

DICTAMEN PERICIAL - Objeción / ERROR GRAVE - Inexistencia / OBJECION POR ERROR GRAVE - Dictamen pericial. Aclaración. Saldos deducibles

Objeción formulada contra el dictamen pericial rendido el 11 de julio de 1997, en cumplimiento de lo previsto por el numeral 6º del artículo 238 del C. de P.C. Examinado el escrito que contiene la objeción por error grave al dictamen pericial, se observa que el apoderado de la actora reclamó sobre un aspecto que no se encuentra contenido en dicho dictamen, puesto que el tema de los saldos no deducibles a favor de la contratista no hizo parte del experticio, sencillamente porque entre las preguntas que fueron formuladas, a los peritos, no se encontraba alguna en este sentido. En efecto, al examinar el dictamen y su aclaración, se pudo observar que en ellos no se hizo alusión alguna a los saldos deducibles a favor de la contratista; adicionalmente, se precisa que la tercera respuesta que fue materia de aclaración y objeción, resuelve el tema planteado respecto de la utilidad efectiva que hubiese podido obtener la contratista en caso de haber ejecutado normalmente el contrato, monto que también fue precisado en la aclaración al dictamen, pero que nada tiene que ver con los saldos deducibles, los cuales corresponden a otra operación matemática y a un concepto muy distinto del de la utilidad. El tema de los saldos deducibles en favor de la contratista fue planteado por primera vez, por parte del apoderado de la actora en su solicitud de aclaración del dictamen pericial, como resultado de un ejercicio matemático que, si bien resulta interesante, no deja de ser una apreciación personal de su parte y nada tiene que ver con la utilidad que debía percibir la contratista. Se reitera que los expertos no dictaminaron sobre el ítem “saldos deducibles” por no haber sido parte de lo solicitado en la prueba pericial, es decir, que la objeción por error grave recae sobre aspecto no tratado en el dictamen, en consecuencia, es claro que la misma carece de fundamento, sin que sea necesario entrar en más disquisiciones, razón por la cual se declarará infundada.

CONTRATO ESTATAL - Causal de nulidad absoluta / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Violación del régimen de prohibiciones. Normas constitucionales o legales / CONDICIONES DE VALIDEZ DEL CONTRATO ESTATAL - Procedencia

La nulidad es la negación de la validez, es la carencia de valor legal de un acto jurídico derivada de la ausencia de los requisitos señalados por la ley. En los contratos, la nulidad es la pérdida de validez del contrato o de alguna de sus cláusulas, la cual puede ser absoluta o relativa. En el asunto que se debate, interesa hacer referencia a la nulidad absoluta que se configura por vicios de imposible saneamiento o ratificación y constituye la sanción más grave que es posible imponer a un contrato cuando quiera que se compruebe la existencia de hechos que dan lugar ella. Así el legislador, con el fin de preservar el principio de legalidad y el orden público, instituyó algunos eventos que dan lugar a la nulidad absoluta de los contratos estatales por transgredir normas de carácter superior que los rigen, los cuales constituyen vicios que afectan su validez y hacen desaparecer sus efectos jurídicos. La Ley 80 de 1993, en el artículo 44, consagra de manera expresa las causales que dan lugar la nulidad absoluta del contrato. Interesa al sub lite el examen de la causal establecida en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, norma a cuyo tenor: los contratos del Estado son absolutamente nulos cuando “se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”. Del contenido y alcance del texto de esta norma se infiere que para que esta causal de nulidad absoluta del contrato se configure, se requieren de los siguientes presupuestos: i) La violación del régimen de prohibiciones consagrado en normas constitucionales o en normas legales o en cualesquiera otras con fuerza de ley; por lo tanto, la violación a otro tipo de

normas en cuanto no tengan rango constitucional o que carezca de fuerza de ley, no genera vicio de nulidad en el contrato, tal como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL - Objeto. Evitar la polarización o afectación de los servicios públicos / CONTRATO ESTATAL - Requisitos

Según los explícitos dictados de la referida Ley 80, es claro que dicha forma de terminación unilateral tiene "... el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo [se refiere a la entidad estatal contratante] y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación ..." de los mismos. Esta modalidad de terminación unilateral únicamente puede tener aplicación respecto de aquellos específicos contratos estatales señalados en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80, esto es: a) "en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal"; b) en los contratos que tengan por objeto "la prestación de servicios públicos"; c) en los contratos que tengan por objeto "la explotación y concesión de bienes del Estado" y d) "en los contratos de obra", en cuanto en todos ellos resulta imperativa la inclusión de la cláusula excepcional de terminación unilateral; así mismo podría aplicarse en aquellos f) "contratos de suministro" y g) contratos "de prestación de servicios", en los cuales se hubiere incluido expresamente esa cláusula excepcional, como quiera que en estos dos (2) últimos dicha estipulación resulta facultativa.

NULIDAD ABSOLUTA - Diferente a terminación unilateral del contrato estatal / TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Diferente a nulidad absoluta

La terminación unilateral sólo tiene como propósito y efecto la finalización anticipada de un determinado contrato estatal, sin que ello signifique ni pretenda desconocer y mucho menos deshacer todo lo que hasta ese momento se hubiere ejecutado con base en dicho contrato, amén de que tal decisión de terminación anticipada tampoco comporta reproche alguno para las partes o al menos para una de ellas, así sea implícito, respecto de los elementos existentes al momento del perfeccionamiento del respectivo contrato. Muy por el contrario, la nulidad absoluta refleja la existencia de un vicio muy grave que afecta el contrato y que dice relación con la ausencia, al momento de su celebración, de aquellos requisitos que el ordenamiento jurídico reclama y exige para que el respectivo contrato, en cuanto se ajuste a dicho ordenamiento, merezca su tutela y protección. La terminación unilateral del contrato estatal compete al jefe o representante legal de la entidad estatal contratante, como ya se indicó, la competencia para declarar la nulidad absoluta le corresponde, exclusivamente, al juez del contrato. A la diferencia que acaba de anotarse le sigue, como consecuencia obvia, la distinción adicional de que mientras la terminación unilateral que adopta la entidad estatal es constitutiva de un acto administrativo y como tal pasible de la acción contractual; la declaratoria de nulidad absoluta corresponde a una decisión de naturaleza judicial, a la cual no le son aplicables los controles y revisiones que, por regla general, proceden frente a los actos administrativos y, además, estará acompañada de los efectos propios de la cosa juzgada. Como ha quedado ampliamente señalado, la terminación unilateral de que trata el artículo 45 de la Ley 80, únicamente podría abrirse camino en cuanto se hubiere configurado una cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2 y 4 del citado artículo 44 de la misma Ley 80,

al paso que la declaratoria judicial de nulidad absoluta de un contrato estatal, podría encontrar fundamento en cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en el derecho común (artículo 1742 C.C.), o en cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del aludido artículo 44 del estatuto de contratación estatal.

DOBLE CONTRATACION - Inexistencia / EXISTENCIA DE DOS ORDENES DE SERVICIO CON EL MISMO OBJETO - Doble contratación

Importante destacar que en determinados tipos de contratos, como el que ahora ocupa la atención de la Sala, cuando es usual que el mantenimiento de los equipos se requiera de manera constante e ininterrumpida, la doble contratación no se daría siempre que 2 o más contratos coincidan plenamente en cuanto al objeto y su alcance, puesto que entre tales vínculos podría no existir simultaneidad o identificación en cuanto a los tiempos en que debería ejecutarse cada uno de los contratos. Significa entonces que la pregonada ilicitud en el objeto del contrato 589 de 1996, por la supuesta existencia de “doble contratación por el mismo objeto”, sustentada en la celebración de las órdenes de servicio Nos. 01-109 y 06-266 de 12 y 13 de junio de 1996, no se configuró, como quiera que se encuentra probado en el proceso que no hubo doble contratación, por cuanto es claro que dichas órdenes se celebraron y vencieron con anterioridad a la suscripción del contrato 589 de 27 de julio de 1996; además de no haberse probado su ejecución. Así las cosas, el contrato celebrado por la Administración Departamental y la demandante, identificado con el número 589 de 27 de junio de 1996, para el mantenimiento de las plantas eléctricas del Departamento del Casanare, no se encontraba afectado de nulidad absoluta por doble contratación, además que, la selección del contratista estuvo precedida del procedimiento de contratación directa previsto en el Decreto Reglamentario 855 de 1994, según se encuentra regularmente acreditado en el proceso de la referencia; en consecuencia, la Administración no estaba facultada para declarar su terminación unilateral, mediante el acto administrativo acusado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D. C., dos (2) de mayo de dos mil siete (2007)

Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00339-01(15599)

Actor: NOHORA CHAPARRO DE TORRES

Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE

Referencia: CONTRACTUAL- APELACION SENTENCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 16 de julio de 1998, dictada por el Tribunal Administrativo del Casanare, mediante la cual se dispuso:

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

SEGUNDO: *Condenar en costas a la parte demandante.”*

1.- ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

Mediante apoderado judicial, la ciudadana Nohora Chaparro de Torres instauró acción contractual en contra del Departamento del Casanare, en escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Casanare, el 13 de enero de 1997, en el cual formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. *Declarar la nulidad de la Resolución No. 01715 de fecha treinta y uno (31) de Octubre del corriente año (1.996) proferida por el Gobernador de Casanare por medio de la cual resolvió dar por terminado el contrato 589 del 27 de junio de 1996, suscrito entre el Departamento de Casanare y la señora NOHORA YOLANDA CHAPARRO DE TORRES, específicamente en sus numerales segundo, cuarto y quinto en todo lo que tenga relación con la demandante.*

SEGUNDA. *Que como consecuencia de la declaración anterior se declare resuelto el contrato mencionado por incumplimiento de la administración departamental.*

TERCERA. *Condenar al Departamento de Casanare a título de indemnización de perjuicios a pagar a la demandante NOHORA YOLANDA CHAPARRO DE TORRES, o a quien sus derechos represente la suma de dinero que resulte probada y que le correspondía como rendimiento normal dejado de percibir por la inejecución del contrato y gastos realizados en su ejecución.*

CUARTA. *Disponer que la suma de dinero que resulte establecida y que sea materia de condena se actualice conforme a la pérdida adquisitiva de la moneda y de acuerdo a (sic) los índices de precios al consumidor o al por mayor. Así mismo que devenga intereses como lo establece el Art. 177 del C.C.A. y debe pagarse conforme al artículo 177 y ss., de la misma obra.” (fls. 2 a 3 cd.ppal)*

1.2. Los Hechos.

Los fundamentos fácticos de la demanda se resumen a continuación:

- a) Entre el Departamento de Casanare y la demandante se celebró el contrato No. 589 de 27 de junio de 1996, cuyo objeto consistía en ejecutar los trabajos necesarios para el mantenimiento de las plantas del Departamento de Casanare, en un plazo de 45 días calendario.
- b) No obstante que la contratista adelantó todos los trámites para cumplir los requisitos de ejecución del contrato, este fue devuelto por la Secretaría de Hacienda sin efectuar el registro presupuestal, con el argumento de no haber sido incluido en el banco de proyectos, afirmación que, según la demandante, no corresponde a la verdad porque el proyecto fue inscrito con antelación al perfeccionamiento del contrato.
- c) Aunque fueron muchos los requerimientos verbales para que la Administración permitiera cumplir las diligencias de legalización del contrato, estos no fueron atendidos, como tampoco la Administración dio respuesta a la comunicación de 8 de agosto de 1996, en la cual la demandante hizo observaciones sobre las incidencias legales que podía tener el no permitirle la ejecución del contrato celebrado.
- d) Simultáneamente a la negativa de la Administración de efectuar el registro presupuestal, el Jefe de la Unidad Operativa de la Secretaría de Obras y Transporte, por intermedio de la Oficina de Electrificación y Telecomunicaciones de la Gobernación, ordenaba la ejecución material del mismo contrato y recibía parte de los trabajos según consta en el acta de 11 de julio de 1996, según la cual, el señor José G. Rodríguez Barrera entregó, a la demandante y esta a su vez, al funcionario antes referido, un generador de la planta eléctrica de la inspección de Algarrobo del Municipio de Orocué.
- e) La contratista demandante cumplió hasta donde le fue posible con los trabajos contratados pero el Departamento le impidió cumplir los trámites de legalización, situación insalvable que llevó a la entidad contratante a incumplir el contrato celebrado y posteriormente a declarar su terminación por acto administrativo, actuación que ocasionó perjuicios a la demandante, los cuales deberán ser resarcidos por la entidad demandada.

- f) Mediante Resolución No. 01715 de 31 de octubre de 1996, el Departamento del Casanare dio por terminado el contrato No. 589 de 1996 con el argumento de no haberse iniciado su ejecución ante la imposibilidad de cumplir las exigencias previstas tanto en el artículo 41, inciso 2º y párrafo 3º de la Ley 80 de 1993, como en las cláusulas 18 a 20 del contrato, referidos a los requisitos previos para la ejecución del contrato, sin tener en cuenta la existencia del certificado de disponibilidad presupuestal No. 1317 de 3 de junio de 1996, por valor de \$ 48'229.005, expedido para la celebración del contrato y que, además, la imposibilidad de cumplir los citados requisitos es atribuible exclusivamente a la Administración Departamental.
- g) Finalmente señaló que no es cierta la afirmación contenida en el acto acusado en cuanto que existe doble contratación del mismo objeto con persona diferente a la demandante. (fl. 3 a 5, cd. ppal).

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

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

De la Constitución Política: Artículos 2º, 6º, 25, 83 y 90; del Código Civil: artículos 1602, 1603, 1546, 1603 y 1741; de la Ley 80 de 1993: artículos 4-9: 5-1; 17; 18; 25-8; 25-17; 26-1; 26-2; 27; 30-11; 45; 49 y 77; del C.C.A.: artículos 14, 28, 35, 36 y 74.

Como sustento del concepto de violación, afirmó que la Administración no podía dar por terminado el contrato porque éste es ley para las partes; además, su obligación era ejecutarlo de buena fe; pero que, como lo incumplió, le corresponde a la parte cumplida no solo demandar el acto administrativo que declaró su terminación, sino solicitar la resolución del contrato; de conformidad con lo previsto por el artículo 1546 del C.C., y 13 de la Ley 80 de 1993.

Sostuvo que el Departamento no cumplió con los postulados previstos en los artículos 4-9 y 5-1 de la Ley 80 de 1993, al terminar unilateralmente el contrato con fundamento en un presunto vicio de nulidad, por haber contratado contra

expresa prohibición legal. Igualmente señaló que no se configuraba una sola de las causales de nulidad previstas en el artículo 45 del mismo Estatuto y que si existiere alguna irregularidad en el contrato celebrado, esta era imputable a la Administración Departamental.

Como causales de impugnación del acto acusado adujo vicios de forma, porque la Administración, antes de proceder a la terminación del contrato, debió agotar el procedimiento para que el contratista conociera de la situación e hiciera valer sus derechos de conformidad con las reglas indicadas en el C.C.A., pero que, como pretermitió el procedimiento, el acto estaba viciado en su formación, situación que lo hace anulable.

También acusó el acto demandado de falsa motivación porque en él se habrían consignado situaciones de facto que carecen de veracidad, toda vez que el no cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y las cláusulas 18 a 20 del contrato, en ningún caso puede endilgarse a la demandante contratista, en cuanto que la obligación de efectuar el registro presupuestal, correspondía a la entidad departamental; adicionalmente, indica que se le ocultó a la demandante la información referida al contrato al punto que solo se le notificó la decisión de terminación un mes después de expedida la Resolución 1715 de 31 de octubre de 1996, no obstante la insistencia de la demandante, quien tenía recursos invertidos en la obra.

En cuanto al argumento de la doble contratación, adujo que esta situación no es atribuible a la demandante, toda vez que la adjudicación del contrato estuvo precedida de un proceso de selección y de la expedición del respectivo certificado de disponibilidad presupuestal, pero que, por razones políticas de la nueva Administración que asumió la gobernación, no se le permitió la ejecución del contrato; en consecuencia, no le cabe responsabilidad alguna a la demandante, quien tiene derecho al reconocimiento económico que hubiera obtenido de haber ejecutado el contrato de manera normal.

Afirmó que con la expedición del acto acusado, la Administración violó el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 y reiteró que esta norma no es aplicable porque no se configura causal alguna de nulidad.

Finalmente, señaló que hubo desviación de poder porque las razones que llevaron a la Administración Departamental a incumplir el contrato y expedir el acto cuya nulidad se invoca, no corresponden al interés general o el beneficio a la comunidad, sino *“para cobrar venganza por el hecho endilgado de que el demandante no le colaboró en su campaña a la Gobernación del Departamento...”* (fls.6 a 11, cd. ppal).

1.4. Actuación Procesal.

Mediante auto de 24 de enero de 1997, el Tribunal Administrativo del Casanare admitió la demanda, ordenó su notificación personal al Gobernador del Departamento y al Agente del Ministerio Público y dispuso la fijación en lista. Igualmente reconoció personería al apoderado judicial de la demandante (fls. 27 a 28, cd.ppal).

1.5. Contestación de la demanda.

El Departamento del Casanare, a través de apoderado judicial, contestó la demanda en escrito presentado dentro del término de fijación en lista. Entre los argumentos que sustentan su oposición a los hechos y pretensiones de la demanda, destaca los siguientes:

Aceptó como cierto que no se produjo el registro presupuestal y, por tal razón, no eran procedentes la constitución de la garantía, la aprobación de la misma y la publicación del contrato, a lo cual agrega que sin tales requisitos exigidos por el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, no podía iniciarse la ejecución de contrato; además señaló que la vigilancia del contrato estaría a cargo del Secretario de Gobierno, según lo pactado en la cláusula 7ª y no de la Secretaría de Obras Públicas.

En su oposición a lo expuesto en el concepto de violación, inicialmente hizo una distinción entre los elementos esenciales, naturales y accidentales que caracterizan los contratos y, seguidamente, afirmó que antes de celebrarse el contrato No. 589 de 1996, entre el Departamento y la demandante, se había celebrado otro contrato por el mismo objeto con el señor Héctor Hernando Salcedo, según órdenes Nos. 01-109 del 12 de junio de 1996 y 06-266 del 13 de junio de 1996, para el arreglo y mantenimiento de las plantas Lister ST-3 de

Quebrada Seca del Municipio de Yopal y HR 3 de la Inspección del Algarrobo del Municipio de Yopal; en consecuencia no había objeto real, es decir, que faltaba un elemento esencial del contrato que le impedía producir efectos; en su criterio se habría celebrado un contrato contra expresa prohibición legal.

Agregó que de conformidad con lo prescrito en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, norma de orden público y de obligatorio cumplimiento, la entidad contratante estaba en el deber legal de dar por terminado el contrato mediante acto administrativo, en el evento de cumplirse alguna de las causales previstas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la citada ley y proceder a su liquidación en el estado en que se encontrara; que como el contrato fue celebrado contra expresa prohibición constitucional y legal, esta última actuación de la Administración se ajustó a la legalidad.

En su criterio, la contratista nunca debió iniciar la ejecución del contrato, pues ello quebrantaría el artículo 41 inciso 2º de la Ley 80 de 1993 y el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, puesto que el contrato no se encontraba perfeccionado; en consecuencia, carecía de todo valor el acta de entrega, sin fecha, suscrita por la contratista, un particular de nombre José G. Rodríguez B., y un Ingeniero de la Oficina de Electrificación y Telecomunicaciones de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento.

Como excepciones propuso las que denominó: *“Indebida acumulación e imprecisión de las pretensiones”* y *“La acción contractual no procede ante contratos inexistentes”* (fls. 32 a 36, cd.ppal).

1.6. La audiencia de conciliación.

La audiencia de conciliación se realizó el 17 de febrero de 1998, diligencia en la cual se reconoció personería jurídica al apoderado de la entidad demandada. El apoderado de la demandante presentó una propuesta para conciliar las diferencias, sin embargo el apoderado de la contraparte manifestó que se abstenía de hacer propuesta alguna por considerar que un arreglo conciliatorio iría en detrimento de la entidad pública que representa. (fl. 76 a 78, cd. ppal.)

1.7. La sentencia Apelada.

El Tribunal Administrativo del Casanare, mediante sentencia dictada el 16 de julio de 1998, denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante; como razones de su decisión expuso las que a continuación se resumen:

- a) Sobre los vicios que se endilgan al acto administrativo acusado, referidos a la falsa motivación, violación de las reglas de derecho, desviación de poder y vicio de forma, consideró que aunque no obraba prueba en el proceso de que la Administración Departamental hubiere garantizado a la demandada ejercer sus derechos, antes de la expedición del acto administrativo, la demandante sí conocía las causas por las cuales el contrato no se había perfeccionado, lo cual se deduce de la comunicación de 8 de agosto de 1996. Igualmente, adujo que el acto administrativo acusado le fue notificado personalmente y se le otorgaron los recursos de ley.
- b) En cuanto a la falsa motivación, afirmó que no se presentaba tal vicio en el acto impugnado, por encontrarse probado en el proceso que el objeto de los contratos celebrados tanto por la demandante, como por el señor Héctor Hernando Salcedo, con el Departamento, tenían el mismo objeto, dándose una doble contratación; adicionalmente, indicó que no se acreditó el cumplimiento de los requisitos de ejecución previstos en el artículo 41 inc. 2º de la Ley 80 de 1993 y las cláusulas 18 a 20 del contrato, por parte de la contratista.
- c) Precisó que según los testimonios recibidos por el Ingeniero Agustín Pinto Álvarez y José Gabriel Rodríguez Barrera, se pudo probar que fue éste último quien finalmente efectuó la reparación de las plantas, servicios que fueron cancelados por la Gobernación, razón por la cual se encuentra probado que la demandante no adelantó una sola de las actividades objeto del contrato, hecho que se corrobora en la aclaración al dictamen pericial.
- d) No se encuentra establecido que la terminación del contrato se hubiere producido por razones de índole política; de los testimonios rendidos solo puede inferirse un trato descortés hacia la demandante, por parte de algunos funcionarios de la Gobernación. (fls. 91 a 106 cd. ppal)

1.8. El recurso de apelación.

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

- a) El Departamento, al expedir el acto acusado, invalidó unilateralmente el contrato que generaba obligaciones recíprocas entre las partes, sin que previamente hubiera oído a la demandante, incurriendo así en violación de los artículos 14, 28, 35, 36 y 74 del C.C.A.; con este proceder la Administración negó todo derecho a la actora para que pudiera ejecutar el contrato, no obstante el requerimiento hecho por ella en comunicación de 8 de agosto de 1996; sin embargo, el Tribunal de instancia no tuvo en cuenta estas circunstancias y negó las súplicas de la demanda.
- b) El Tribunal no tuvo en cuenta la conducta diligente de la actora, la cual le implicó importantes esfuerzos personales y económicos para que la Oficina Jurídica del Departamento le permitiera el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, como tampoco se detuvo a analizar que los servidores públicos deben obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales; evitar dilaciones y trabas en los trámites administrativos, comportamiento que no fue el asumido por los funcionarios de la Gobernación.
- c) Cuestionó la sentencia apelada, en la cual se descartó la falsa motivación respecto del acto acusado con fundamento en la ausencia de prueba acerca del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, por parte de la actora, sin tener en cuenta la imposibilidad a que fue sometida por parte de la Administración Departamental para satisfacer tales requisitos.
- d) Otro de los motivos de inconformidad con la sentencia del “A Quo”, tiene que ver con el argumento expuesto sobre la existencia de una doble contratación, el cual no se compeadece con la realidad fáctica, toda vez que aunque el 12 y 13 de junio de 1996 se contrató, mediante órdenes de servicio, con el señor

Héctor Hernando Salcedo, el arreglo de algunas plantas eléctricas que también hicieron parte del objeto del contrato suscrito el 27 de junio entre el Departamento y la demandante, cuya terminación se declaró el 31 de octubre de 1996, lo cierto es que para esta última fecha ya se había suscrito un tercer contrato con el señor José Gabriel Rodríguez Barrera, celebrado el 1º de octubre de 1996 y con certificado de disponibilidad presupuestal tramitado el 23 de septiembre del mismo año, según el testimonio que él mismo rindió dentro del proceso.

- e) Afirmó que hubo falsa motivación y desviación de poder en la expedición del acto acusado, puesto que solo se consiguió favorecer a un tercer contratista, quien finalmente efectuó la reparación de las plantas eléctricas; sin embargo la sentencia recurrida no tuvo en cuenta que cuando el Departamento celebró el contrato con el señor Rodríguez Barrera, aún subsistía el contrato con la demandante, quien insistía en que se le permitiera su ejecución, momento en el cual ya había ejecutado parte de los trabajos.
- f) Precisó que en asunto similar, el mismo Tribunal decidió en sentido contrario, declarando la nulidad del acto acusado, en sentencia del 12 de septiembre de 1997, Exp. 334, actor: Armando Avella Correa y transcribe apartes de la citada sentencia.
- g) Como conclusión, señaló que le asiste responsabilidad a la entidad demandada, lo cual impone la revocatoria de la sentencia apelada, el reconocimiento de la utilidad establecida en la propuesta presentada por la actora y el dictamen pericial que no fue objetado, con la correspondiente actualización; así como la revocatoria de la condena en costas a parte demandante. (fls 122 a 126, cd ppal).

1.9. Alegatos de conclusión.

Vencido el término del traslado, las partes guardaron silencio.

1.10. Concepto del Ministerio Público.

Agotado el término del traslado especial, el Ministerio Público no se pronunció.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Se debate en el presente proceso la legalidad del acto administrativo mediante el cual el Departamento de Casanare declaró la terminación unilateral del contrato No. 589 de 1996, celebrado con la actora, cuyo objeto consistía en el mantenimiento de las plantas eléctricas del citado departamento y se ordenó su liquidación.

Para el análisis del asunto sometido a consideración de la Sala se seguirá el siguiente orden: i) La competencia de la Sala; ii) Asunto previo: La objeción por error grave al dictamen pericial; iii) Las causales de nulidad absoluta del contrato previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993. La causal contenida en el numeral 2º; iv) La facultad excepcional de terminación unilateral del contrato con fundamento en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993; v) La falsa motivación de los actos administrativos; vi) El caso concreto. vii) La indemnización de perjuicios reclamada por la actora.

2.1. La competencia de la Sala.

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

2.2. Asunto previo. La objeción por error grave del dictamen pericial.

Al momento de adelantar el estudio del recurso interpuesto, se advierte que en la sentencia impugnada no se efectuó pronunciamiento alguno acerca de la objeción que, por error grave, formuló la parte actora contra el dictamen pericial decretado y practicado dentro del expediente, tal como lo dispone el numeral 6 del artículo 238 del C. de P. C., razón por la cual se impone la necesidad de proceder al análisis previo de dicha objeción con el fin de determinar si, el dictamen de los peritos, puede tenerse dentro del acervo probatorio que será valorado por la Sala para efectos de fundar sus decisiones.

Se tiene que mediante auto de 7 de mayo de 1997, el Tribunal decretó la práctica del dictamen pericial solicitado por la parte demandante con el fin de determinar: i) El valor económico que reportaría la ejecución de la obras en los términos pactados y la fecha convenida; ii) El valor económico que para la fecha del dictamen reporten los materiales, mano de obra y demás logística; iii) La ganancia efectiva que hubiese podido tener la contratista de haber ejecutado la obra en el lugar y tiempo convenidos. (fl. 12, cd. ppal)

El dictamen pericial fue rendido el 11 de julio de 1997, en el cual se dio respuesta a las tres preguntas que fueron formuladas. (fls. 66 a 73, cd. pruebas)

El apoderado de la actora solicitó aclaración al dictamen por considerar que existía un error aritmético en la tercera respuesta, la cual estaba referida a la utilidad que debería percibir la contratista.

Los peritos aclararon el dictamen y precisaron que de acuerdo con el análisis efectuado en el mismo, la utilidad del 10% sobre el valor del contrato sería del monto de \$ 1'758.214, que incrementado en un 18% correspondiente al IPC, arrojaría un valor de \$ 2'074.692.

El apoderado de la actora, no satisfecho con la aclaración, formuló objeción por error grave contra dicho dictamen pericial; en su escrito manifestó lo siguiente:

“El error de que adolece el dictamen es determinante en las conclusiones o si se quiere originado en ellas, pues como tuve la oportunidad de clarificar en forma meridiana en el escrito en que solicite aclaración, las sumas aritméticas no coinciden por parte alguna y lo que hicieron en la supuesta aclaración fue confundir aún mas el reporte económico que le pudiera corresponder a la demandante si se tiene en cuenta que en una primera instancia se habló de una utilidad del 5% por valor de \$1'746.057.00 y en la aclaración se habla de una utilidad del 10% por un valor de \$1'758.214.00 casi igual tratándose del doble porcentaje.”

“En el escrito inicial de los peritos se conceptuó un valor económico de los trabajos y suministros por la fecha de la firma del contrato de \$17'562.140,00 suma que frente al valor inicial del contrato de \$34'921.157,00 daba una diferencia de \$17'339.017,00 para atender las partidas de administración imprevistos y utilidad, las dos primeras no deben tenerse en cuenta como oportunidad de ganancia por que el contrato no fue ejecutado tal como lo anotan finalmente los peritos.

En aquella oportunidad se dejó en claro que deducidos los términos o ítem de administración e imprevistos quedaba un saldo no deducible a favor de la contratista de \$8'680.728 sin reajuste del IPC, o de \$

10'158.299 con el reajuste correspondiente de la misma fórmula contable, situación que no tuvieron en cuenta los señores peritos ni les mereció comentario alguno al rendir aclaración.” (fl. 83 a 84, cd. pruebas)

Procede la Sala a resolver la objeción formulada contra el dictamen pericial rendido el 11 de julio de 1997, en cumplimiento de lo previsto por el numeral 6º del artículo 238 del C. de P.C.

Examinado el escrito que contiene la objeción por error grave al dictamen pericial, se observa que el apoderado de la actora reclamó sobre un aspecto que no se encuentra contenido en dicho dictamen, puesto que el tema de los saldos no deducibles a favor de la contratista no hizo parte del experticio, sencillamente porque entre las preguntas que fueron formuladas, a los peritos, no se encontraba alguna en este sentido.

En efecto, al examinar el dictamen y su aclaración, se pudo observar que en ellos no se hizo alusión alguna a los saldos deducibles a favor de la contratista; adicionalmente, se precisa que la tercera respuesta que fue materia de aclaración y objeción, resuelve el tema planteado respecto de la utilidad efectiva que hubiese podido obtener la contratista en caso de haber ejecutado normalmente el contrato, monto que también fue precisado en la aclaración al dictamen, pero que nada tiene que ver con los saldos deducibles, los cuales corresponden a otra operación matemática y a un concepto muy distinto del de la utilidad.

El tema de los saldos deducibles en favor de la contratista fue planteado por primera vez, por parte del apoderado de la actora en su solicitud de aclaración del dictamen pericial, como resultado de un ejercicio matemático que, si bien resulta interesante, no deja de ser una apreciación personal de su parte y nada tiene que ver con la utilidad que debía percibir la contratista.

Se reitera que los expertos no dictaminaron sobre el ítem “*saldos deducibles*” por no haber sido parte de lo solicitado en la prueba pericial, es decir, que la objeción por error grave recae sobre aspecto no tratado en el dictamen, en consecuencia, es claro que la misma carece de fundamento, sin que sea necesario entrar en más disquisiciones, razón por la cual se declarará infundada.

2.3. Las causales de nulidad absoluta del contrato, previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993. La causal contenida en el numeral 2º.

La nulidad es la negación de la validez, es la carencia de valor legal de un acto jurídico derivada de la ausencia de los requisitos señalados por la ley. En los contratos, la nulidad es la pérdida de validez del contrato o de alguna de sus cláusulas, la cual puede ser absoluta o relativa. En el asunto que se debate, interesa hacer referencia a la nulidad absoluta que se configura por vicios de imposible saneamiento o ratificación y constituye la sanción más grave que es posible imponer a un contrato cuando quiera que se compruebe la existencia de hechos que dan lugar ella.

Así el legislador, con el fin de preservar el principio de legalidad y el orden público, instituyó algunos eventos que dan lugar a la nulidad absoluta de los contratos estatales por transgredir normas de carácter superior que los rigen, los cuales constituyen vicios que afectan su validez y hacen desaparecer sus efectos jurídicos.

La Ley 80 de 1993, en el artículo 44, consagra de manera expresa las causales que dan lugar la nulidad absoluta del contrato, norma cuyo tenor literal es el siguiente:

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

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

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

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

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

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

La norma legal transcrita adoptó como causales de nulidad de los contratos estatales aquellas que se encuentran previstas en el derecho común, al tiempo que estableció otras, propias de la contratación estatal, razón por la cual resulta pertinente hacer referencia a las normas del Código Civil que regulan la nulidad de los contratos.

El artículo 6º del C.C., establece: *“En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.*

En cuanto a la nulidad de los actos y contratos, en materia civil, el artículo 1741 prescribe lo siguiente: *“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas...”*.

De otra parte, el artículo 1519 de la misma codificación dispone: *“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto;* norma que se complementa con lo establecido en el artículo 1521, a cuyo tenor, también hay objeto ilícito cuando se enajenan cosas que no están en el comercio, como los bienes de uso público; cuando se enajenan derechos y privilegios que no pueden transferirse a otra personas, como en los bienes gravados, o con limitaciones en el ejercicio de la propiedad; o en la disposición de cosas embargadas por decreto judicial. Y de conformidad con el artículo 1523 del C.C., hay objeto ilícito cuando los actos jurídicos se encuentren prohibidos por las leyes.

Sucede entonces que en la legislación civil, la nulidad absoluta de tales actos o contratos deviene, entre otras, por la contravención de normas que forman parte del Derecho Público de la Nación en cuanto ello resulta constitutivo de ilicitud en el objeto, cuestión que, como ya se dijo, fue acogida por el régimen de contratación estatal.

Interesa al sub lite el examen de la causal establecida en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, norma a cuyo tenor: los contratos del Estado son absolutamente nulos cuando **“se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”**.

Del contenido y alcance del texto de esta norma se infiere que para que esta causal de nulidad absoluta del contrato se configure, se requieren de los siguientes presupuestos: i) La violación del régimen de prohibiciones consagrado **en normas constitucionales o en normas legales o en cualesquiera otras con fuerza de ley**; por lo tanto, la violación a otro tipo de normas en cuanto no tengan rango constitucional o que carezca de fuerza de ley, no genera vicio de nulidad en el contrato, tal como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala¹ y, ii) La prohibición establecida en la Constitución Política o en la Ley debe ser **expresa**, como también lo sostuvo la jurisprudencia en el siguiente pronunciamiento:

*“Hay que añadir, a fin de precisar adecuadamente el alcance del art. 44.2 de la Ley 80 de 1993, que, además de que la prohibición debe estar contenida en la Constitución o en la ley, en los términos dichos, **la prohibición constitucional o legal ha de ser expresa**, bien en relación con i) el tipo contractual, como cuando las normas no permiten que el Estado haga donaciones a los particulares -art. 355 CP²-, o en relación con ii) la celebración de un contrato, dadas ciertas condiciones, como cuando no se autoriza que una concesión portuaria supere 20 años -ley 1 de 1991-, o un comodato supere 5 años -ley 9 de 1989, etc.*

*De modo que no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato “... **contra expresa prohibición constitucional o legal**.” Es necesario analizar, en cada caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente.³ (Negritas fuera del texto)*

Bajo esta perspectiva, se tiene que la violación a las normas constitucionales o legales, en la celebración de un contrato, acarrea como consecuencia la nulidad absoluta del contrato celebrado en tales condiciones, por cuanto toda vulneración

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp. 31480, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

² “Art. 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.”

del ordenamiento jurídico da lugar a la ilegalidad de los actos; pero no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos da lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que fueron señalados: violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa o explícita.

A lo anterior se agrega que las normas que imponen sanciones o establecen prohibiciones, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, por consiguiente, no cabe la aplicación de las mismas por vía de analogía.

Por esta razón, no resulta viable pretender la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la causal contenida en el numeral 2ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en todos aquellos casos en los cuales se presente cualquier tipo de vulneración del ordenamiento jurídico.

2.4.- La facultad de terminación unilateral del contrato por parte de la entidad estatal contratante.

Al regular de manera especial los contratos que celebran las entidades estatales, el legislador ha determinado, a través de muy variados eventos y con importantes diferencias en cuanto a sus efectos, la procedencia de la terminación o finalización de la respectiva relación por decisión unilateral que podrá o deberá, según cada caso, ser adoptada por la respectiva entidad contratante.

Esas diversas previsiones legales permiten identificar la terminación unilateral de los contratos estatales como un género, dentro del cual, a su turno, pueden distinguirse algunas especies, las cuales, como es natural, participan de ciertas notas comunes sin que ello signifique que puedan confundirse como una sola y única figura, puesto que, a la vez, son muchas y muy variados los aspectos que las diferencian entre sí.

Dentro del aludido género de la terminación unilateral de los contratos estatales por determinación de la entidad contratante, se encuentran las siguientes especies o modalidades de la figura:

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp. 31480, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

i).- La terminación unilateral propiamente dicha, regulada por el artículo 17 de la Ley 80;

ii).- La declaratoria de caducidad administrativa del contrato, y

iii).- La terminación unilateral a cuya aplicación hay lugar cuando se configuran algunas causales de nulidad absoluta respecto del contrato estatal correspondiente, de conformidad con las previsiones del inciso 2º del artículo 45 de la misma Ley 80.

Como aspectos comunes a todas esas figuras se pueden señalar, entre otros, **a)** el hecho de que en todos esos casos es la ley la que consagra, de manera expresa, la facultad para que la entidad estatal contratante pueda realizar su declaración; **b)** cada una de esas figuras produce, en principio, el mismo efecto, consistente en poner fin al respectivo contrato estatal, como quiera que el objeto de todas ellas es, precisamente, el de dar por terminado el contrato estatal en cuestión; **c)** como corolario obligado de la característica anterior, se impone destacar que la terminación unilateral del contrato en cualquiera de sus modalidades, por razones de lógica elemental, sólo es posible aplicarla en relación con contratos vigentes, puesto que resulta ontológicamente imposible dar por terminado un contrato que ya hubiere finalizado con anterioridad; **d)** la declaratoria correspondiente, en cuanto debe ser adoptada por una entidad estatal en desarrollo de su actividad contractual, constituye un verdadero acto administrativo de naturaleza contractual; **e)** como obvia consecuencia de la nota anterior, cabe indicar que en todos esos casos el respectivo acto administrativo que pone fin a un contrato estatal de manera unilateral, será pasible de control judicial en virtud de la acción de controversias contractuales, cuyo ejercicio deberá realizarse dentro del término de caducidad establecido en la ley; **f)** una vez ejecutoriada la decisión administrativa que dispone o determina la finalización unilateral del correspondiente contrato estatal, será necesario proceder a la liquidación⁴ del contrato estatal en cuestión.

⁴ Acerca de la liquidación de los contratos estatales y sus diferencias con la terminación de los mismos, así como acerca de las variadas modalidades de liquidación (bilateral, unilateral o judicial), oportunidades para su realización y demás aspectos relacionados con la liquidación de los contratos estatales, se encuentra el pronunciamiento que realizó la Sección Tercera del Consejo de Estado, contenido en la sentencia de diciembre 4 de 2006, proceso número 15239, radicación R-0507, actor DATA BASE SYSTEM LTDA.

Sin embargo, como ya se dejó señalado, las referidas especies del género de la terminación unilateral de los contratos estatales también se diferencian significativamente entre sí, cuestiones que fácilmente se pueden derivar de los aspectos propios de cada una de ellas y que, de manera resumida en cuanto a los más destacados, se presentan a continuación:

2.4.1.- La terminación unilateral propiamente dicha encuentra su regulación básica y fundamental en los artículos 14 y 17 de la Ley 80.

De conformidad con dichas disposiciones legales, es posible precisar que la misma se encuentra consagrada como una institución a la cual pueden acudir las entidades estatales para efectos de desarrollar las funciones que expresamente les consagra la ley (artículo 14-1, Ley 80), consistentes en tener *“... la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”*.

Según los explícitos dictados de la referida Ley 80, es claro que dicha forma de terminación unilateral tiene *“... el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo [se refiere a la entidad estatal contratante] y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación ...”* de los mismos.

Esta modalidad de terminación unilateral únicamente puede tener aplicación respecto de aquellos específicos contratos estatales señalados en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80, esto es: **a)** *“en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal”*; **b)** en los contratos que tengan por objeto *“la prestación de servicios públicos”*; **c)** en los contratos que tengan por objeto *“la explotación y concesión de bienes del Estado”* y **d)** *“en los contratos de obra”*, en cuanto en todos ellos resulta imperativa la inclusión de la cláusula excepcional de terminación unilateral; así mismo podría aplicarse en aquellos **f)** *“contratos de suministro”* y **g)** contratos *“de prestación de servicios”*, en los cuales se hubiere incluido expresamente esa cláusula excepcional, como quiera que en estos dos (2) últimos dicha estipulación resulta facultativa.

Tal como lo ordena el inciso 2º del numeral 1º del citado artículo 14 de la Ley 80, cada vez que una entidad estatal ejerza esta potestad excepcional de terminación unilateral *“... deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensación e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”*.

El aspecto que se acaba de destacar pone de manifiesto que esta especie o modalidad de terminación unilateral de los contratos estatales no comporta la imposición de sanción alguna y, por tanto, a partir de su ejecutoria no se genera inhabilidad alguna en relación con el contratista afectado, lo cual, además, encuentra explicación suficiente en las causales, expresamente consagradas en la ley, que dan lugar a su aplicación.

Tales causales, recogidas en el también citado artículo 17 de la Ley 80, son las siguientes:

“1º Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

“2º Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

“3º Por interdicción judicial o declaratoria de quiebra del contratista.

“4º Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

“Sin embargo, en los casos a que se refieren los numeral 2º y 3º de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación”

2.4.2.- La caducidad administrativa del contrato, figura de carácter sancionatorio cuyo efecto primero consiste en poner fin, de manera anticipada, a la correspondiente relación contractual en virtud de la declaración unilateral que en tal sentido realiza la entidad estatal contratante cuando se configuran las hipótesis fácticas consagradas para ello en las normas legales respectivas⁵.

⁵ Las principales disposiciones legales que hoy consagran y prevén la aplicación de la caducidad administrativa en los contratos estatales son las siguientes:

Cuando hay lugar a la declaratoria de caducidad administrativa, como lo dispone perentoriamente la ley (artículo 18, Ley 80) “... *no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley*”, por lo cual una vez se encuentra en firme la declaratoria de caducidad administrativa, para el contratista que hubiere dado lugar a su declaratoria se genera una inhabilidad que, por una parte, le impedirá, por espacio de cinco (5) años, participar en licitaciones o concursos ante cualquier entidad estatal así como celebrar contratos con cualquiera de dichas entidades estatales (artículo 8-1-c, Ley 80) y, por otra parte, lo obligará a ceder los contratos estatales que ya hubiere celebrado o a renunciar a su participación en los mismos si dicha cesión no fuere posible (artículo 9, Ley 80).

2.4.3.- La terminación unilateral de que trata el inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80. La norma legal en cita dispone, de manera imperativa, que el jefe o representante legal de la respectiva entidad estatal contratante debe dar por terminado el contrato estatal, cuando respecto del mismo se hubiere

-
- Artículo 18 de la Ley 80: ... *la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado [se refiere al contrato estatal] ...*” en los casos en que se presente “... *alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidenci[e] que puede conducir a su paralización ...*”.
 - El numeral 5 del artículo 5 de ese mismo estatuto de contratación estatal, prohíbe a los contratistas particulares que accedan “... *a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho*”, al tiempo que les impone el deber de informar de inmediato sobre la ocurrencia de esos hechos, ante las autoridades competentes. A ello agrega, la norma legal en cita, que “[e]l incumplimiento de esta obligación y la celebración de los pactos o acuerdos prohibidos, dará lugar a la declaración de caducidad del contrato”.
 - Los artículos 90, 91, 92, 93, 94 y 95 de la Ley 418, proferida en el año de 1997, comúnmente conocida como *Ley de orden público*, cuya vigencia fue prorrogada inicialmente por espacio de tres años mediante la Ley 548, adoptada en el año de 1999, posteriormente prorrogada por cuatro (4) años más mediante la Ley 782, promulgada en el año 2002 y actualmente vigente en virtud de la prórroga que por espacio de cuatro (4) años más dispuso la Ley 1106, expedida en el año 2006, contienen múltiples y variadas disposiciones en virtud de las cuales se autoriza e incluso se ordena la declaratoria de caducidad administrativa de cualquier contrato celebrado por una entidad pública cuando el contratista incurra en conductas, previstas en esas mismas normas, que determinen su participación, colaboración, financiación o cualquier otra forma de auxilio para con los grupos armados organizados al margen de la ley.
 - El artículo 61 de la Ley 610, expedida en el año 2000, prevé que las contralorías deben solicitar a la autoridad administrativa correspondiente, esto es a la entidad estatal contratante, que declare la caducidad del contrato en el cual se encuentre vinculado el contratista particular que hubiere sido declarado fiscalmente responsable.
 - La Ley 789, expedida en el año 2002, por medio del párrafo 2º de su artículo 50, según el texto hoy vigente, modificada por el artículo 1º de la Ley 828, dictada en el año 2003, determina de manera imperativa que si durante la ejecución de cualquier contrato celebrado por una entidad estatal o a la fecha de su liquidación, se observe la persistencia, por cuatro (4) meses, del incumplimiento del contratista particular respecto del pago de los aportes parafiscales que constituyen sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral (sistema de salud, pensiones, riesgos profesionales, aportes al SENA, ICBF y cajas de compensación familiar) , “... *la entidad estatal dará aplicación a la cláusula excepcional de caducidad administrativa*”.

configurado una cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de ese mismo estatuto contractual.

Así reza el referido artículo 45 de la Ley 80:

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

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

La norma legal transcrita evidencia que esta modalidad de terminación unilateral tiene cabida en relación con cualquier clase de contrato estatal, independientemente de su objeto, siempre que en la celebración del mismo se hubiere configurado una cualquiera de las causales de nulidad antes referidas, sin que su aplicación pueda extenderse entonces a otras causales de nulidad absoluta diferentes a las específicamente indicadas.

Acerca del ejercicio de la potestad de terminación unilateral de los contratos estatales por parte de la Administración, en los eventos de nulidad absoluta del contrato, la Corte Constitucional, en pronunciamiento contenido en Sentencia T-1341 de 2001, sostuvo lo siguiente:

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

“Las causales de nulidad absoluta que permiten el ejercicio de la potestad excepcional contenida en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, a la cual se viene haciendo alusión, operan cuando la celebración del contrato estatal se efectúa con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, o contra expresa prohibición constitucional o legal o cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente el respectivo contrato. Esto significa que se refieren a situaciones de orden

*estrictamente jurídico que vicien el contrato, afectando su validez jurídica e impidiendo que se inicie o se continúe ejecutando”.*⁶

Desde esta perspectiva resulta claro que el jefe o representante de la entidad estatal contratante se encuentra en el deber legal de declarar la terminación unilateral del contrato, mediante acto administrativo, con el fin de preservar el orden jurídico y el interés público, cuando quiera que se compruebe la existencia de alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1º, 2º y 4º de la Ley 80 de 1993, sin embargo, no podrá ejercer esta facultad, aunque existiere un vicio de nulidad absoluta que afectare la legalidad del contrato, cuando la situación irregular no corresponda a alguno de los supuestos establecidos en los tres numerales antes referidos, sencillamente porque la ley no le ha otorgado competencia para ello y, por lo tanto, en esos otros eventos la única opción que tendría la entidad sería la de demandar judicialmente la declaratoria de nulidad del contrato.

En virtud del principio de legalidad⁷, principio básico en un Estado de derecho, las competencias de cada uno de los órganos y autoridades de la Administración Pública deben encontrarse asignadas por la Constitución Política o la ley de manera expresa, tal como lo ordena la Carta en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de dichos órganos se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos.

La jurisprudencia de la Sección Tercera⁸ ha enseñado que la competencia constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, asumiendo que la incompetencia configura la regla general mientras que la competencia constituye la excepción, como quiera que la misma se restringe a los casos en que sea expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo cual se explica si se tiene en cuenta que *“la incompetencia está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos*

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-1341 de 11 de diciembre de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

⁷ La legalidad ha sido definida por Georges Vedel como *“la cualidad de lo que es conforme a la ley. La legalidad expresa así la conformidad al derecho y es sinónimo de regularidad jurídica”* (Derecho Administrativo, .Biblioteca Jurídica Aguilar Traducción de la sexta edición francesa, 1980, Madrid, Pág. 219.

⁸ Sentencia de 16 de febrero de 2006, Exp. 13414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse”⁹.

Igualmente ha puntualizado sobre el vicio de incompetencia lo siguiente¹⁰:

*“(...) dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina¹¹, ha considerado que “...por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (Art. 121 y 122 Constitución Política), **es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador**”¹².*

Con lo anterior, no se trata de desconocer el principio de jurisdicción rogada que distingue a la contencioso administrativa, sino de admitir que existen algunos eventos en los cuales tal característica debe ceder, en virtud de los más altos valores que se hallan en juego y que le corresponde defender al juez contencioso administrativo (...)” (Negrilla no es del texto)

La actividad contractual de la Administración no escapa al principio de legalidad, toda vez que en este ámbito sus actuaciones también deben someterse a claras y precisas competencias que se encuentran atribuidas por la ley, normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, máxime cuando se trata del ejercicio de prerrogativas que detenta la entidad estatal contratante; así pues, las facultades que por atribución legal ejercen las entidades del Estado cuando se relacionan con los particulares, mediante la contratación, requieren definición legal previa y expresa de la ley, puesto que es la propia ley la que establece los límites a la autonomía de la voluntad.

Es por ello que la terminación unilateral a cuya aplicación obliga el artículo 45 de la Ley 80, mal podría ejercerse en casos distintos a los expresamente previstos en esa norma.

⁹ GIRALDO CASTAÑO; Derecho Administrativo General. Editorial Marín Vieco Ltda. Medellín, 5ª ed., 1995. Pág. 59.

¹⁰ Sentencia de 16 de febrero de 2006, Exp. 13414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹¹ BETANCUR JARAMILLO, Carlos; Derecho Procesal Administrativo Señal Editora, 5ª ed.; pág. 209. Afirma el profesor Betancur, que el carácter de orden público que tienen las normas que atribuyen las competencias funcionales, “...permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aunque el demandante no la haya invocado en apoyo de su petición”. Por su parte, en la doctrina argentina, la incompetencia en razón de la materia es considerada como un “**vicio muy grave**”, calificación que hace que el acto sea inexistente, lo cual puede ser declarado de oficio en sede judicial (DROMI, Roberto; Ob. cit., Págs. 244 y 245).

¹² Sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196. Actor: Sociedad Brogra Ltda.

2.5.- Diferencias entre la terminación unilateral del contrato y la declaratoria de nulidad absoluta.

Si bien algunas de las causales legales de nulidad absoluta de los contratos estatales, esto es las previstas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80, constituyen a la vez razón para que deba disponerse, por parte de la entidad estatal contratante, la terminación unilateral del respectivo contrato estatal, ello no puede servir de fundamento para confundir esas figuras, puesto que son muchas y muy profundas las diferencias que pueden establecerse entre la nulidad absoluta y la terminación unilateral, así ésta tenga por causa la misma hipótesis normativa de aquella.

La terminación unilateral sólo tiene como propósito y efecto la finalización anticipada de un determinado contrato estatal, sin que ello signifique ni pretenda desconocer y mucho menos deshacer todo lo que hasta ese momento se hubiere ejecutado con base en dicho contrato, amén de que tal decisión de terminación anticipada tampoco comporta reproche alguno para las partes o al menos para una de ellas, así sea implícito, respecto de los elementos existentes al momento del perfeccionamiento del respectivo contrato.

Muy por el contrario, la nulidad absoluta refleja la existencia de un vicio muy grave que afecta el contrato y que dice relación con la ausencia, al momento de su celebración, de aquellos requisitos que el ordenamiento jurídico reclama y exige para que el respectivo contrato, en cuanto se ajuste a dicho ordenamiento, merezca su tutela y protección.

Es por ello que la declaratoria de nulidad absoluta se fundamenta en un examen detallado acerca de las condiciones, los requisitos y los elementos de validez existentes al momento de la celebración del contrato; su propósito principal es el de eliminar o expulsar, del mundo jurídico, el contrato estatal que hubiere surgido en contra del ordenamiento al cual debe ajustarse, con el fin de privarlo de la totalidad de sus efectos, sin importar lo que en desarrollo del mismo se hubiere ejecutado y, por eso mismo, por regla general, busca devolver las cosas al estado en que se *hallarían si no hubiese existido el contrato nulo* (artículo 1746 C.C.).

Esas diferencias permiten advertir también que mientras la terminación unilateral del contrato estatal, incluso con fundamento en alguna de las causales de nulidad

absoluta de los contratos contempladas en los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, únicamente resulta procedente o viable en cuanto el respectivo contrato se encuentre vigente, por la sencilla pero potísima razón de que no es posible dar por terminado un contrato que previamente ya ha finalizado; por el contrario, la declaratoria judicial de nulidad absoluta de un contrato estatal perfectamente puede adoptarse -e incluso solicitarse-, con posterioridad a la terminación del mismo.

Además, la declaratoria de terminación unilateral del contrato estatal, por parte de la entidad contratante, en razón a la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, no excluye, en modo alguno, la posibilidad de que cualquiera de los titulares de la acción contractual pueda demandar, simultánea o sucesivamente, la declaratoria judicial de nulidad absoluta de ese mismo contrato; por el contrario, de ninguna manera podría concebirse, siquiera, la posibilidad de que un contrato que hubiere sido declarado judicialmente nulo, con posterioridad a tal decisión judicial pudiese ser objeto de terminación unilateral por parte de la entidad estatal contratante.

Lo anterior permite poner de presente que si bien al declarar la terminación unilateral del respectivo contrato estatal, el jefe o representante legal de la entidad contratante examina y verifica la existencia de los mismos elementos fácticos que dan lugar a la configuración de las causales de nulidad absoluta previstas en alguno de los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, lo cierto es que él no realiza un examen acerca de la validez del contrato ni su pronunciamiento tiene alcances o efectos sobre esos aspectos reservados al juez del contrato.

Mientras la terminación unilateral del contrato estatal compete al jefe o representante legal de la entidad estatal contratante, como ya se indicó, la competencia para declarar la nulidad absoluta le corresponde, exclusivamente, al juez del contrato.

A la diferencia que acaba de anotarse le sigue, como consecuencia obvia, la distinción adicional de que mientras la terminación unilateral que adopta la entidad estatal es constitutiva de un acto administrativo y como tal pasible de la acción contractual; la declaratoria de nulidad absoluta corresponde a una decisión de naturaleza judicial, a la cual no le son aplicables los controles y revisiones que, por

regla general, proceden frente a los actos administrativos y, además, estará acompañada de los efectos propios de la cosa juzgada.

Como ha quedado ampliamente señalado, la terminación unilateral de que trata el artículo 45 de la Ley 80, únicamente podría abrirse camino en cuanto se hubiere configurado una cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2 y 4 del citado artículo 44 de la misma Ley 80, al paso que la declaratoria judicial de nulidad absoluta de un contrato estatal, podría encontrar fundamento en cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en el derecho común (artículo 1742 C.C.), o en cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del aludido artículo 44 del estatuto de contratación estatal.

En firme la decisión administrativa de terminación unilateral del contrato, adoptada por la entidad contratante, es claro que la misma únicamente produce efectos hacia el futuro, “*ex nunc*”, mientras que la declaratoria judicial de nulidad absoluta, como ya se indicó, tiene como efecto retrotraer las cosas al momento de la celebración del contrato, como si éste en realidad nunca hubiere existido, es decir que está llamada a generar efectos “*ex tunc*”.

2.6. La falsa motivación de los actos administrativos.

La falsa motivación constituye uno de los vicios del acto administrativo que da lugar a su nulidad, según lo consagra el artículo 84 del C.C.A.¹³

La doctrina nacional autorizada ha sostenido que la falsa motivación se caracteriza, fundamentalmente, por una evidente divergencia entre la realidad fáctica y la jurídica, lo cual induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la Administración Pública.¹⁴

¹³ ARTICULO 84. ACCION DE NULIDAD. Subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989. Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

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

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

La jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁵ ha enseñado que se configura la falsa motivación de los actos administrativos:

“Cuando la Administración, para sustentar la expresión de su voluntad, en forma errónea o intencional le da visos de realidad a una explicación que no cabe dentro de la categoría de lo verídico, o bien abusa de las atribuciones que los ordenamientos legales o reglamentarios le han asignado o bien toma un camino equivocado en el ejercicio de las mismas”

Igualmente, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado, respecto del alcance de esta causal de nulidad de los actos administrativos, lo siguiente:

“... para que una motivación pueda ser calificada de “falsa”, para que esa clase de ilegalidad se de en un caso determinado, es necesario que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el autor les ha dado, o sea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, por una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada¹⁶.”

En sentencia de 19 de mayo de 1998¹⁷ puntualizó sobre la falsa motivación de los actos administrativos, lo siguiente:

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

Se tiene entonces que la falta o inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública, materializada mediante la expedición de actos administrativos, inevitablemente conduce a un vicio de nulidad por ausencia de motivación, en virtud de que lo expresado en el acto no corresponde a la realidad fáctica o jurídica, que se invoca como sustento del mismo.

¹⁴ SANTOFIMIO, Jaime Orlando, Acto Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, pág 31.

¹⁵ Sección Segunda, Sentencia de 9 de mayo de 1979, C.P. Samuel Buitrago Hurtado, Anales de 1979, Tomo XCVI, Pag. 450.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 21 de junio de 1980, M.P. Álvaro Lecompte Luna.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda Sentencia de 19 de mayo de 1998, Exp. 10051, M.P. Clara Forero de Castro S.

2.7. El caso concreto.

2.7.1. Los hechos probados.

Del material probatorio recaudado en el proceso fue posible establecer lo siguiente:

a) Respecto de la celebración del contrato No. 0589 de 1996.

Se encuentra probado que la selección del contratista se hizo de conformidad con el procedimiento establecido en el Decreto Reglamentario 855 de 1994, es decir, mediante la modalidad de contratación directa, de conformidad con el contenido de los documentos aportados al expediente en fotocopia autenticada.

- Previamente a la publicación de la invitación a contratar, la Secretaría de Hacienda del Departamento expidió el certificado de disponibilidad presupuestal No. 1317 de 3 de junio de 1996, por valor de \$ 48'229.005, "*Cuenta 02 Egresos; 001.002.2.134 Mantenimiento plantas eléctricas del departamento*". (fl. 30 cd. pruebas).

- A folio 32 del cuaderno de pruebas obra copia autenticada del aviso público de 26 de junio de 1996, mediante el cual se invitó a presentar "*ofertas de cotización técnica y económica para elaborar EL MANTENIMIENTO DE LAS PLANTAS DEL DEPARTAMENTO*". En dicho aviso se indicó que la obra se adelantaría con recursos del **presupuesto Departamental, con cargo al rubro presupuestal 06.1.2.2.134**; la fecha límite para la presentación de las ofertas se fijó para el día 1º de julio de 1996 y entre los criterios de evaluación de las ofertas se establecieron lo siguientes: "*Valor de la propuesta, Programa de trabajo e inversiones, equipo ofrecido, cumplimiento de contratos anteriores, Experiencia de la firma, Plazo de ejecución*". Igualmente se indicaron los documentos que debían entregarse con la propuesta y los aspectos que ésta debía contener, documento que se encuentra firmado por el Gobernador y el Secretario de obras públicas.

- Presentaron oferta los siguientes proponentes: Ricardo Ducón Fonseca y Nohora Yolanda Chaparro de Torres, quien es la actora en el presente proceso, aunque se desconoce la fecha en que su propuesta fue presentada y recibida por el Departamento, por no aparecer radicación alguna, aunque el oficio de remisión se

encuentra fechado del 19 de junio de 1996 (fl. 35 cd. pruebas), situación que aparentemente presenta una inconsistencia con la fecha de fijación del aviso público efectuada el 26 de junio del mismo año (fl. 32, cd. pruebas); la oferta presentada por el segundo proponente, no tiene fecha determinada, puesto que solamente indica el mes de junio de 1996 (fl. 47, cd. pruebas).

- En oficio radicado en la Oficina Jurídica, el 28 de junio del mismo año, aparece, el informe de evaluación de las 2 ofertas que fueron presentadas en atención a la invitación extendida por la Administración departamental (fl. 31, cd. de pruebas), en dicho informe se recomendó adjudicar el contrato al oferente No.1, en razón a la experiencia y el equipo propuesto, dicho documento se encuentra firmado por el evaluador, el Secretario de Obras Públicas y el Gobernador del Departamento.

- El contrato 589 de 1996 fue suscrito entre el Gobernador del Departamento de Casanare y la demandante, con fecha de 27 de junio de 1996, lo cual evidencia otra inconsistencia, puesto que si la evaluación y recomendación se radicó en la Oficina Jurídica, el 28 de junio de 1996, el contrato a lo sumo debió suscribirse este día pero no en el día anterior. (fls. 27 a 29, cd. pruebas).

- El objeto del contrato consistía en “adelantar los trabajos necesarios para el mantenimiento de las plantas del Departamento de Casanare de conformidad con los siguientes ítems” (fl. 27, cd. pruebas)

| ITEMS | UNIDAD | CANTIDAD | V. UNITARIO | V. TOTAL |
|---|---------------|-----------------|--------------------|-----------------|
| 1. REPARACIÓN PLANTA HR-3 DE ALGARROBO (MOTOR Y GENERADOR) | UN | 1 | \$ 13'956.360 | \$ 13'956.360 |
| 2. ARREGLO GENERADOR DE QUEBRADA SECA | UN | 1 | \$ 1'769.724 | \$ 1'769.724 |
| 3. SUMINISTRO DE REPUESTOS COMBUSTIBLE Y VARIOS PARA MOTOR HR-3 | GL | 1 | \$ 11'646.746 | \$ 11'646.746 |
| 4. SUMINISTRO DE REPUESTOS COMBUSTIBLE Y VARIOS PARA MOTOR ST-3 | GL | 1 | \$ 2'767.989 | \$ 2'767.989 |
| 5. SUMINISTRO DE REPUESTOS COMBUSTIBLE Y VARIOS PARA MOTOR ST-3 | GL | 1 | \$ 4'778.338 | \$ 4'778.338 |

- El plazo del contrato se pactó en 45 días calendario contados a partir de su perfeccionamiento y su valor se convino en la suma de \$ 34'921.151,25 M.CTE., el cual coincide con el establecido en la propuesta. El rubro presupuestal que se afectaría corresponde al Capítulo 26, Estrategia 001; Programa 002; Subprograma 2; Proyecto 134 del presupuesto de la correspondiente vigencia. (fl. 27, cd. pruebas)

- En Acta de entrega suscrita el 11 de julio de 1996, el señor José Gabriel Rodríguez B., hace entrega a la señora Yolanda Chaparro Torres como contratista del contrato No. 589-96 un generador de la planta eléctrica de la Inspección de Algarrobo, acta que aparece ratificada por el señor Agustín Pinto Álvarez como Jefe de la Oficina de Electrificación y Telecomunicaciones (fl. 51 cd. de pruebas)

b) Respecto de las órdenes de servicio Nos. 01-1090 de 12 de junio de 1996 y 06-266 de 13 de junio de 1996

- Se encuentra probada la existencia de las órdenes de servicio Nos. 01-109 de 12 de junio de 1996 y 06-266 de 13 de junio de 1996, dirigidas al señor Héctor Hernando Salcedo, las cuales obran en fotocopia autenticada a folios 46 a 49 del cuaderno principal, aportadas por la entidad pública demandada con el escrito de contestación de la demanda; igualmente, a folios 52 a 55 del cuaderno de pruebas aparecen las mismas órdenes aportadas por el Departamento del Casanare mediante oficio DG- OJ No. 1125 de 28 de mayo de 1997.

En la orden de servicios No. 01-109 de 12 de junio de 1996, se estipuló lo siguiente:

“Me permito solicitarle se sirva efectuar el arreglo a todo costo de la planta eléctrica HR-3 de la Inspección de Algarrobo Municipio de Orocué Departamento de Casanare. De acuerdo a los siguientes ítems:”

Y en la orden de servicio No. 06-266 de 13 de junio de 1996 se lee lo siguiente:

“Me permito solicitarle se sirva efectuar el arreglo a todo costo de un motor Lister ST-3 en la Vereda Quebradaseca del Municipio de Yopal, Departamento de Casanare, de acuerdo a los siguientes ítems:” (fls. 53 y 55, cd pruebas)

No se encuentra probado si dichas órdenes efectivamente fueron ejecutadas.

2.7.2. El presunto vicio de nulidad en el contrato 0589 de 1996 por la existencia de dos ordenes de servicio con el mismo objeto.

El presunto vicio de nulidad absoluta en el contrato 589 de 1996, según el acto acusado, se deriva de la celebración simultánea de dos contratos de mantenimiento de equipos que supuestamente tendrían objeto idéntico, celebrados con distintas personas, circunstancia que, de ser cierta, podría afectar su legalidad y lesionar el interés público, puesto que bastaría la ejecución de uno solo de ellos para satisfacer las necesidades de la Administración, de manera que el otro, entonces, carecería de la finalidad que se busca con la contratación pública, a la vez que ocasionaría una erogación ilegítima para el presupuesto departamental y un enriquecimiento sin causa para el contratista indebidamente contratado, quien percibiría el valor pactado pero no tendría que adelantar los trabajos contratados, por encontrarse ya ejecutados.

Al examinar las órdenes No. 01-109 de 12 de junio de 1996 y 06-266 de 13 de junio del mismo año, se pudo establecer que en ellas la Administración Departamental formuló solicitud escrita a un particular para realizar determinados trabajos en las plantas eléctricas del Departamento del Casanare, indicando expresamente las condiciones bajo las cuales se adelantaría la contratación, referidas a: los ítems a contratar, las cantidades de obra, el precio de los trabajos, el plazo de duración del contrato y la forma de pago.

Se observa que las dos órdenes referidas debían ejecutarse en un plazo de ocho días contados a partir de la fecha que aparece registrada en ellas, esto es, desde el día 12 y 13 de junio de 1996, respectivamente, de lo cual se infiere que tales órdenes vencieron el 19 y 20 de junio del mismo año o a más tardar, el 22 y 23 de junio, si se tomara el plazo en días hábiles, fechas a partir de las cuales, estas órdenes que tuvieron por objeto el mantenimiento de las plantas eléctricas ubicadas en la Vereda de Quebradaseca y en la Inspección de Algarrobo, en los municipios de Yopal y Orocué, del Departamento de Casanare, dejaron de existir.

Después de vencidas las órdenes de servicio referidas, el Departamento del Casanare celebró con la demandante el contrato 589 de 1996, cuya firma o perfeccionamiento se cumplió el 27 de junio de 1996, su plazo se pactó en 45 días calendario, contado a partir del perfeccionamiento del contrato, según la cláusula

segunda y como requisito de ejecución se estipuló la aprobación de las garantías solicitadas para asegurar el cumplimiento del contrato, de conformidad con lo convenido en la cláusula décima séptima.

Por manera que se descarta la coexistencia de dos contratos con el mismo objeto, celebrados por la misma entidad pública contratante, puesto que las órdenes cuyo objeto consistía en el mantenimiento de la planta eléctrica H3 de la Inspección de Algarrobo y el arreglo del motor Lister ST-3, respectivamente, se suscribieron y ejecutaron con anterioridad a la celebración del contrato No. 589 de 1996,

Además de lo anterior, resulta importante destacar que en determinados tipos de contratos, como el que ahora ocupa la atención de la Sala, cuando es usual que el mantenimiento de los equipos se requiera de manera constante e ininterrumpida, la doble contratación no se daría siempre que 2 o más contratos coincidan plenamente en cuanto al objeto y su alcance, puesto que entre tales vínculos podría no existir simultaneidad o identificación en cuanto a los tiempos en que debería ejecutarse cada uno de los contratos.

Significa entonces que la pregonada ilicitud en el objeto del contrato 589 de 1996, por la supuesta existencia de "*doble contratación por el mismo objeto*", sustentada en la celebración de las órdenes de servicio Nos. 01-109 y 06-266 de 12 y 13 de junio de 1996, no se configuró, como quiera que se encuentra probado en el proceso que **no hubo doble contratación**, por cuanto es claro que dichas órdenes se celebraron y vencieron con anterioridad a la suscripción del contrato 589 de 27 de julio de 1996; además de no haberse probado su ejecución.

Así las cosas, el contrato celebrado por la Administración Departamental y la demandante, identificado con el número 589 de 27 de junio de 1996, para el mantenimiento de las plantas eléctricas del Departamento del Casanare, no se encontraba afectado de nulidad absoluta por **doble contratación**, además que, la selección del contratista estuvo precedida del procedimiento de contratación directa previsto en el Decreto Reglamentario 855 de 1994, según se encuentra regularmente acreditado en el proceso de la referencia; en consecuencia, la Administración no estaba facultada para declarar su terminación unilateral, mediante el acto administrativo acusado.

2.7.3. Las actuaciones adelantadas por las partes para la ejecución de contrato.

Corresponde ahora analizar si la demandante actuó con la diligencia debida para que el contrato pudiera ejecutarse y si la Administración Departamental cumplió, por su parte, con los trámites necesarios para que, su colaborador contratista, pudiera iniciar oportunamente los trabajos objeto del contrato.

Se observa a folios 24 y 25, del cuaderno de pruebas, copia autenticada de la comunicación de 8 de agosto de 1996, enviada por la demandante al Gobernador del Casanare, en la cual le manifestó su inconformidad por la devolución del contrato No. 589 de 1996, por parte de la Secretaría de Hacienda, sin haberse efectuado el correspondiente registro presupuestal; negativa que fundamentó la Administración en la no incorporación del mantenimiento de las plantas eléctricas en el banco de proyectos, hecho que la actora consideró ajeno a la verdad, toda vez que el proyecto había sido inscrito el 19 de junio de ese año, antes de que se perfeccionara el contrato. En dicha comunicación también afirmó que la Secretaría General le había sugerido desistir del contrato, cuando ya se encontraba ejecutado parte de su objeto, cuyas prestaciones fueron recibidas por el Jefe de Electrificación y Comunicaciones de la Secretaría de Obras Públicas.

De la misma manera, la contratista solicitó al Gobernador que ordenara los trámites necesarios para la legalización del contrato, con el fin de *“poner en marcha la ejecución del contrato por la obra que aún resta”*, con la advertencia de que, el no hacerlo, daría lugar al incumplimiento por parte de la Administración y a las acciones encaminadas a obtener el reconocimiento de los perjuicios causados por tal situación.

No se probó en el proceso que la Administración Departamental hubiere dado respuesta a esta solicitud de la contratista.

En la declaración rendida por el Jefe de la Oficina de Electrificación y Comunicaciones de la Secretaría de Obras Públicas de la Gobernación del Casanare, acerca de su conocimiento **sobre la ejecución del contrato**, manifestó lo siguiente:

*“Es un contrato que a una semana de haberme posesionado (...), encontré que tenía que ver con la reparación de unas plantas eléctricas de las inspecciones de Algarrobo y Quebradaseca y **que en ese momento requeríamos con urgencia el arreglo y entrega de la planta de Algarrobo, como estaba contratada con la señora Nohora Yolanda Chaparro, le pedimos que nos la entregara y para lo cual firmamos un acta, sin embargo esta planta estaba en poder del señor José Rodríguez, quien debido a la urgencia con que se necesitaba nos la entregó y se puso en servicio en el Algarrobo. Días después la oficina jurídica anuló este contrato** porque entiendo que se presentó el mismo objeto en dos órdenes previamente contratadas también por la Gobernación y de las cuales tuvimos conocimientos tiempo después de conocido este contrato, **una vez fue anulado este contrato la gobernación tuvo que pagarle la reparación de estas plantas directamente al señor José Rodríguez..”**. (fl. 58, cd. pruebas).*

También obra en el proceso copia autenticada del “Acta de Entrega” del generador eléctrico del Municipio de Algarrobo, suscrita el 11 de julio de 1996 por el Señor José Gabriel Rodríguez Barrera, como persona que entregó dicho elemento a la demandante Yolanda Chaparro de Torres y al Jefe de la Oficina de Electrificación y Telecomunicaciones, quienes por su parte, lo recibieron, documento en el cual se lee lo siguiente:

*“En Yopal a los once (11) del mes de julio de 1996, el señor **JOSE G. RODRÍGUEZ B, C.C. # 9’518.273.506** de Sogamoso **hace entrega a la Señora YOLANDA CHAPARRO DE TORRES** con cédula de ciudadanía No. 17’350.001 de Yopal **como Contratista según contrato No. 589-96**, un generador de la planta eléctrica de la Inspección de Algarrobo Municipio Orocué con las siguientes características.*

GENERADOR ELECTRICO COSTRUTRION 37.5 KVA TRIFASICO 1800 REVOLUCIONES X MINUTO” (fl 51 cd. pruebas).

Al ser interrogado sobre el acta anterior, el Jefe de la Oficina de Electrificación y Comunicaciones, sostuvo en su declaración rendida el 3 de junio de 1997, lo siguiente:

*“Me acuerdo que fue el acta que firmamos, **consistió en la entrega de esa planta reparada** debido a que en ese momento conocí que **había un contrato con ella** y que contemplaba **la reparación de esta planta y se requería con urgencia la entrega y puesta en servicio de esta planta para el Algarrobo**, sin embargo, en ese momento no tenía conocimiento de dos órdenes de trabajo con el mismo objeto del contrato de la Señora Nohora Yolanda Chaparro. Agrego además, que **la señora en mención no nos entregó esta planta sino que tuvimos***

que ir directamente donde el señor Rodríguez, para que nos la fuese entregada” (fl.58 a 59, cd. pruebas) (resaltado fuera del texto)

Al ser interrogado el señor José Gabriel Rodríguez Barrera sobre las razones por las cuales aparece su firma en el acta de entrega del generador de la planta eléctrica de la inspección de Algarrobo, que él hizo a la señora Yolanda Chaparro, el 11 de julio de 1996, documento que se le pone de presente, manifestó lo siguiente:

“Pues es que esta orden (...) yo la hice con el fin de que doña YOLANDA se la llevara al Ingeniero PINTO, porque yo iba de viaje, y como ella iba para donde el Ingeniero, yo le dije llévesela, yo le pedí a ella que se la llevara al Ingeniero.” (fl.63, cd. pruebas) (Resaltado fuera del texto)

De la valoración de las pruebas anteriormente reseñadas y de los documentos allegados al plenario, correspondientes a la etapa precontractual, claramente se infiere que con anterioridad a la fijación de los avisos de publicación, la Secretaría de Hacienda del Departamento había expedido el Certificado de Disponibilidad Presupuestal que permitía comprometer recursos del presupuesto para la celebración del contrato 0589 de 1996, en consecuencia, no existía justificación alguna para que la entidad pública no efectuara el registro presupuestal con el fin de que la contratista pudiera constituir las pólizas de garantía e iniciar la ejecución del contrato, de conformidad con lo estipulado en las cláusulas décima octava y décima novena del referido negocio jurídico.

Llama la atención de la Sala el hecho de que la Administración Departamental, ante la necesidad que tenía de restablecer el servicio de energía en la Inspección de Algarrobo, solicitara a la contratista el arreglo y entrega urgente del generador eléctrico, tal como lo afirmó el Jefe de la Oficina de Electrificación y Comunicaciones, señor Agustín Pinto Álvarez en su testimonio y se confirma con el acta de entrega del día 11 de julio de 1996, anteriormente transcrita; pero después de que la contratista cumpliera parte del objeto del contrato que había suscrito, aún sin que se encontrara legalizado, en atención a la urgente necesidad que tenía la Administración de restablecer el servicio público, ésta se negara a efectuar el registro presupuestal y posteriormente adujera ilegalidad el contrato debido a la falta del cumplimiento de este requisito y a la subsistencia de dos contratos con objeto idéntico.

Se destaca además, la abierta contradicción entre la declaración del señor Agustín Pinto, Jefe de la Oficina de Electrificación y Comunicaciones de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, quien afirmó que la señora Yolanda Chaparro no estuvo presente en el momento de la entrega del generador eléctrico y que quien le hizo la entrega, directamente, fue el señor José Gabriel Rodríguez Barrera por haber realizado los trabajos, frente a lo dicho por éste último, en cuanto explicó que su firma aparece en el acta de entrega porque como se iba de viaje le pidió el favor a la señora Chaparro que le entregara el acta al Ingeniero Pinto, declaraciones que no guardan coherencia alguna en cuanto a las circunstancias de modo tiempo y lugar en que se habrían sucedido los hechos a que se refieren tales declarantes y que igualmente contradicen el contenido del acta de entrega de 11 de julio de 1996.

Lo cierto es que la Administración mantuvo a la contratista en una situación de indefinición desde el momento mismo en que suscribió el contrato, esto es desde el 27 de junio de 1996, hasta el 25 de noviembre de 1996, fecha en la cual le notificó la Resolución No. 1715 de 31 de octubre de 1996, mediante la cual dispuso la terminación unilateral del referido contrato; durante este lapso, además, contrariamente a lo que venía sosteniendo, respecto de que ya existía otro contrato con el mismo objeto, **hizo una tercera contratación** para el mantenimiento de las mismas plantas eléctricas del Departamento de Casanare, con la persona a quien la demandante encomendó los primeros trabajos de reparación de las plantas, según se probó con los testimonios rendidos por los señores José Gabriel Rodríguez Barrera, quien realizó los trabajos y Agustín Pinto Álvarez, Jefe de la Oficina de Electrificación y Comunicaciones. A continuación se transcriben los apartes más significativos:

A la pregunta de por qué se le había cancelado al señor Rodríguez Barrera el valor de la reparación de las plantas eléctricas objeto del contrato celebrado por la demandante, el señor Agustín Pinto contestó:

“Se le cancelaron porque el señor en mención fue el que reparó estas plantas y además porque la oficina jurídica había anulado el contrato de la señora Nohora Yolanda Chaparro”. (Fl.59, cd pruebas)

A la pregunta de la clase de contratación, su forma y valor, que hizo el Departamento con el señor José Gabriel Rodríguez Barrera, contestó:

“Entiendo que se pagó mediante órdenes de servicio, no recuerdo el valor, corrijo, mediante órdenes de trabajo, pero no recuerdo el valor ni la fecha.” (Fl.59, cd pruebas)

Más adelante se le interrogó por qué entendía que la contratación había sido por órdenes de trabajo, a lo cual respondió:

“Porque mi oficina es la encargada de verificar y aprobar estas órdenes de trabajo, entonces sí fue por órdenes de trabajo.” (Fl.59 a 60, cd pruebas)

En la diligencia de recepción de testimonio al señor Gabriel Rodríguez Barrera (tercer contratista para realizar la obra) presentó los siguientes documentos: i) Una cotización sin fecha por valor de \$ 2'105.410 con su respectiva orden de servicio de 1º de octubre de 1996, por valor de \$ 2'105.410; ii) una cotización por valor de \$3'151.702 con su respectiva orden de servicio de fecha 1º de octubre de 1996; iii) Un certificado de disponibilidad identificado con el No. 2290 de 23 de septiembre de 1996, por valor de \$3'151.702; cuyos originales, según el declarante, reposaban en la Gobernación del Departamento.

En dicha diligencia, a la pregunta de las condiciones en que fue contratado, la fecha y quién le hizo entrega de las plantas eléctricas contestó lo siguiente:

“Las fechas si no me acuerdo, el Ingeniero Avello me mandó hasta el Algarrobo que revisara los generadores de las plantas, para ver si tenían arreglo allá, me fui para allá y tocó traerlos, los traje en el carro de la Gobernación, para que me dieran la orden de servicio para su respectivo arreglo ...”(fl 63, cd pruebas).

A la pregunta de por qué las ordenes de trabajo que presentó en la diligencia, tenían fecha de 1º de octubre, es decir, posterior a la fecha del acta de entrega del 11 de julio, el declarante manifestó: **“Eso es del mismo trabajo pero no me di cuenta de las fechas”** (Fl. 64, cd. Pruebas).

Interrogado acerca de si había realizado algún acuerdo con la señora Yolanda Chaparro para el cumplimiento del contrato celebrado por ella con la Gobernación, manifestó:

“Ella me dijo que ella, que a ella le iban a dar el contrato la Gobernación para esos trabajos, y que ella me cancelaba a mí con

el anticipo que le iban a dar y entonces, ella me pidió un recibo de un millón de pesos, para darme un anticipo, yo confiando en ella se lo entregué, pero no me dio ningún dinero, no me ha dado (sic) de cincuenta centavos.” (fl. 64 cd. de pruebas).

Las anteriores probanzas demuestran, sin lugar a duda, que después de que la demandante entregó debidamente arreglada la planta eléctrica de la Inspección de Algarrobo, el Departamento además de negarse a efectuar el registro presupuestal del contrato 0589 de 1996, decidió contratar la reparación de las plantas eléctricas con el mismo técnico a quien la contratista le había encomendado el arreglo de estos elementos, así se infiere de: i) el contenido del Acta de Entrega de 11 de julio de 1996 en donde el señor José Gabriel Rodríguez Barrera, como técnico electricista, identificado con cédula de ciudadanía No. 9'518.273 aparece entregando a la demandante, Yolanda Chaparro de Torres como contratista del contrato 589 de 1996, un generador de la planta eléctrica de la Inspección de Algarrobo; ii) de la declaración rendida por el mismo técnico electricista, el 3 de junio de 1997, en la cual manifestó que el trabajo entregado con acta del 11 de julio de 1996 le fue contratado por el Departamento en octubre de 1996, a la vez que presentó en esta diligencia las dos órdenes de trabajo que había suscrito con la Administración Departamental iii) de la declaración rendida por el Jefe de la Oficina de Electrificación y Comunicaciones de la Secretaría de Obras Públicas de la Gobernación del Casanare, en la cual manifestó que como requería con urgencia la reparación de las plantas eléctricas de las inspecciones de Algarrobo y Quebradaseca, le solicitaron a la contratista su entrega, para lo cual se firmó un acta pero que esa planta estaba en poder del señor José Gabriel Rodríguez Barrera, quien debido a la urgencia con que ésta se necesitaba la entregó y luego fue puesta al servicio en el Algarrobo; igualmente sostuvo que el valor de las reparaciones se le habían cancelado al señor Rodríguez por haber sido la persona quien realizó los trabajos, cuyo pago se había efectuado mediante órdenes de servicio.

Cabe resaltar que en esta oportunidad, la Administración no tuvo reparo alguno en suscribir órdenes de servicio con destino al señor José Gabriel Rodríguez Barrera, no obstante que para la fecha en que fueron emitidas, esto es, el 1º de octubre de 1996, se encontraba vigente el contrato 0589 de 1996.

Ni más ni menos que la Administración incurrió en una grave dualidad e inconsistencia en sus actuaciones, puesto que, de una parte, impidió la ejecución del contrato celebrado con la demandante, por falta de requisitos para su ejecución y por presentar vicio de ilegalidad en su objeto, con fundamento en la supuesta existencia de dos contratos celebrados con idéntico objeto; pero de otra parte, no encontró inconveniente legal alguno para celebrar un tercer contrato con el fin de que se hiciera el mantenimiento de las mismas plantas eléctricas, cuando, **en criterio de la Administración**, subsistían dos contratos anteriores con la misma finalidad, puesto que tanto el contrato 0589 de 27 de junio de 1996, como las supuestas órdenes Nos. 01-109 de 12 de junio y 06-266 de 13 de junio, ambas de 1996, tan solo fueron terminadas el 31 de octubre de 1996, mediante la expedición del acto administrativo acusado.

Se evidencia claramente el interés que tenía la Administración Departamental de impedir la ejecución del contrato 0589 de 1996, puesto que sin existir fundamento jurídico alguno, primero negó el otorgamiento del registro presupuestal; después inventó una supuesta doble contratación del mismo objeto, la cual en realidad no existía, como quedó demostrado en el proceso; adicionalmente, celebró un nuevo contrato, ordenó su ejecución y pagó el valor de los trabajos, sin objeción alguna y, por si fuera poco, finalmente declaró la terminación unilateral del contrato 0589 de 1996.

Esta conducta de la Administración Departamental resulta reprochable desde todo punto de vista, puesto que no solo burló la buena fe de su colaboradora contratista, quien ante el llamado de urgencia concurrió a satisfacer de manera inmediata la necesidad de reparar el generador de energía, sino que incurrió en la misma irregularidad que estaba cuestionando y que le sirvió de pretexto para declarar la terminación del contrato por una supuesta contratación con doble objeto.

Esta conducta de la entidad pública demandada no consulta los principios de buena fe y lealtad que deben imperar en las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares según lo ordena la Carta Suprema en el artículo 83, a cuyo tenor: *“las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”*

El principio constitucional de la “*bona fides*” “*adquiere una relevancia singular porque contribuye a humanizar las relaciones entre la Administración y administrado, entre los que ejercen el poder y los que lo sufren incorporando la idea de la confianza*”¹⁸, mucho más cuando se trata de las relaciones contractuales, en las cuales la Administración no solo ejerce el poder de dirección y control del contrato, según los dictados del artículo 14 de la Ley 80 de 1993¹⁹, sino que además, se encuentra investida de potestades excepcionales, en relación con las cuales el principio de la buena fe obra como un límite al poder de la Administración, en la medida en que el ejercicio de tales facultades excepcionales no puede ser arbitrario, sino que debe adelantarse con estricta sujeción a las previsiones fines y requisitos establecidos por el legislador.

Acerca del ejercicio de las facultades excepcionales, en el marco de los límites que impone el principio de la buena fe, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha puntualizado:

*“La cláusula exorbitante de que se trata, como cualquier otra, comporta la obligación de ser cumplida **dentro de los límites impuestos por el principio de la buena fe**, según reza el artículo 1603 del Código Civil y como además lo aceptan la doctrina y la jurisprudencia. El ejercicio indebido de la cláusula exorbitante, equivale a no cumplir con la obligación contractual, conducta ésta que genera la correspondiente indemnización de perjuicios según las voces del artículo 1613 del Código Civil. Eso desde el punto de vista meramente comercial de la cláusula. Ya desde el ángulo de la teoría del acto administrativo, es claro que tal actuación se encuentra afectada de nulidad y que implica también el resarcimiento del daño causado por ese acto administrativo ilegal, **siempre y cuando, desde luego, exista prueba suficiente de los perjuicios alegados**, indemnización que puede intentarse mediante el restablecimiento del preciso derecho subjetivo conculcado por el acto que se anula.”*²⁰ (Subraya la Sala)

Estas orientaciones permiten establecer que la Administración no puede ejercer caprichosamente sus facultades exorbitantes, trascendiendo los límites de sus potestades y actuando de manera arbitraria, porque tales conductas resultan ajenas a los postulados de la buena fe, generan responsabilidad patrimonial y los

¹⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, El Principio General de la Buena Fé en el Derecho Administrativo. Madrid, Edit. Cívitas, S.A. 1983, pag./57, citado por Escobar Gil Rodrigo, en la obra Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, Ed. Legis, segunda reimpresión, Bogotá, 2000, Pag. 464.

¹⁹ Art. 14 “*Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1º Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. ...*”

²⁰ Sentencia dictada el día 14 de octubre de 1999; Expediente 11197 actor: Medardo Serna Vallejo.

actos expedidos en estas condiciones resultan afectados de nulidad por grave violación al ordenamiento jurídico.

2.8.- Conclusión.

Con fundamento en lo anteriormente anotado, la Sala concluye que el contrato 0589 de 1996, celebrado entre el Departamento del Casanare y la demandante, no adolecía de vicio de nulidad absoluta porque en realidad jamás existió doble contratación del mismo objeto, toda vez que las órdenes de servicio Nos. 01-109 de 12 de junio de 1996 y 06-266 de 13 de junio de 1996, se celebraron para períodos diferentes y con un alcance diferente al establecido en el contrato 0589 de 1996.

Bajo esta premisa resulta claro que el acto administrativo acusado, Resolución No. 1715 de 31 de octubre de 1996, mediante la cual se declaró la terminación unilateral del contrato 589 de 27 de junio de 1996, con fundamento en la segunda causal de nulidad prevista en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, se encuentra falsamente motivado, toda vez que se sustentó en la existencia de una doble contratación, respecto del mismo objeto, la cual nunca existió, tal como se pudo demostrar en el proceso, y por lo tanto, el acto administrativo se encuentra sustentado en un hecho que no corresponde a la realidad, razón por la cual será declarada su nulidad, previa revocatoria de la sentencia impugnada mediante la cual se denegó la pretensión formulada en este sentido.

Además de lo anterior, resulta pertinente anotar que en el ordenamiento jurídico no se encuentra prevista una norma de rango constitucional o legal que consagre prohibición expresa para celebrar dos contratos de mantenimiento de equipos, con similar objeto, en períodos o tiempos diferentes, con distintos contratistas y, por tal razón, estos hechos en manera alguna podrían considerarse como constitutivos de la causal de nulidad absoluta contenida en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, consistente en la celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal.

2.9.- La indemnización de los perjuicios reclamados por la actora.

Como quiera que por razón de la expedición del acto impugnado, mediante el cual se declaró la terminación unilateral del contrato No. 589 de 27 de junio de 1996,

válidamente celebrado, se le negó a la contratista el derecho de ejecutar normalmente el contrato y de percibir las utilidades que ello le reportaría, se impone su reconocimiento pleno.

2.9.1.- La Utilidad Esperada.

Entre las pretensiones de la demandante y a título de indemnización de perjuicios, se encuentra el reconocimiento de la suma de dinero que resulte probada por concepto de utilidad esperada y gastos realizados dentro de su ejecución.

La demandante no probó que hubiese realizado algún gasto en la ejecución de los trabajos efectuados para la reparación del generador eléctrico de la inspección de Algarrobo, puesto que está demostrado que tales trabajos fueron cancelados directamente por la Gobernación del Casanare al Señor Jaime Rodríguez, a quien la demandante había subcontratado para realizar la reparación del generador.

Procede entonces el reconocimiento, a favor de la actora, de la utilidad que tenía derecho a percibir, como si hubiese ejecutado normalmente el contrato, suma que asciende al 5% de los costos directos, según la propuesta presentada, la cual obra a folios 35 a 46 del cuaderno de pruebas. En la propuesta también se estimó el AIU en un porcentaje del 30% integrado de la siguiente manera: 15% por administración, 10% por imprevistos, 5% por utilidad.

Según los términos del contrato, el valor se pactó en la suma \$ 34'921.151 m/cte., por lo tanto, la utilidad está representada por el 5%, calculado sobre el valor de los costos directos.

Cabe resaltar que en la aclaración al dictamen pericial (fls. 81, cd. de pruebas) los peritos dictaminaron que el valor de la utilidad se estimaba en el 10% del valor del contrato, apreciación que es diferente a la expresada en el informe rendido el 11 de julio de 1997 (fl. 68 cd. pruebas), en el cual indicaron que su monto, de acuerdo con la propuesta presentada, ascendía al 5% del valor del contrato. La Sala no acoge lo expuesto en la aclaración del dictamen, por cuanto el valor de la utilidad, según lo ofertado por la actora, en la propuesta que sirvió de fundamento a la contratación, corresponde al 5% del valor del contrato.

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

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

En donde: CD = costos directos
VTC = valor total del contrato incluido costos directos e indirectos
1,30 = corresponde al AUI de la propuesta que es el 30%

$$CD = \$ \frac{34'921.151}{1,30}$$

$$CD = \$ 26'862.428$$

Se tiene entonces que el valor de los costos directos de la propuesta ascendía a la suma de \$ 26'862.428 y el de los costos del AUI o indirectos, equivalentes al 30% de los costos directos, eran del orden de \$ 8'058.728.

Ahora se procederá a calcular el valor de la utilidad lícitamente esperada por la contratista, monto que, según la propuesta, fue establecido en el 5% del valor de los costos directos.

$$U = CD \times 5\%$$

$$U = \$ \frac{26'862.428 \times 5}{100}$$

$$U = \$ 1'343.121$$

El valor de la UTILIDAD que debe ser pagado a la actora, equivalente al 5% sobre los costos directos, corresponde a la suma de **\$ 1'343.121,00**

La actual jurisprudencia de la Sala ha determinado que el *quantum* de la utilidad que debe reconocerse al proponente que fue privado injustamente de la ejecución del contrato debe ser pleno, es decir el 100% del valor de la utilidad o lucro cesante que esperaba y tenía derecho a recibir lícitamente, la cual es definida en el Código Civil, en el artículo 1614, como "*la ganancia o provecho que deja de reportarse*".

A continuación se transcriben apartes del pronunciamiento de la Sala en este sentido, criterio que hoy es reiterado: ²¹

“Definido como está que el sujeto al que se priva ilegal e injustamente del derecho a ser adjudicatario del contrato se le causa un perjuicio material que se traduce en la pérdida de la utilidad esperada con la ejecución del contrato, y precisado también que esa utilidad esperada es lucro cesante por tratarse de un perjuicio futuro cierto, la Sala comparte lo dicho por el Tribunal para que el cálculo del valor de la indemnización incorpore, en este caso, el ciento por ciento (100 o/o) de esa utilidad y no el cincuenta por ciento (50o/o) como en otras oportunidades, en las cuales lo definió respecto de procesos de selección del contratista sometidos al decreto ley 222 de 1983. Ahora la Sala considera que, dada la naturaleza del perjuicio FUTURO Y CIERTO, en las más de las veces el quantum del mismo es determinable mediante la valoración de la propuesta que contiene por lo general LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS EN QUE INCURRIRÁ EL OFERTANTE de adjudicársele la licitación o el contrato, según su caso y de los demás medios de prueba que demuestren cuál sería el monto probable de la utilidad esperada, es decir la que no incorpora la fuerza de trabajo ni los costos directos ni indirectos en la realización del trabajo.

(...)

El monto exacto de la utilidad esperada podrá determinarse dejando de lado los valores correspondientes a los costos directos e indirectos en que habría de incurrir el contratista para ejecutar el objeto contratado, toda vez que, como bien se afirmó en la sentencia N° 11344, no es dable reconocer al proponente privado ilegal e injustamente de la adjudicación de valores o costos relativos a inversiones o gastos que no realizó, precisamente por la imposibilidad de celebrar y ejecutar el contrato. Cuando se dispone una indemnización correspondiente al 100 o/o de la utilidad esperada no se están reconociendo costos y esfuerzos en los que no incurrió el contratista, simplemente se está reconociendo el valor neto de la utilidad que habría obtenido el proponente de mejor derecho de haber sido favorecido con la adjudicación del contrato y de haberlo celebrado y ejecutado. El resarcimiento entendido como la “reparación que corresponde a la medida del daño” sólo se configura mediante el pago al damnificado del 100 % del valor esperado por concepto de utilidad, toda vez que es esa medida del daño, por lo general” (Resaltado fuera del texto).²²

Este criterio jurisprudencial es aplicable al sub-examine, porque aunque el hecho generador del daño no proviene de la no adjudicación del contrato, sino de la

²¹ Sección Tercera, Sentencia de 27 de noviembre de 2002, Exp.13792

²² Este criterio ha sido reiterado por la Sala, al respecto pueden consultarse las sentencias de 1° de marzo de 2006, Exp.15576, M.P. Alier E. Hernández Enríquez; de 31 de agosto de 2006, Exp.14287.

imposibilidad de su ejecución por razones imputables a la Administración, lo cierto es que se está privando a la contratista de su derecho a percibir la utilidad lícita y plena por ejecutar los trabajos contratados, razón por la cual, procede el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por este concepto mediante el pago del 100% de la utilidad o lucro cesante, injusta e ilegalmente dejado de percibir.

Se tiene entonces que la utilidad, que corresponde al 5% del valor de los costos directos de la propuesta, asciende a la suma de **\$ 1'343.121**, la cual representa el lucro cesante dejado de percibir por el contratista por no haber ejecutado la obra. La fecha probable para la terminación normal de la obra y la liquidación del contrato, ocurriría en el mes de septiembre de 1996²³, tomando en cuenta términos idénticos de 5 días tanto para los trámites que debía adelantar la Administración como para aquellos que correspondía cumplir a la contratista, toda vez que los mismos no fueron pactados en el contrato; igualmente, se tuvo en cuenta el plazo de 45 días pactado para la realización del mantenimiento de las plantas eléctricas objeto del contrato.

Indexación de la utilidad.

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

El fundamento legal de esta obligación se encuentra previsto en el artículo 4.8 y 5.1 de la Ley 80 de 1993, norma que establece el derecho del contratista a que se le mantenga el valor intrínseco de la remuneración pactada y el deber de la Administración de tomar las medidas necesarias para garantizar al contratista las condiciones económicas y financieras que se tuvieron en cuenta al momento de contratación o de la licitación o concurso, según el procedimiento adoptado para la selección del contratista.

²³ La fecha probable de la terminación de la obra se calculó teniendo en cuenta que el contrato fue suscrito el 27 de julio de 1996; que su plazo se pactó en 45 días contados a partir del perfeccionamiento del contrato, pero que solamente podía iniciarse después de efectuado el registro presupuestal y de constituida y aprobada la póliza de garantía; si para cada trámite se estima un plazo razonable de 5 días el contrato debió iniciar el 11 de julio y terminar el 26 de agosto de 1996 y se toman además, 5 días para la entrega de las obras y liquidación del contrato.

La jurisprudencia de la Sección Tercera²⁴ ha determinado el contenido y alcance de la actualización del dinero con el fin de que la indemnización sea integral, así:

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

Con fundamento en lo anteriormente señalado, se tiene que el valor de la utilidad a precios de septiembre de 1996, fecha probable de terminación de los trabajos y entrega de los mismos, debe actualizarse con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para lo cual se aplicará la siguiente fórmula:

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

V_p : Corresponde al valor presente

V_h : Es el valor histórico o inicial (\$ 1'343.121)

Índice Final: Es el IPC vigente a la fecha de este fallo (173,74)

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

$$V_p = \frac{\$ 1'343.121 \times 173,74 \text{ (marzo/2007)}}{70,90 \text{ (septiembre/ 1996)}}$$

$$V_p = \$ 3'291.309$$

El valor de la utilidad o lucro cesante calculado con el IPC al mes de enero de 2007, es de **\$ 3'291.309**

Resumen indemnización por perjuicios materiales

Total perjuicios materiales: \$ 3'291.309.

²⁴ Sección Tercera, Sentencia del 13 de mayo de 1988, Exp. 4303, M.P. Carlos Betancur Jaramillo y del 28 de octubre de 1994, Exp. 8092 del mismo ponente.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia de 16 de julio de 1998, dictada por el Tribunal Administrativo del Casanare, en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR infundada la objeción por error grave formulada por la actora contra el dictamen pericial rendido el 11 de julio de 1997.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 1715 de 31 de octubre de 1996, expedida por el Gobernador del Departamento del Casanare, mediante la cual se declaró la terminación del contrato No. 589 de 1996, celebrado entre el Departamento del Casanare y la señora Nohora Yolanda Chaparro de Torres.

TERCERO: DECLARAR que el Departamento del Casanare incumplió las obligaciones surgidas del contrato No. 0589 celebrado el 27 de junio de 1996, con la señora Nohora Yolanda Chaparro de Torres, cuyo objeto consistía en el mantenimiento de las plantas eléctricas del citado Departamento.

CUARTO: Como consecuencia de las declaraciones anteriores, **CONDÉNASE** al Departamento del Casanare al pago de la suma de TRES MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL TRESCIENTOS NUEVE PESOS (\$ 3'291.309) por concepto de utilidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

QUINTO: DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: No hay condena en costas.

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

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

COPIESE y NOTIFIQUESE. CUMPLASE.

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente

RUTH ESTELLA CORREA PALACIO

ENRIQUE GIL BOTERO

ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ
Ausente

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA