la construcción de pavimento rígido en la calle 14B entre 35 y 36 Barrio Bosque en el Municipio de Arauca, y valor de \$14.998.591, y plazo de ejecución de 90 días calendario contados a partir de la entrega del anticipo y suscripción del acta de iniciación de obras (copia auténtica fls. 131 a 136 cd.1).

Este contrato fue celebrado mediante proceso de contratación directa cuya convocatoria se fijó el 4 de noviembre de 1997 y se desfijó el 6 de noviembre del mismo año (copia aviso a fl. 141 cd. ppal.). Presentaron propuestas José Cepeda Varón por \$14.998.591 y Jaime Urrutía Alarcón por \$15.993.039, procediéndose a la adjudicación el 6 de noviembre de 1997 al primero de ellos, porque *“hecha la evaluación técnica y económica, se determinó adjudicar a la propuesta presentada por JOSE EDUARDO CEPEDA, basado en el estudio de costo, plazo, experiencia en obras similares y forma de pago”* (fl. 142 cd. ppal.).

Para amparar el contrato se expidió la disponibilidad presupuestal n.º 05358 de fecha 5 de diciembre de 1997, por valor de \$14.998.591, con cargo al presupuesto de inversión (fl. 135 cd. 3).

Los anteriores contratos contenían similares previsiones, en particular, respecto a las obligaciones del contratista y del municipio de Arauca, forma de pago y entrega del anticipo al contrato número 479 de 21 de noviembre de 1997. Así mismo, cabe anotar que el régimen jurídico sustancial aplicable a los contratos fuente del litigio es el previsto en el estatuto contractual de la Administración vigente para la época de su celebración, esto es, la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, entre ellos el Decreto 855 de 1994, que reglamentó la contratación directa.

## **2.2. Los requisitos de ejecución de los contratos**

Se demostró que el contratista en cumplimiento de la cláusula décima de los contratos constituyó las pólizas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones surgidas de los mismos, así:

.- Contrato No. 479 de 1997, pólizas n.º 0671452 y 440434 del 27 de noviembre de 2011, expedidas por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. (copias auténticas fls. 95 y 96);

.- Contrato número 498 de 1997, póliza n.º 0671452 de 10 de diciembre de 1997, expedidas por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. (copias auténticas fls. 25 y 96);

.- Contrato número 507 de 1997, pólizas n.º 025973601361 y 05597800256 de 12 de diciembre de 1997, expedidas por la Compañía Cóndor S.A. (copias auténticas fls. 179 y 180);

.- Contrato número 523 de 1997, pólizas n.º 530372 y 0671584 de 17 de diciembre de 1997, expedidas por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. (copias auténticas fls. 69 y 70);

.- Contrato número 527 de 1997, póliza n.º 0671594 de 17 de diciembre de 1997, expedidas por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. (copias auténticas fls. 246);

.- Contrato número 528 de 1997, pólizas n.º 0671586 y 530377 de 17 de diciembre de 1997, expedidas por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. (copias auténticas fls. 203 y 204);

.- Contrato número 530 de 1997, pólizas n.º 0671593 y 530374 de 17 de diciembre de 1997, expedidas por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. (copias auténticas fls. 151 y 152);

.- Contrato número 542 de 1997, póliza n.º 0709622 de 22 de diciembre de 1997, expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. (copia auténtica fl. 46); y

.- Contrato número 554 de 1997, pólizas n.º 0709643 y 0618253 de 23 de diciembre de 1997, expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. (copias auténticas fl. 138 y 139).

Igualmente, está acreditado que en cumplimiento de la cláusula trigésima tercera de los contratos, el contratista pagó los derechos de publicación en la Gaceta Municipal (copias auténticas recibos de caja de tesorería a fls. 97, 26, 181, 68, 244, 205, 153, 48 y 140), y radicó la cuenta de cobro correspondiente al valor del anticipo (copias a fls. 110, 182, 67, 245, 206, 155, 47 y 144 cd. ppal.).

### **2.3. Las órdenes de pago del valor de los anticipos**

Se estableció, de conformidad con la certificación expedida por la Tesorería Municipal de Arauca, que la administración del municipio expidió en el mes de diciembre de 1997 para el pago de los anticipos correspondiente a los contratos de obra pública celebrados con José Eduardo Cepeda Varón, las órdenes números 8125 de 2 de diciembre de 1997, del contrato 479/97, por concepto de pago del 50% de anticipo, por valor de \$5.390.000; 9053 del 29 de diciembre de 1997, del contrato 554/97, por concepto de pago del 50% de anticipo, por valor de \$7.349.309; 8363 del 17 de diciembre de 1997, del contrato 527/97, por concepto

de pago del 50% de anticipo, por valor de \$11.020.453; 8365 del 17 de diciembre de 1997, del contrato 528/97, por concepto de pago del 50% de anticipo, por valor de \$9.798.592; 8366 del 17 de diciembre de 1997, del contrato 539/97, por concepto de pago del 50% de anticipo, por valor de \$18.549.435; 8359 del 17 de diciembre de 1997, del contrato 523/97, por concepto de pago del 50% de anticipo, por valor de \$4.899.686; 8298 del 15 de diciembre de 1997, del contrato 507/97, por concepto de pago del 50% de anticipo, por valor de \$24.561.438; 8355 del 17 de diciembre de 1997, del contrato 498/97, por concepto de pago del 50% de anticipo, por valor de \$12.737.452; y sin número del 18 de diciembre de 1997, del contrato 542/97, por concepto de pago del 50% de anticipo, por valor de \$4.999.609 (original a fl. 134 cd. 3).

Así mismo, según certificación del Jefe de la División Financiera y Presupuesto del municipio de Arauca, consta que en el año de 1997 se efectuaron las respectivas reservas de los contratos de obra pública celebrados con el señor Cepeda Varón (original fl. 133 cd. 3).

#### **2.4. La duplicidad del objeto del contrato 554 de 1997**

Quedó demostrado que el municipio de Arauca había celebrado el convenio interadministrativo número 571 de 10 de diciembre de 1997 con ADCOOPGUALIVA por la suma de \$450.000.000, y un plazo de ejecución de 6 meses, para “la adecuación y pavimentación de vías en el sector del Bosque del municipio de Arauca”, cuya fuente de financiamiento fue a través del convenio 1677 suscrito por el ente territorial con Findeter (fls. 284 a 292).

De acuerdo con lo anterior el objeto del contrato de obra pública número 554 del 22 de diciembre de 1997, que consistía en la construcción de pavimento rígido en la calle 14B entre carreras 35 y 38 Barrio el Bosque del área urbana de este municipio, se encontraba contemplado o repetido en el del mencionado convenio interadministrativo 571 de 1997.

#### **2.5. El no desembolso del pago de los anticipos y la no ejecución de los contratos**

Se acreditó, mediante certificación de la Tesorera Municipal (original a fl. 283 cd. ppal.) que las órdenes de pago a favor del señor José Eduardo Cepeda Varón no fueron canceladas por el municipio de Arauca.

Sobre este hecho y la no ejecución de los contratos en el proceso rindió testimonio la señora Cándida Rosa Parales Carvajal, tesorera municipal del ente territorial demandado, quien manifestó que tenía entendido que la contratación efectuada en 1997 había sido demandada, razón por la cual la cancelación de la misma fue suspendida; además, agregó que tampoco fue cancelada porque presupuestalmente no se contaba con los recursos necesarios para pagarla, dado que el presupuesto presentaba un déficit y existía en Tesorería alrededor de seis mil millones en cuentas por pagar producto de los déficit presupuestados año a año (fls. 7 a 9 cd. 4).

En consecuencia, no sólo de la contestación de la demanda sino también de la anterior versión se colige la inexecución de los contratos de obra pública celebrados entre el municipio de Arauca y el demandante.

#### **2.6. El cambio de administración municipal**

De las diversas intervenciones de las partes dentro del proceso se deduce que para el tiempo en que se celebraron los contratos se presentaba un cambio de administración municipal por vencimiento del período constitucional del Alcalde del municipio de Arauca, es decir, la contratación se realizó al finalizar el período del mandatario local.

En efecto, tal y como dan cuenta las comunicaciones DSH números 0611 y 0336 de 20 de septiembre de 2000, suscritas por el Jefe de la División de Recurso Humano del municipio de Arauca, durante la época en que se firmaron los contratos, el señor Elmer Ramiro Silva Rodríguez, quien ejercía el cargo de Secretario de Hacienda municipal, fue encargado como Alcalde en el mes de noviembre los días 6, 7 y 8; el 11, 12, 13 y 14; del 26 de noviembre al 5 de diciembre; y del 9 al 31 de diciembre de 1997; y desde el 1 de enero de 1998, asumió el cargo la señora Josefina Baroni Colmenares, electa para el período constitucional de 1998 a 2000 (originales fls. 7 a 18 cd. 3).

De lo anterior se tiene que, de una parte, en apariencia el proceso de contratación y los contratos estuvieran acorde con la ley; y de otra parte, que mientras el contratista dio cumplimiento a los requisitos necesarios para ejecutar los contratos celebrados<sup>3</sup>, la entidad contratante no dio cumplimiento a la obligación de pagar el anticipo (cláusula quinta<sup>4</sup>).

No obstante lo anterior, para la Sala las pretensiones del actor no tienen vocación de prosperar, por cuanto considera que los contratos materia de controversia son absolutamente nulos, debido a que fueron celebrados con desviación y abuso de poder, al desconocer los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, causal prevista en el numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, declarable de oficio por el juez (artículos 45 ibídem, 87 del C.C.A. y 1740 del Código Civil), según se pasa a explicar.

### **3. Los principios de planeación, transparencia, responsabilidad y selección objetiva en la contratación estatal**

3.1. Según lo tiene ya establecido la jurisprudencia<sup>5</sup>, dentro de los principios capitales que de antaño han informado la actividad contractual del Estado<sup>6</sup>, ocupa especial lugar el de economía, una de cuyas manifestaciones es la **planeación**<sup>7</sup>. Por virtud de ésta la entidad estatal contratante está en el deber legal (Ley 80 de 1993 numerales 7, 12, 25 y 26 del artículo 25, e inciso segundo del numeral 1º del artículo 30) de elaborar, antes de emprender el proceso de selección del contratista, los estudios completos y análisis serios que el proyecto demande, los cuales inciden en la etapa de formación del contrato y en forma –si se quiere más

<sup>3</sup> Las pólizas, el recibo de pago de la publicación en la gaceta municipal, la cuenta de cobro del anticipo de cada uno de los contratos.

<sup>4</sup> Con el argumento de que no contaba con presupuesto.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 2008, exp. AP-19001-23-31-000-2005-00005-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>6</sup> El artículo 72 del Decreto 150 de 1976 ya hacía referencia a este punto. Asimismo, el decreto 222 de 1983 implícitamente hacía referencia a él en el numeral 2º del artículo 30, en el artículo 46, en el párrafo 1º del artículo 83 y de manera expresa en el artículo 84 referido a los contratos de obra pública.

<sup>7</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, Radicados: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715) y otros –acumulados-, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

significativa- en su etapa de ejecución<sup>8</sup>. Reglas que imponen, según lo indicado por la jurisprudencia, que:

“[N]o se puede licitar ni contratar la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyectos y presupuesto respectivos, y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación. Esta determinación previa de las condiciones sobre las cuales se va a desarrollar el contrato conlleva obligatoriamente que los estudios y demás especificaciones permitan a las partes llevar a feliz término el objeto del contrato, en cuyo desarrollo los interesados pueden adelantar la actividad correspondiente dentro de un marco de confiabilidad recíproca de los factores y condiciones que la Administración ofrece y las condiciones y resultados que con base en ellos el contratista asume...”<sup>9</sup>

En tal virtud, **el deber de planeación**, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden.

De otra parte, en cumplimiento también del deber de planeación y del principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si no existen las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales (No. 6 art. 25 Ley 80 de 1993); igualmente, deben con antelación al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25 *ibídem*), así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones (No. 12 art. 25 *ídem*).<sup>10</sup>

Reglas éstas que resultan concordantes y se puntualizan en el proceso de la licitación pública en cuanto la apertura del proceso debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad (No. 1 del art. 30); y haber elaborado los correspondientes pliegos de condiciones, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar condiciones objetivas, claras y completas (No. 2 del art. 30).

<sup>8</sup> Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469), C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992. En sentido similar ver Consejo de Estado, sentencia de 19 de junio de 1998, exp.10.439.

<sup>10</sup> Modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y luego por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011.

En una palabra, el proceso contractual deberá estar precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos que se requieran en orden a determinar su viabilidad económica y técnica<sup>11</sup>, así como la modalidad de proceso de selección que debe adelantar la entidad pública, con las finalidades sociales -íntimas a esa prestación-, alto grado de eficiencia y eficacia en orden no sólo a proteger los recursos públicos fiscales representados en los bienes afectos al servicio, con sujeción estricta al orden jurídico, sino a garantizar las funciones que en interés general debe desarrollar y una prestación eficiente de los servicios que le son asignados por la ley.

De allí que si esta manifestación del principio de economía debe orientar los procesos de contratación, resulta cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación en la toma de este tipo de decisiones públicas, que por supuesto suponen una agresión clara del marco jurídico contractual estatal en general.

3.2. El **principio de transparencia** persigue la garantía que de en la formación del contrato, con plena publicidad de las bases del proceso de selección y en igualdad de oportunidades de quienes en él participen, se escoja la oferta más favorable para los intereses de la administración, de suerte que la actuación administrativa de la contratación sea imparcial, alejada de todo favoritismo y, por ende, extraña a cualquier factor político, económico o familiar.

Por consiguiente, este principio aplicado a la contratación pública, excluye una actividad oculta, secreta, oscura y arbitraria en la actividad contractual y, al contrario, propende por una selección objetiva de la propuesta y del contratista del Estado para el logro de los fines de la contratación y la satisfacción de los intereses colectivos, en forma clara, limpia, pulcra, sana, ajena a consideraciones subjetivas, libre de presiones indebidas y en especial de cualquier sospecha de corrupción por parte de los administradores y de los particulares que participan en los procesos de selección contractual del Estado.

La Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, entroniza este principio principalmente en los procedimientos de selección, en la definición de las bases de los mismos -elaboración de los pliegos y términos de referencia- y en la publicidad que debe darse a éstos y a la contratación pública en general.

La intención del legislador fue establecer, como regla general, procedimientos regulados de selección objetiva del contratista<sup>12</sup>, con fundamento en *“los conceptos de seguridad, corrección y moralidad administrativas, así como en el principio de igualdad de oportunidades para que cualquier persona que esté en posibilidad de contratar con la administración tenga acceso a ella”*.<sup>13</sup>

En tal virtud, en el artículo 24 -original- de la Ley 80 de 1993<sup>14</sup> desarrolló el principio de transparencia, en el sentido de disponer que la escogencia del

<sup>11</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, Proceso número: 25000 23 26 000 9854 01, Radicación número: 14854, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12.037.

<sup>13</sup> BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de obras Públicas, exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992, pág. 18.

contratista para la celebración de contratos con entidades estatales se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, con el objeto de permitir la participación de un mayor número de personas que, en igualdad de condiciones, esté en capacidad de prestar el servicio o ejecutar la obra, excepto en los casos en que por determinadas condiciones especiales que ameritan cierta celeridad o especificidad para satisfacer las necesidades de las mismas, se requiera acudir a formas de contratación directa (No. 1 *ibídem*)<sup>15</sup>.

También estableció el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, como expresiones de este principio, la publicidad y contradicción de los informes, conceptos y decisiones que se adopten en los procesos, a través de la oportunidad que debe dar la administración a los interesados de conocerlos y controvertirlos (art. 24 No. 2), para lo cual podrán examinar todas las actuaciones de las autoridades, las cuales serán públicas, solicitar que la adjudicación se haga en audiencia pública (art. 24 No. 3) y obtener copia, con las reservas de ley, de las actuaciones y de las propuestas recibidas (art. 24. No. 4).

Igualmente, el principio de transparencia obliga a la administración a indicar los requisitos objetivos necesarios para participar, así como a definir reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de los ofrecimientos, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación o concurso (art. 24 No. 5); señalar las reglas de adjudicación del contrato en los avisos de apertura de la licitación o concurso y en los pliegos de condiciones (art. 24 No. 6); y motivar los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, y los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia (art. 24 No. 7).

De otra parte, en desarrollo de este principio las autoridades deben ejercer sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley y, por ende, no pueden actuar con desviación o abuso de poder y, adicionalmente, les está prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el estatuto de contratación (art. 24 No. 8).

En conclusión, el principio de transparencia, previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 garantiza otros principios, entre los que se encuentran los de imparcialidad, igualdad, moralidad y selección objetiva en la contratación, para lo cual se instrumenten procedimientos de selección, con actuaciones motivadas, públicas y controvertibles por los interesados, con el fin de elegir la mejor oferta.

3.3. El legislador estableció en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, precisos supuestos en los cuales se compromete la responsabilidad no sólo del Estado por los daños antijurídicos ocasionados con motivo de la actividad contractual (art. 90 C.P.), sino de los servidores públicos y los contratistas que en ella intervienen.

Para garantizar el cumplimiento del principio de responsabilidad los servidores públicos que intervienen en la actividad contractual responderán civil, penal y disciplinariamente, razón por la cual están obligados a cumplir los fines de la

---

<sup>14</sup> Y aplicable para la época de los hechos del *sub lite*.

<sup>15</sup> La contratación directa es un procedimiento reglado excepcional y de aplicación e interpretación restrictiva, al cual pueden acudir las entidades públicas para celebrar contratos, en determinados eventos tipificados en la ley, en una forma más rápida, sencilla y expedita para la adquisición de bienes y servicios que por su cuantía, naturaleza o urgencia manifiesta, no precisa ni requiere de los formalismos y múltiples etapas y términos previstos para la licitación pública, aun cuando debe cumplir los principios que rigen la contratación pública.

contratación, vigilando la correcta ejecución de lo contratado y velando por la protección de los derechos de la entidad y del contratista (Nos. 1 y 8 art. 26); responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas (No. 2 ídem); verbigracia, cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquéllos (No. 3 ídem).<sup>16</sup>

Dispuso también el Legislador que las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia (No. 4 ídem), y que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección se atribuye al jefe o representante de la entidad estatal y no a las juntas, consejos directivos, corporaciones administrativas de elección popular u órganos de control y vigilancia de la misma, ni a los comités asesores.

En cuanto a los particulares contratistas, así como a los asesores, consultores e interventores que participen en los procesos contractuales, también se dispone que deberán responder, incluso civil y penalmente, por las conductas dolosas o culposas en que incurran en su actuar contractual o precontractual, específicamente los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato (No. 6 *ídem*), o por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa (No. 7 *ídem*) y, por supuesto, por la buena calidad del objeto contratado (No 8 ídem).

3.4. El **deber de selección objetiva**, es desarrollado por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993<sup>17</sup>, norma que estableció varios conceptos a saber:

a) Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

b) Ofrecimiento más favorable es aquel que teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en

<sup>16</sup> "...Entre otras conductas que harán al servidor público incurrir en las modalidades de responsabilidad anotadas y que justifican la aplicación de las sanciones pertinentes cabe citar, a título de ejemplo, las siguientes: la iniciación de procesos de selección de contratistas sin que exista la autorización necesaria para ello; contratar sin que en el presupuesto respectivo exista la apropiación para efectuar el gasto que se pretende contratar; contratar sin que se hayan realizado o completado los estudios, proyectos de factibilidad o diseños del bien o servicio objeto de la futura contratación; cuando no se adjudique el contrato sin que exista causa justificada para ello; por no tomar las medidas necesarias tendientes a restablecer la economía del contrato; cuando haga uso de los poderes o privilegios pactados en el contrato sin que existan motivos o razones que justifiquen su utilización o cuando éste se haga con abuso o desviación de poder..." BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de obras Públicas, exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992.

<sup>17</sup> Este artículo aplicable para la época de los hecho del *sub examine* fue modificado por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, disposición a su vez modificada por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011.

los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos o sólo alguno de ellos. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no podrá ser objeto de evaluación; y

c) El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En este sentido, la selección objetiva consiste en la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, siendo improcedente considerar para ello motivaciones subjetivas. Para tal efecto, con carácter enunciativo, la norma consagra factores determinantes para esa elección, los cuales deben constar de manera clara, detallada y concreta en el respectivo pliego de condiciones, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, y que sobre todo, deben apuntar al cumplimiento de los fines estatales perseguidos con la contratación pública.

Lo anterior significa que en la contratación, sea mediante licitación o concurso públicos o contratación directa, la administración está obligada a respetar los principios que la rigen –transparencia, economía y responsabilidad- y los criterios de selección objetiva establecidos en las bases del proceso para la escogencia del contratista al que se le adjudicará el contrato por haber presentado la mejor propuesta, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, etc., los cuales deberán ser previamente analizados y evaluados por la entidad con arreglo a las condiciones del pliego que rigen el respectivo proceso, con el fin de determinar en forma motivada que la propuesta elegida resulta ser en realidad la más ventajosa.

Por lo tanto, el deber de selección objetiva constituye uno de los principios más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de igualdad, libre concurrencia, imparcialidad, buena fe, transparencia, economía y responsabilidad.

#### **4. La desviación de poder como vicio del contrato estatal y su prueba en el caso concreto**

4.1. Tanto la doctrina como la jurisprudencia convergen en señalar que la desviación de poder consiste en el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es atribuida con un fin distinto del que la ley quería al otorgarla.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Vidal Perdomo, Jaime, Derecho Administrativo, Edt Temis, Octava Edición, 1985, pág. 287. Prat afirma que: “Si bien en un comienzo, vicio de forma y desviación de poder presentan un residuo común con la incompetencia, porque quien no observa o no utiliza debidamente las formas que el orden jurídico impone para emitir sus actos, revela una cierta y particular manera de actuar incompetentemente, al igual que aquel que utiliza sus poderes persiguiendo un fin distinto del que le impone específicamente la ley” (PRAT, Julio A. La desviación de poder, 2ª edición actualizada, Montevideo, Ediciones jurídicas, 1976, p. 21). Y, según Gordillo: “La desviación de poder siempre fue considerada como límite a la discrecionalidad administrativa,

Se presenta, entonces, cuando el acto proferido por la autoridad competente y con las formalidades requeridas en realidad persigue fines ajenos a los que la ley ha consagrado, bien que esté enderezado a un fin dañino o espurio ora a uno ventajoso para el Estado o la sociedad, pero no coincidente con el establecido en la norma; es decir, puede expresarse cuando se utiliza la facultad con un interés personal del funcionario o para beneficiar a un tercero, o para un fin que se revela como lícito pero al que se llega con inobservancia de las normas legales y, por lo mismo, contrariando los fines de éstas.

Así, el control de la desviación de poder, en los eventos en que el funcionario hace uso de sus poderes con un fin distinto de aquel para el cual fueron conferidos<sup>19</sup>, esto es, haciéndolo servir a finalidades para las cuales no está destinado<sup>20</sup>, como de vieja data la jurisprudencia de la Corporación lo ha señalado se fundamenta en que:

“Lo que viola el acto dictado con desviación de poder es, en último análisis, el postulado básico del Estado de derecho, que pudiera enunciarse así: el poder público no se justifica sino en función de servicio a la colectividad. De ese postulado se deduce, en primer lugar, que la discrecionalidad con que pueden obrar los órganos del poder en ejercicio de sus atribuciones no es jamás ilimitada (...) Esos motivos tienen que ser razones de buen servicio para que impliquen el uso legítimo de la atribución respectiva; ya que ésta se confiere al agente u órgano de la administración sólo para que la ejerza por motivos y para fines de buen funcionamiento del servicio que se le haya confiado, y no por móviles de afecto o desafecto personal, de malevolencia o de favoritismo, en contra o en beneficio de alguien”<sup>21</sup>

De manera pues que esta expresión de la legalidad interna del acto administrativo implica la subordinación del poder administrativo al buen servicio y al interés general, para encausar la actuación de las autoridades a estos postulados, y su existencia puede comprometer, incluso, la moralidad de la actuación; y se predica del elemento teleológico del acto administrativo, según el cual, constituye la esencia de su ser, la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (arts. 2 C.P. y 2 del C.C.A.)<sup>22</sup>.

En otros términos, la desviación de poder tiene lugar cuando un acto fue expedido por un órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, pero que en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico y

---

de directa base constitucional y racional (pues si la ley da una atribución determinada a un funcionario, sólo cabe admitir que se la dio para que cumpla con la propia finalidad legal, y no con una finalidad distinta, cualquiera sea su naturaleza) (...) La prosecución encubierta -o peor aún, desembolsada- de fines propios o públicos, distintos de los que resultan de la ley del caso y los antecedentes de hecho que corresponden al acto, constituye así una trasgresión a los límites de la discrecionalidad y un vicio del acto administrativo.” (GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, tomo I, Buenos Aires, Ed. Macchi, cap. VIII, p. 32 y ss).

<sup>19</sup> Vid. JÈZE, Gaston, La jurisprudence du Conseil d'État et le détournement de pouvoir, en Revue de Droit Public, 1944, p. 60

<sup>20</sup> Para Laferrière “el vicio consistente en desviar un poder legal del fin para el cual fue instituido, haciéndolo servir finalidades para las cuales no está destinado” (LAFERRIÈRE, Traité de la jurisdiction et le droit administratif, 2e éd, t. II, Paris, 1896, p. 548 y ss).

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sentencia de 30 de julio de 1959.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia 16 de octubre de 1997, Exp. 92.64 C.P. Silvio Escudero Castro.

que se presumen respecto de dicho acto; esta circunstancia vicia el acto porque la autoridad ejerce sus atribuciones conferidas por la ley con una finalidad diferente de la prevista por ella, bien en beneficio personal o de un tercero.

Por lo tanto, siendo premisa fundamental que los funcionarios deban actuar teniendo en cuenta el interés general, cuando obran con un fin distinto del autorizado, desligado del interés general, de los principios que guían a la administración y de la buena marcha del servicio y función públicas asignadas, con el propósito de favorecer intereses propios o de terceros, están desviando el poder que se les atribuyó, circunstancia que hace anulable el acto (art. 85 C.C.A).

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, *“la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”*. Y, el artículo 24 numeral 8 *ibídem*, para garantizar el principio de transparencia en ella, prohíbe expresa y categóricamente esta actuación cuando señala que *“[l]as autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias para los fines previstos en la ley”*, precepto cuya inobservancia en la celebración del contrato, *mutatis mutandi* de la consecuencia prevista para los actos administrativos, se sanciona con nulidad absoluta del mismo, en los términos del numeral 3 del artículo 44 *ibídem*, según el cual incurren en ese vicio cuando los contratos del Estado *“se celebren con abuso o desviación de poder”*.

En este caso, el vicio es predicable del propio contrato, en tanto él constituye un abuso o desviación de poder, por no atender el fin público que anima celebrarlo, sino otros fines diferentes a los establecidos en las normas que rigen esta actividad del Estado. En tal sentido, debe precisarse que el fin de la contratación constituye un presupuesto de legalidad del contrato y, por ello, se configura la desviación de poder siempre que con él se persiga un fin distinto al señalado por el legislador, de manera que no resulta válido un contrato que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o satisfacción de los intereses generales.

Según el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 debe declararse la nulidad de los contratos estatales celebrados con abuso o desviación de poder (numeral 3º *ídem*), causal en la que también pueden estar incursos los contratos que lesionen derechos colectivos como el de la moralidad administrativa o el patrimonio público en los términos indicados, teniendo en cuenta que se ha ejercido la competencia del funcionario para contratar no con el fin o propósito general de la contratación (art. 3 Ley 80/93), sino con otro en desmedro del mismo. Para tal efecto, se debe demostrar entonces las motivaciones secretas o preferencias, interés particular o motivación subjetiva por parte de los funcionarios que celebraron el contrato.

Por esta razón, ha sostenido esta Sección que *“...cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3 del art. 44 de la ley 80 de 1993) y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular...”*<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de octubre de 2002, Rad. AP-518.

4.2. La desviación de poder entraña una problemática probatoria, en tanto el acto o contrato en apariencia puede observarse como legal, pero la intención o finalidad que se propone con el mismo no es la de satisfacer el interés general.

En efecto, “[s]e caracteriza, por lo general, esta modalidad de irregularidad por el hecho de que el acto nace a la vida jurídica con una apariencia externa de legalidad; la administración procura que su manifestación sea en apariencia legal; no es objetable por incompetencia ni por problemas de forma o procedimiento, mucho menos por vicios en el objeto.”<sup>24</sup> Por tal razón su estudio implica adentrarse en la esfera volitiva de la autoridad, es decir, dada la naturaleza subjetiva del vicio se impone el análisis de la intención del autor del acto o parte del contrato para determinar si es o no congruente con el interés público y en consecuencia establecer la existencia de la desviación que ocasiona su nulidad.

Tal y como lo anota la doctrina, las dificultades probatorias no son insalvables, pues “basta que la conjunción de los distintos medios probatorios produzca en el juzgador la certeza suficiente de que la desviación de poder ha sido cometida” y “quizás la prueba de indicios sea la más adecuada para desentrañar el vicio.”<sup>25</sup> Incluso, ante la complejidad que implica adentrarse a la subjetividad de quienes actúan desviadamente<sup>26</sup>, la doctrina ha elaborado lo que se denomina “los hechos denunciadores del desvío de poder, que no son más que elementos indiciarios para su configuración probatoria, que si bien es cierto se predicen de los actos con contenido unilateral, no [se] encuentra mayor dificultad para que sean aplicados en materia contractual; entre ellos, se señalan los siguientes: contradicción del acto con medidas anteriores; contradicción del acto con medidas posteriores; motivación excesiva; motivación contradictoria; motivación insuficiente; alteración de los hechos; decisión ilógica; derogación de forma interna; precipitación con que el acto fue proferido; desigualdad de tratamiento a los interesados; carácter sistemático de ciertas prohibiciones; carácter general atribuido a medidas que deberían permanecer como particulares; injusticia manifiesta; disparidad de tratamiento, entre otros.”<sup>27</sup>

De ahí que, por ejemplo, ha señalado la jurisprudencia que la inclusión en el acta de liquidación de actividades desplegadas antes del perfeccionamiento del contrato, como base de la liquidación de los honorarios del contratista, constituye prueba indiciaria de la configuración de desviación de poder, pues esa acta de liquidación se aparta del fin a ella señalado en la Ley 80 de 1993 al incluir partidas económicas que no se generaron como consecuencia del desarrollo del objeto contractual, ya que varias de ellas se reconocieron como consecuencia de

<sup>24</sup> Santofimio, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, t II, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 403.

<sup>25</sup> Betancur, Jaramillo, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, Señal Editora, 2002, págs. 379.

<sup>26</sup> “La dificultad estriba precisamente en el hecho de tratarse de un vicio solapado que se oculta la intención del autor, que suele cubrirlo –como lo dice Argañaras– con las apariencias de la legalidad. [L]a existencia de la desviación de poder se determina por la investigación de los motivos psicológicos o subjetivos del autor del acto, lo que pueden hacer aflorar mediante la utilización de las pruebas. Así se indagan ciertas manifestaciones que aparecen en los considerandos, en las constancias anteriores del acto que obran en el expediente, en actos similares y anteriores respecto del mismo particular afectado; se estudia o evalúa la manifiesta irracionalidad técnica del acto, la inexistencia o nimiedad de los hechos invocados por el agente o la contradicción entre los mismos.” Cfr. Betancur, Jaramillo, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Ob. cit., págs. 377-378.

<sup>27</sup> Cretella, José, Anulación de Actos Administrativo por Desvío de Poder, Río de Janeiro, Eidt. Forense, 1978, pág. 108. Citado por Santofimio, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, t .iv, contratación indebida, 2006, pág. 91.

actuaciones previas al perfeccionamiento del contrato, de modo que en ese evento el funcionario público hizo uso de sus poderes con un fin distinto de aquel para el cual han sido conferidos<sup>28</sup>.

4.3. En tal virtud, teniendo en cuenta la complejidad probatoria en tratándose del vicio de desviación de poder, que enfrenta una evidente dificultad al momento de acreditarse en el proceso, en tanto de ordinario no es posible acudir a pruebas directas para demostrarlo, es posible recurrir para ello a la prueba indiciaria.

En efecto, en nuestro derecho positivo (arts. 248 a 250 CPC), los indicios son medios de prueba indirectos y no representativos -como sí lo son el testimonio y la prueba documental- y no pueden ser observados directamente por el juez, como por ejemplo sucede en la inspección judicial. En la prueba indiciaria el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales establece otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos.

En otros términos, al ser el indicio una prueba indirecta que construye el juez con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso,<sup>29</sup> tal construcción demanda una exigente labor crítica en la que si bien el fallador es autónomo para escoger los hechos básicos que le sirven de fundamento al momento de elaborar su inferencia, así como para deducir sus consecuencias, en ella está sujeto a las restricciones previstas en la codificación procesal: i) La consignada en el artículo 248 del CPC conforme a la cual los raciocinios son eficaces en tanto los hechos básicos resulten probados; y ii) la contemplada en el artículo 250 *eiusdem* que impone un enlace preciso y directo entre el indicio y lo que de él se infiere, que exige –salvo el evento no usual de los indicios necesarios que llevan a deducciones simples y concluyentes- pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia entre sí como frente a los demás elementos de prueba de que se disponga<sup>30</sup>.

Al margen de las controversias que se suscitan en la doctrina en relación con su naturaleza jurídica (si son medio de prueba o si son objeto de prueba), puede afirmarse que el indicio está integrado por los siguientes elementos:

i) Los hechos indicadores, o indicantes: son los hechos conocidos, los rastros o huellas que se dejan al actuar, la motivación previa, etc., son las partes

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de octubre de 2005, Actor: Procuraduría General de la Nación, Demandada: Amadeo Tamayo Morón, Radicación: 2001-23-31-000-2001 (Ap-01588)-01: “Con la inclusión de estas actividades en un documento llamado por la ley sólo a versar sobre asuntos propios del contrato, la Sala encuentra una flagrante amenaza para la moralidad administrativa y el patrimonio público del Departamento del Cesar, en la medida en que dicho patrimonio no fue manejado de acuerdo con la legislación vigente y con la debida diligencia y cuidado, que se advierte indiciariamente con la inclusión de conceptos que no podían ser incorporados en el acta de liquidación en tanto se trata de actividades anteriores al perfeccionamiento del contrato, actuación que desconoce palmariamente los fines que busca la ley 80 respecto del acto de liquidación, al buscar favorecer los intereses pecuniarios del particular” (se subraya).

<sup>29</sup> El profesor Devis Echandía define al indicio como “cualquier hecho conocido (o circunstancia de hecho conocida), del cual se infiere, por sí solo o conjuntamente con otros la existencia de otro hecho desconocido, mediante una operación, lógica basada en normas generales de experiencia o en principios científicos o técnicos especiales” (Devis Echandía, Hernando, *Compendio de derecho procesal*. Tomo II, Séptima edición, Bogotá, Editorial ABC, 1982, p. 489).

<sup>30</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 21 de mayo de 1992, reiterada en sentencia de esa misma Sala de 14 de marzo de 2000, exp. 5177.

circunstanciales de un suceso, el cual debe estar debidamente probado en el proceso;

ii) Una regla de experiencia, de la técnica o de la lógica o de la ciencia, es el instrumento que se utiliza para la elaboración del razonamiento;

iii) Una inferencia mental: el razonamiento, la operación mental, el juicio lógico crítico que hace el juzgador; la relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho desconocido que se pretende probar;

iv) El hecho que aparece indicado, esto es, el resultado de esa operación mental<sup>31</sup>.

Así las cosas, una vez construida la prueba indiciaria, el juez deberá valorarla teniendo en cuenta su gravedad, concordancia, convergencia y relación con los demás medios de prueba que obren en el proceso. Para efecto de establecer su gravedad, la doctrina ha clasificado los indicios en necesarios y contingentes, entendiendo como necesarios, aquellos que de manera infalible muestran la existencia o inexistencia de un hecho que se pretende demostrar, o revelan en forma cierta la existencia de una constante relación de causalidad entre el hecho que se conoce y aquel que se quiere demostrar y son, por lo tanto, sólo aquellos que se presentan en relación con ciertas leyes físicas, y como contingentes, los que revelan de modo más o menos probable cierta causa o cierto efecto. Estos últimos son clasificados como graves o leves, lo cual depende de si entre el hecho indicador y el que se pretende probar existe o no una relación lógica inmediata.

La concordancia hace referencia a los hechos indicantes. Se predica esa característica cuando los mismos ensamblan o se coordinan entre sí; en tanto que la convergencia se refiere al razonamiento lógico que relaciona esos hechos para determinar si esas inferencias o deducciones confluyen en el mismo hecho que se pretende probar.

4.4. En el caso concreto, como ya se señaló, en apariencia el proceso de contratación y los contratos estuvieran acorde con la ley, pero, según se deduce de la prueba indiciaria que obra en el expediente, en realidad fueron celebrados con desviación y abuso de poder, y desconocieron los principios de planeación, transparencia y selección objetiva.

Como ya se indicó, el Código de Procedimiento Civil, al regular los indicios dispuso en el artículo 248 que para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso y en cuanto a su apreciación, el artículo 250 de la misma obra señaló que el juez estudiará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.

A partir de esta doble exigencia, la Sala encuentra que se acreditaron los siguientes hechos:

(i) Que el Municipio de Arauca celebró, en los dos últimos meses del año de 1997, nueve contratos de obra pública, con un mismo contratista: José Eduardo Cepeda

---

<sup>31</sup> Al tratar del indicio, el profesor Parra Quijano destaca que esa inferencia mental debe hacerse en relación con el tema del proceso: “Para que podamos con propiedad hablar de indicio se requiere aprehender el hecho en su momento dinámico, es decir, cuando se relaciona con la ‘pequeña historia del proceso’ y con una regla de la experiencia”, Parra Quijano, Jairo, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*. Tomo IV, Cuarta edición, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2001, pág. 9”.

Varón, lo que de por sí comporta una concentración importante de una actividad (obras) materia de contratación.

(ii) Que la contratación se hizo mediante el mecanismo de contratación directa, pese a que las obras comprendían un objeto amplio que bien podría haberse analizado su adelantamiento a través del procedimiento de licitación pública<sup>32</sup> o de todas formas en un solo proceso de contratación, mediante la reunión de varios de ellos (ver por ejemplo la construcción de pavimento rígido), de acuerdo con lo que se desprende de los principios de transparencia y planeación consagrados los artículos 24 y 25 de la Ley 80 de 1993, máxime cuando la cuantía total de los mismos asciende a la suma considerable de \$204.294.132<sup>33</sup>.

(iii) Que en el expediente administrativo de los contratos no se observa que se hubiesen adelantado los estudios de conveniencia y oportunidad, técnicos, jurídicos y financieros que soporten la necesidad y las especificaciones de la contratación y permitan concluir que la contratación directa fuera el mecanismo de selección adecuado para adelantarlos, así como los planos, diseños y proyectos requeridos, en contravención a los artículos 24, numerales 5º apartes a, b y c y 6º; 25, numerales 3, 7 y 12 ; y 26, numerales 1º y 3º, entre otros, de la Ley 80 de 1993, y por lo mismo de los principios de transparencia, de economía y el deber de planeación. En otros términos, se colige, por su ausencia en el plenario, que el municipio no realizó estudio previo alguno para establecer la necesidad de la obra y la conveniencia de la contratación, ni definió las condiciones ni el procedimiento de evaluación, requisitos necesarios para la validez del contrato que resulte ser suscrito como resultado de cualquier proceso de selección.<sup>34</sup>

(iv) Que las disponibilidades presupuestales fueron expedidas con posterioridad a la apertura y adelantamiento del trámite de los procesos de contratación directa que dieron lugar a los contratos de obra pública (seis de nueve el 5 de diciembre y las tres restantes el 17 de diciembre, y los días 19 y 28 de noviembre de 1997), en desconocimiento de lo establecido en el numeral 6 del artículo 25 Ley 80 de 1993, es decir, del principio de planeación.

(v) Que la mayoría de las convocatorias (cuya fijación oscilaba entre 2 y 6 días calendario) y las adjudicaciones se realizaron en fechas aproximadas y cercanas a la terminación de la publicación de las aludidas convocatorias del proceso de selección (la mayoría al día siguiente) e incluso el mismo día, tal y como ocurrió con los contratos 507, 527, 530 y 554 de 1997, lo que denotaba afán y premura de la administración en la adjudicación, sacrificando la oportunidad de evaluar las propuestas y la comparación de los resultados para seleccionar al mejor de los oferentes y de ahí que carecieran de la debida motivación, en vulneración a los principios de transparencia y el deber de selección objetiva, según lo previsto en el artículos 24 numeral 7, y 29 -original- de la Ley 80 de 1993. Es de observar que tampoco están demostrados los estudios de la evaluación técnica y económica de

<sup>32</sup> Cuando su reunión superara la menor cuantía para contratar, según la condición establecida en el artículo 24 numeral 1 de la Ley 80 de 1993 -original-.

<sup>33</sup> Incluso sólo los contratos para la construcción de pavimento rígido, esto es, los números 527 de 16 de diciembre de 1997, por valor de \$22.490.720, 528 de 16 de diciembre de 1997, por valor de \$19.997.127; y 554 de 22 de diciembre de 1997, por valor de \$14.998.591, ascenderían a un total de \$57.486.438.

<sup>34</sup> Aún en la hipótesis de que los contratos a los que se refiere el caso *sub lite* pudieran haberse suscrito válidamente a través del proceso de contratación directa, el artículo 2º del Decreto 855 de 1994 establece que “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”.

las ofertas que se indican como presentadas en los actos de adjudicación, lo cual confirma la contravención de las aludidas normas.

(vi) Que en todos los procesos de contratación directa coincidió que se presentaron tan sólo dos proponentes, usualmente los mismos pero intercalados y el escogido (José Eduardo Cepeda Varón) era el que presentaba siempre un precio ligeramente menor al otro (en tres oportunidades se presentó Jaime Urrutia Alarcón; en dos Carlos Eduardo Melo; en dos Luis Alexis Bello Camejo, en una Miller José Chaparro y en una Ana del Carmen Pineda).

De todos modos, no obran en el expediente administrativo allegado al proceso las dos ofertas que se señalan como presentadas; únicamente reposa junto a cada contrato la propuesta del adjudicatario José Eduardo Cepeda Varón y no la del otro proponente y en todo caso, las ofertas presentadas por el señor Cepeda – excepto para la del contrato 479 de 1997- están sin su firma, sin constancia de recibido, sin la certificación de visita de obra expedida por la División Técnica de la Secretaría de Obras, requisito imprescindible para participar según los avisos de las convocatorias, y sin los documentos que acreditaran su idoneidad, experiencia y capacidad para la ejecución de los contratos, todo lo cual desconoce el deber de selección objetiva.

(vii) Que se contrató dos veces una misma obra pública; el objeto del contrato de obra pública número 554 del 22 de diciembre de 1997, cuyo objeto consistía en la construcción de pavimento rígido en la calle 14B entre carreras 35 y 38 Barrio el Bosque del área urbana de este municipio, se encontraba contemplado en el convenio interadministrativo 571 de 1997. Le faltó organización al ente administrativo, al contratar un objeto que ya existía.

(viii) Que, en general, las adjudicaciones se hicieron en forma apresurada y sin suficiente motivación, y la mayoría de los contratos (5 de 9), casualmente fueron firmados el 16 de diciembre de 1997 y los demás con pocos días de diferencia; ni siquiera en los contratos se motiva la necesidad de la suscripción de los mismos.

(ix) Que la contratación se realizó al finalizar el período del alcalde popular, y cuando se estaba haciendo el empalme con el nuevo mandatario municipal, hecho que no puede haber sido desconocido al contratista.

En efecto, como lo señaló el tribunal *a quo* se trató de una contratación celebrada en los últimos días del período constitucional que finalizaba del Alcalde del municipio de Arauca (1996-1998), dos en la última semana de noviembre y siete en el mes de diciembre, el último de ellos a tan sólo ocho días de comenzar la nueva administración municipal, con el fin de que se ejecutaran en el año y administración siguiente, con pleno conocimiento del contratista -pues los plazos y el cambio de administración no le podían ser desconocidos- que se prestó para el acuerdo de voluntades.

La Sala advierte que no es que se desconozca en manera alguna que pueden ser celebrados varios contratos con un mismo contratista cuando éste reúne los requisitos exigidos y se ha sometido a la reglas del proceso de selección ordenado en la ley, ni la posibilidad de que se realicen contratos al terminar un alcalde u otro mandatario elegido popularmente su período constitucional, siempre que estén debidamente justificados y sean necesarios para los fines públicos a los que están afectos los contratos estatales.

Lo que ocurre en el presente caso es que se contrataron en los últimos días de la administración con presupuestos deficitarios (ver testimonio rendido en el proceso n°. 2.5) una serie de objetos como la construcción de pavimentos, canchas, mantenimiento de parques y otras obras civiles, mediante contratación directa, en un corto período, con un mismo contratista y sin que se observe que esté soportada la contratación mediante los estudios de conveniencia y oportunidad, técnicos y financieros respectivos, que fundamenten la necesidad de celebrarlos y de comprometer las respectivas partidas presupuestales antes de que comenzara la nueva administración municipal, es decir, celebrados con falta de planeación. Los principios de la buena administración imponen el deber de contratar con prudencia y en los estrictos términos de necesidad, con el propósito de evitar la práctica de adjudicar y comprometer las partidas presupuestales atando sin justificación atendible en el interés general al nuevo mandatario municipal.

En este contexto, la Sala respalda la conclusión del *ad quem* respecto del desorden administrativo que existía en la contratación del municipio de Arauca, dado que, pese a que el 10 de diciembre de 1997 había suscrito el convenio interadministrativo número 571 de 10 de diciembre de 1997 con ADCOOPGUALIVAL LTDA., para pavimentar las calles en el sector del Bosque del municipio de Arauca”, en forma injustificada el 22 de diciembre de 1997, es decir, doce días después, celebró el contrato de obra pública número 554 contemplando este objeto, pavimentar la calle 14B entre carreras 35 y 38 del mismo Barrio el Bosque de este municipio. Este no es más que otro ejemplo, que da lugar a que se observe un desgüeño administrativo del municipio de Arauca al adelantar ese proceso de contratación, con falta de diligencia y cuidado en el manejo de los recursos públicos, pues aunque se le pretende dar apariencia de que es un proceso que cumple los trámites legales, lo cierto es que no fue así, pues tal y como se demostró se incumplieron los principios de transparencia, economía y responsabilidad y los deberes de planeación y selección objetiva que orientan e imponen límites en la contratación estatal.

En fin, la administración saliente actuó en forma precipitada al celebrar los contratos fuente del conflicto, cuando ya se encontraba en esa etapa final de gobierno, y en su premura los celebró en contravención a los principios de la contratación enunciados de la Ley 80 de 1993.

De la apreciación en conjunto de los hechos indicadores, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, esto es, de la prueba de que se celebraron nueve contratos de obra pública con el mismo contratista, mediante la contratación directa, en los dos últimos meses de la vigencia fiscal de 1997, pero sobretodo en la culminación de período entre un alcalde y otro, y de las irregularidades del proceso precontractual anotadas, la Sala infiere que el municipio de Arauca actuó con desviación de poder, y en vulneración de los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de los deberes de planeación y selección objetiva, aplicables también a los procesos de contratación directa previstos en el Decreto 855 de 1994.

Con otras palabras, al aplicarse a los hechos demostrados las reglas de la experiencia y el proceso lógico, logra establecerse o indicarse la desviación de poder en los contratos de obra pública demandados.

En efecto, la experiencia razonada indica que cuando, so pretexto de hacer inversiones de orden social, existe una concentración de contratos en un solo contratista, al que se escoge mediante la utilización del mecanismo de

contratación directa<sup>35</sup> y con ausencia de estudios suficientes y serios de conveniencia y oportunidad, técnicos y financieros que determinen la necesidad del servicio o adquisición de los bienes<sup>36</sup>, tal y como lo ordena la normatividad contractual, se está en presencia de una indebida contratación, que no tiene por finalidad el interés general sino que termina en beneficio del tercero contratista.

Igualmente, de la experiencia se infiere que la contratación y ejecución de obras innecesarias o repetidas, o la adquisición de bienes o suministros no requeridos, o en cantidades excesivas, debido precisamente a la ausencia de los referidos estudios y la omisión del deber de planeación, se contraponen a los fines perseguidos con la contratación, cual es, la satisfacción del interés general y la prestación eficiente de las funciones y servicios encomendados a las entidades, propiciando con intención o sin intención la adjudicación de contratos innecesarios que terminan beneficiando solamente a los contratistas adjudicatarios.

De otra parte, la experiencia muestra que en algunas oportunidades y valiéndose de las excepciones que la misma ley ha consagrado, se recurre a la contratación directa, como mecanismo que permite cierta facilidad a las autoridades públicas en la escogencia del contratista, cuando quiera que de haberse realizado los estudios suficientes la obra o servicio a contratar por su magnitud o valor amerita el adelantamiento de un proceso licitatorio. Esta situación, esto es, el abuso del mecanismo de contratación directa, lesiona gravemente los principios de transparencia, economía y el deber de selección objetiva y, por lo mismo, afecta gravemente el interés general, pues implica un favorecimiento a determinados contratistas en desconocimiento de la cláusula de igualdad, lo cual se hace evidente cuando no se observa con rigurosidad los trámites y las evaluaciones correspondientes.

Por otro lado, la falta de cuidado y diligencia en el trámite de la contratación, como cuando se duplican los objetos contractuales, conduce al desorden, constituye un sobrecosto y un desgaste administrativo injustificado.

Así mismo, el afán y premura de las administraciones públicas al culminar su período de adjudicar contratos en forma exagerada y comprometer el presupuesto, sin que los mismos se encuentren debidamente justificados, como ocurrió en el caso *sub exámine*, permite inferir que no se pretende la realización de un fin de interés general, ni que se está en presencia del buen servicio o administración que debe imperar en la actividad contractual de las entidades públicas. La experiencia enseña que en épocas de cambios de administración se incrementan los procesos contractuales para ser utilizadas como mecanismo para elevar los niveles e indicadores de gestión, sin estructuración de estudios y dejando de lado los fines y objetivos reales de la contratación, lo cual comporta una desviación de poder.

---

<sup>35</sup> “En el país se generalizó la contratación directa como medio de selección de contratistas, tal como se evidencia en la información que la Auditoría General de la República ha recibido en el marco del proyecto de control de la contratación, donde se estableció que el 52% de los procesos contractuales de los sujetos vigilados por las contralorías se realizan a través de contratación directa. Por el contrario la selección, previa convocatoria, concurso y publicidad es excepcional. (...) Lamentablemente, el uso indebido de la contratación directa para privilegiar personas naturales o jurídicas va en contra de la selección objetiva, que constituye garantía para el Estado de que se contrata en las mejores condiciones de precio, calidad e imparcialidad...” Cfr. Gómez Lee, Iván Darío, *Sindéresis 14, El Balance a la Contratación Estatal, seguridad jurídica y control*, pág. 16.

<sup>36</sup> “Un tema fundamental es la falta de planeación de los procesos contractuales. Los Alcaldes comprometen las vigencias futuras y dejan los anuncios de las futuras contrataciones, procesos contractuales que no tienen estudios, que no están debidamente documentados y soportados.” Cfr. Gómez Lee, Iván Darío, *Sindéresis 14, El Balance a la Contratación Estatal, seguridad jurídica y control*, pág. 12.

En consecuencia, aplicadas las anteriores reflexiones al caso analizado, advierte la Sala que los contratos de obra pública celebrados entre las partes de este proceso, están viciados de nulidad absoluta por haberse celebrado con desviación de poder, dado que no consultan los fines generales de la contratación pública y, además, vulneran en forma palmaria normas imperativas y de orden público (artículos 3<sup>37</sup>, 23<sup>38</sup>, 24 No. 8<sup>39</sup>, 25 Nos. 3 y 4<sup>40</sup>, 26 Nos. 1 y 4<sup>41</sup>, 29 y 40<sup>42</sup> de la Ley 80 de 1993), conclusión a la que se llega, luego de examinar las pruebas aportadas por el propio demandante para soportar la pretensión de reconocimiento y condena a su favor de perjuicios.

Se soslayó, entonces, los fines previstos en la norma que establece el deber de selección objetiva previsto en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 (original), por cuya inteligencia la escogencia de la oferta más favorable es aquella que se realiza teniendo en cuenta varios factores como la experiencia, organización, plazos y precios, y atendiendo en todo caso la consulta de los precios o condiciones de mercado.

Como se puede advertir, los contratos también riñen con los principios de transparencia, economía, eficiencia y responsabilidad consagrados en la Ley 80 de 1993, así como con los de la buena administración, que deben presidir la actividad contractual de las entidades del Estado y de los servidores a quienes se les confía el manejo de dineros y recursos que de ninguna manera les pertenecen,

<sup>37</sup> “ARTÍCULO 3. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. /Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que (...) colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”

<sup>38</sup> “ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.” (Se subraya).

<sup>39</sup> “ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio: (...) 8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.” (Se subraya).

<sup>40</sup> “ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio: (...) 3o. Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.” (Se subraya).

<sup>41</sup> “ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio: “1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. (...) 4o. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.” (Se subraya).

<sup>42</sup> “ARTÍCULO 40 DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. (...) En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.” (Se subraya).

sino que son de carácter público y, por tanto deben destinarse a la satisfacción del interés general, con miras al cumplimiento de los fines estatales.

Dicho de otra forma, en el presente asunto no se compece con los cometidos de la actividad contractual del Estado la celebración de los contratos demandados, lo que obliga a colegir que no primó o fue el deseo o la intención perseguida con el mismo la satisfacción del interés general y, por consiguiente, salta a la vista el vicio de desviación de poder que pesa sobre los contratos de obra pública, porque sin justificación se está beneficiando al particular contratista, lo que constituye una finalidad contraria a los intereses públicos en general o concretos que el legislador buscó satisfacer al habilitar y atribuir a las autoridades la competencia para contratar (artículo 3º de la Ley 80 de 1993) y el principio de responsabilidad, según el cual las actuaciones de los servidores públicos en la gestión contractual estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia (numeral 4º del artículo 26 en concordancia el artículo 23 *eiusdem*).

En esta medida, cabe observar que no puede ampararse este tipo de pactos en el artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, porque ello supone que no adolezca de vicios que afecten su validez, entre ellos, que no haya sido celebrado con abuso o desviación de poder, sancionable con la declaratoria de nulidad absoluta del contrato (No. 3 art. 44 de la Ley 80 de 1993).

En síntesis, la Sala considera que en el presente asunto no se cumplió con la finalidad de la contratación pública enmarcada en las aludidas normas imperativas que propenden porque los recursos del Estado involucrados en la contratación pública sean administrados de manera eficiente y responsable, de conformidad con los objetivos de esta actividad, de manera que bien puede inferirse que los contratos de obra pública del *sub lite* incurrir en la causal de nulidad absoluta por abuso o desviación de poder en su celebración y, por lo mismo, deben ser anulados *ex officio* (arts. 1742 C.C., 87 C.C.A. y 45 de la Ley 80 de 1993), como en efecto se dispondrá.

#### **5. Las pretensiones frente a la invalidez de la relación negocial**

Es conveniente resaltar que las previsiones legales que autorizan el ejercicio de facultades oficiosas a todo juez, están revestidas de toda lógica en el mundo del derecho, por cuanto el pronunciamiento judicial sobre un contrato y sus incidencias implica la ausencia de vicios que comporten la nulidad absoluta del contrato o negocio jurídico o cualquiera de sus estipulaciones, como son el recaer, entre otras, en la celebración de un contrato con abuso o desviación de poder, causal que está prevista en la legislación para salvaguardar el orden jurídico en aspectos de interés general, por lo que pugna con el orden jurídico cualquier pronunciamiento judicial que fije derechos u obligaciones en relación con un contrato estatal que esté afectado por un vicio de nulidad absoluta.

La parte actora demandó la declaratoria de incumplimiento de los contratos y su resolución, así como el pago de los perjuicios que se le habrían presuntamente ocasionado, al no haberse hecho entrega por parte de la misma del anticipo correspondiente al 50% del valor de los contratos de obra pública.

No obstante, como ya se había señalado al comienzo, las súplicas se encuentran sujetas a la validez del contrato, como quiera que “...es *presupuesto indispensable*

*para abordar el juicio de valor que tienda a configurar el acto de cumplimiento, de incumplimiento o de no cumplimiento y, sin dicho presupuesto de eficacia, inútil predicar el juicio de incumplimiento, toda vez que, ante la existencia de la causal de invalidez, no podría sostenerse consistente y fundadamente que el deudor se ha separado del contenido prestacional del negocio, pues precisamente, dicho contenido -total o parcialmente- al estar afectado de un vicio congénito de invalidez, produce la ineficacia entre las partes y resultaría un contrasentido, según lo dicho, sostener que una [sic] de los contratantes se separó del débito prestacional, pues este no desplegaría efectos vinculantes y finales, se repite, por la existencia de la patología de ineficacia...<sup>43</sup>*

En las anteriores circunstancias, como los negocios jurídicos fuente del conflicto se declararán nulos, la Sala está relevada de estudiar las pretensiones de incumplimiento y sus consecuencias, en la medida en que, como se advirtió, la invalidez del contrato o de la cláusula que origina una reclamación impide el análisis sobre la responsabilidad o sus efectos, esto es, los derechos y obligaciones de las partes, por cuanto el carácter vinculante y obligatorio del contrato o de la estipulación, según el caso, es presupuesto para realizarlo.

En cuanto a las consecuencias de las decisiones enunciadas, cabe precisar que la declaratoria de nulidad de un acto o contrato o de una de sus cláusulas implica que desaparece del mundo jurídico, como si nunca hubiera existido y, por lo mismo, retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con antelación al momento de la celebración del contrato (efectos *ex tunc*).

Es así como, el artículo 1746 del Código Civil establece que, por regla general, la declaración judicial de la nulidad, tiene fuerza de cosa juzgada y da a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto o contrato nulo; es decir, la respectiva sentencia que contenga tal declaración produce efectos retroactivos, conforme a los cuales, en el caso de los contratos, a cada parte surge el deber de restituir o repetir a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato anulado, excepto cuando ésta ha tenido por fuente un objeto o causa ilícitos a sabiendas, en conformidad con lo dispuesto por el inciso primero de aquella disposición y el artículo 1525 *ibídem*. Y el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, establece que la declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria; e incluso, dispone que habrá lugar a dicho reconocimiento del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado, o sea, en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público, y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido.

Sin embargo, como en el caso concreto quedó demostrado que los contratos de obra pública números 554 de 22 de diciembre de 1997; 479 de 21 de noviembre de 1997; 498 de 28 de noviembre de 1997; 542 de 18 de diciembre de 1997; 523 de 16 de diciembre de 1997; 507 de 9 de diciembre de 1997; 530 de 16 de diciembre de 1997; 528 de 16 de diciembre de 1997 y 527 de 16 del diciembre de 1997, no fueron ejecutados por las partes, por sustracción de materia, no hay lugar a hacer un pronunciamiento acerca de restituciones mutuas.

En las anteriores circunstancias, los motivos explicados en precedencia son suficientes para que la Sala revoque la decisión del tribunal *a quo* y deniegue las

---

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de junio de 1999, Exp. 12085, C.P. Daniel Suárez Hernández.

pretensiones, porque en el *sub lite* lo que se impone es la declaratoria de nulidad absoluta de los contratos, al considerar que fueron celebrados con abuso o desviación de poder y en vulneración de las normas y principios atrás enunciados que rigen la contratación estatal.

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

#### **FALLA**

**REVOCAR** la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca el 21 de marzo de 2000, la cual quedará así:

**PRIMERO: DECLÁRASE** de oficio la nulidad absoluta de los contratos de obra pública números 479 de 21 de noviembre de 1997, 498 de 28 de noviembre de 1997, 507 de 9 de diciembre de 1997, 523 de 16 de diciembre de 1997, 527 de 16 de diciembre de 1997, 528 de 16 de diciembre de 1997, 530 de 16 de diciembre de 1997, 542 de 18 de diciembre de 1997 y 554 de 22 de diciembre de 1997, celebrados entre el municipio de Arauca y el señor José Eduardo Cepeda Varón, por los motivos expuestos en esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin lugar a restituciones mutuas entre las partes contratantes, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: NIÉGANSE** las súplicas de las demandas.

**CUARTO: COMPÚLSESE** copias tanto a la Procuraduría General de la Nación como a la Fiscalía General de la Nación para que estudien la viabilidad jurídica de adelantar las investigaciones disciplinarias y penales en las que pudieron haber incurrido los funcionarios del municipio de Arauca, que suscribieron los contratos de obra pública que se anulan.

**QUINTO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Presidente de la Sala

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**