

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA

CONSEJERO PONENTE: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007)

Proceso número: 850012331000030901
Radicación número: 15324
Actor: Rubén Pérez Romero
Demandado: Departamento de Casanare
Referencia: Contractual- Apelación Sentencia

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 11 de junio de 1998, dictada por el Tribunal Administrativo de 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.

El señor Rubén Pérez Romero, representado mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción contractual, instauró demanda en contra del Departamento de Casanare, en escrito presentado ante el Tribunal

Administrativo de Casanare, el 23 de octubre de 1996, en el cual formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. *Declarar la nulidad en todas sus partes de la Resolución No. 01329 de fecha veintitrés (23) de Septiembre del corriente año (1996) proferida por el Gobernador de Casanare por medio de la cual resolvió dar por terminado el contrato 459 del 21 de junio de 1996, suscrito entre el Departamento de Casanare y el señor RUBÉN PÉREZ ROMERO.*

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 al demandante RUBÉN PÉREZ ROMERO, 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.*

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 con 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. 17 a 18 cd. ppal.)*

1.2. Los Hechos.

Los fundamentos fácticos de la demanda se resumen a continuación:

- a) El demandante celebró con el Departamento de Casanare el contrato No. 459 de 21 de junio de 1996, cuyo objeto consistía en ejecutar, por el sistema de precios unitarios, el cerramiento del Colegio Luis Carlos Galán Sarmiento, Vereda la Chaparrera, Municipio de Yopal, Departamento de Casanare. El valor total del contrato se pactó en la suma de \$39'999.343,25, con un plazo de 75 días calendario a partir de su suscripción.

- b) El contratista cumplió con todos los requisitos necesarios para la ejecución del contrato, tales como: constitución de garantías, publicación, registro presupuestal y la Administración, por su parte, impartió la aprobación a las garantías, ordenó el pago del anticipo pactado en la cláusula tercera del contrato y registró la cuenta en la Secretaría de Hacienda con el número 3394, el 2 de julio de 1996.
- c) El Departamento no canceló el anticipo pactado para poder iniciar la obra, a pesar del requerimiento escrito formulado por el demandante ante el Gobernador, el 6 de agosto de 1996, en su lugar, expidió la Resolución No. 1329 de 23 de septiembre de 1996, por medio de la cual dio por terminado el contrato con fundamento en situaciones fácticas y jurídicas que no corresponden a la realidad, acto administrativo que tiene vicios de nulidad.
- d) La Administración al dar por terminado el contrato, causó importantes perjuicios al contratista, quien no pudo obtener las ganancias que le hubiere reportado la ejecución de la obra, además de haber incurrido en gastos de contratación de personal y adquirir compromisos sobre compras de materiales, los cuales deben ser resarcidos por la entidad demandada. (fl. 18 a 19, cd. Ppal.).

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Como normas violadas del orden constitucional y legal señaló las siguientes:

De la Constitución Política: Artículos 2º, 6º, 25, 83, 90 y 209; del Código Civil: artículos 1602, 1603, 1546, 1613 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, 50, 51 y 77; del C.C.A.: artículos 14, 28, 35, 36, 74, 84, 85 y 87; el artículo 4º del Decreto 2251 de 1993 y el contrato No. 459 de 1996.

Como sustento de la violación de las normas citadas, adujo que la Administración no podía dar por terminado el contrato por ser ley para las partes, además de estar obligada a ejecutarlo de buena fe, pero que incurrió en incumplimiento que da lugar a demandar no solo el acto administrativo que declaró su terminación, sino la resolución del contrato, según lo previsto por los artículos 1546 del C.C., y 13 de la Ley 80 de 1993.

Sostuvo que con la expedición del acto acusado, sustentado en un presunto vicio de nulidad del contrato, el Departamento incumplió los postulados previstos en los artículos 4-9 y 5-1 de la Ley 80 de 1993; trasgredió los artículos 17 y 18 del mismo estatuto e incumplió el deber legal previsto en el artículo 26 ibídem.

Agregó que no se configuraba ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, además, que las presuntas irregularidades de la Administración, anotadas en el acto acusado, podían solucionarse a la luz del artículo 49 ibídem.

Consideró que el acto demandado adolecía de vicios de forma, porque la Administración desconoció el procedimiento prescrito por el artículo 77 del C.C.A., para que, el contratista, antes de la declaratoria de terminación del contrato, pudiera conocer la situación e hiciera valer sus derechos, de conformidad con las reglas indicadas en los artículos 14, 28, 35, 36 y 74 del C.C.A., toda vez que se estaba afectando una situación particular y concreta.

También acusó el acto impugnado de falsa motivación, porque en él se consignaron situaciones de facto que carecen de veracidad, puesto que la Administración generalizó la existencia de irregularidades en varios contratos que imposibilitaban su legalización y la extendió al contrato No. 459 de 1996, sin tener en cuenta que éste contrato ya se había legalizado.

Señaló que la omisión de la constancia de recibo de varias propuestas es un asunto que nada tiene que ver con el contratista, quien fue clasificado y escogido debidamente para contratar, además, de no tener entidad para ordenar la terminación unilateral del contrato por nulidad absoluta.

Finalmente, sostuvo que hubo desviación de poder porque las razones que llevaron a la Administración Departamental a expedir el acto cuya nulidad se invoca, no corresponden al interés general o al beneficio de 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.20 a 24, cd. ppal).

1.4. Actuación Procesal en primera instancia.

Por auto de 1º de noviembre de 1996, el Tribunal Administrativo de Casanare admitió la demanda, ordenó su notificación personal al Gobernador del Departamento y al Agente del Ministerio Público y dispuso su fijación en lista; también, reconoció personería al apoderado judicial del demandante (fls. 30 a 31, cd. ppal).

1.5. Contestación de la demanda.

Mediante apoderado judicial, el Gobernador del Departamento de Casanare se opuso a los hechos y pretensiones de la demanda; en su escrito, presentado dentro del término de fijación en lista, expuso las razones que se sintetizan a continuación:

Aceptó como cierto el primer hecho; respecto de los hechos segundo, cuarto, quinto, sexto y séptimo se atuvo a lo que resultara probado y, en cuanto al tercero, manifestó que no le constaba.

En su oposición a las pretensiones manifestó que el acto administrativo acusado, Resolución No. 01329 del 23 de septiembre de 1996, fue expedido de conformidad con la ley y se le dio oportunidad a la parte afectada de agotar la vía gubernativa, con lo cual el acto adquirió firmeza.

Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó así:

a) "*Legalidad del acto administrativo*" y b) "*Presunción de legalidad*", las cuales sustentó en el hecho de que el acto impugnado respetó los preceptos constitucionales y legales y los decretos reglamentarios que regulan la materia; se otorgaron los recursos de ley; su legalidad no ha sido desvirtuada y se expidió en razón del interés público.

c) "*Error de la parte actora en la comprensión de la realidad fáctico-jurídica para demandar*", la cual fundamenta en que el actor equivocadamente cree que: i) La Administración no podía dar por terminado el contrato por ser ley para las partes, lo cual es cierto en el derecho civil, pero no en el derecho público; ii) La Administración expidió la resolución de terminación del contrato para legitimar actuaciones, abstenciones, hechos u omisiones antijurídicos; iii) Existe vicio de forma en el acto expedido por no haberse citado al

contratista a fin de que hiciera valer sus derechos según las reglas del Código Contencioso Administrativo, cuando lo cierto es que se lo notificó el 25 de septiembre de 1996 y no interpuso recurso de reposición; iv) El acto que declaró la terminación del contrato tiene una motivación genérica traída de otros contratos al No. 459 de 1996, cuando la verdad es que existían serias irregularidades que quebrantaban la ley de contratación; v) El contrato no puede ser materia de revisión, puesto que ello es posible bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993 y en virtud de la facultad de control interno, según lo prescrito por los artículos 209 y 269 de la Constitución Política y el artículo 1º de la Ley 87 de 1993 y, vi) Las razones que dieron lugar a declarar la terminación del contrato fueron personales, cuando lo cierto es que, los motivos de esta decisión consistieron en el respeto a la ley de contratación. (fls. 48 a 51, cd. ppal).

1.6. La audiencia de conciliación.

El 16 de septiembre de 1997 se cumplió la audiencia de conciliación, diligencia en la cual se reconoció personería jurídica al apoderado de la entidad demandada. El apoderado de la parte actora manifestó su interés en conciliar a partir del dictamen rendido por los peritos; en respuesta, el apoderado del Departamento manifestó no tener ánimo conciliatorio y atenerse a la sentencia del Tribunal. (fl. 124 a 125, cd. ppal.)

1.7. La sentencia Apelada.

Es la dictada por el Tribunal Administrativo de Casanare, el 11 de junio de 1998, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda y se condenó en costas al demandante; la decisión se sustentó con los argumentos que a continuación se resumen:

En cuanto a las excepciones propuestas, sostuvo que la primera y segunda no son “*causales de excepción de mérito*” y que adicionalmente, no era necesario interponer el recurso de reposición para agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto el recurso de reposición no es obligatorio según lo dispuesto en el artículo 51 del C.C.A. Sobre la tercera consideró que no es propiamente una excepción, puesto que se refiere a situaciones que hacen parte del asunto a resolver.

En cuanto al asunto de fondo, señaló que no existía prueba de que la Gobernación de Casanare hubiera dado garantías a la parte actora, para que conociera los motivos por los cuales se le iba a finiquitar el contrato, pero que esto resultaba intrascendente.

Sostuvo que de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, se encontraba demostrado que en el procedimiento de selección del contratista tan solo se presentaron dos propuestas, pero ambas provenían de la parte actora, proceder que no sólo contraviene los principios de transparencia y selección objetiva consagrados en los artículos 24 y 29 de la Ley 80 de 1993, sino que, también viola el Decreto 855 de 1994.

Así mismo, advirtió que tampoco se allegó constancia de que la Administración hubiese invitado a participar a varios proponentes y que solo uno de ellos hubiere presentado oferta, es decir, no se encontraba probado que en la contratación celebrada entre el señor Pérez Romero y el Departamento de Casanare se hubiere garantizado la igualdad de oportunidades a los posibles oferentes para acceder a la contratación, circunstancia que impidió seleccionar la mejor oferta. Agregó que, en razón

de la cuantía del contrato, la cual ascendió a la suma de \$39'999.343,25, se requería de la pluralidad de ofertas al tenor de lo prescrito por el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y del Decreto 855 de 1994.

Afirmó que el acto administrativo que dio lugar a la terminación del contrato 459 de 1996 se encontraba debidamente motivado, por cuanto dicho negocio jurídico había sido celebrado contra expresa prohibición legal, con incumplimiento del principio de transparencia, circunstancia que vicia el procedimiento de contratación de manera absoluta y configura la causal 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Finalmente, concluyó que la Gobernación de Casanare actuó de conformidad con la ley. (fls. 132 a 142 cd. ppal).

1.7. El recurso de apelación.

Inconforme con la decisión, la parte actora, representada mediante apoderado judicial, interpuso recurso de apelación dentro del término que para el efecto establece la ley; en la sustentación del recurso solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia para que, en su lugar, se accediera a las pretensiones del libelo demandatorio. Los argumentos de la impugnación se sintetizan de la siguiente manera:

- a) Cuestionó la sentencia de primera instancia porque el Tribunal consideró intrascendente el hecho de que la Administración no hubiera permitido al contratista conocer las razones que dieron lugar a la terminación del contrato para que hiciera valer sus derechos.

- b) Igualmente, señaló que la sentencia impugnada no tuvo en cuenta que el acto administrativo acusado se encontraba falsamente motivado, como se evidencia del contenido del segundo de los considerandos.
- c) Con fundamento en que se presentaba irregularidad en la contratación por la falta de pluralidad de ofertas, el Tribunal de instancia negó las súplicas de la demanda, sin advertir que de conformidad con lo prescrito por el Decreto 855 de 1994 y lo establecido por la jurisprudencia, la presentación de una sola propuesta no impide la celebración del contrato ni viola el principio de concurrencia.
- d) La Administración negó al contratista todo derecho para la ejecución del contrato al no pagarle el anticipo, lo cual genera una indemnización a favor del actor, por los perjuicios causados.
- e) Agregó que existía antecedente jurisprudencial del mismo Tribunal, sentencia del 12 de septiembre de 1997, expediente 334, actor: Armando Avella Correa, mediante la cual se decidió un caso similar, en sentido contrario, declarando la nulidad del acto administrativo y condenando al Departamento al pago de los perjuicios; seguidamente transcribió apartes de dicha providencia.
- f) Concluyó que le asistía responsabilidad al Departamento por la actuación ilegal contenida en el acto acusado, razón por la cual solicitó la revocatoria de la sentencia y que en su lugar se reconociera al actor, la utilidad determinada en su propuesta, teniendo en cuenta también el dictamen pericial practicado en el proceso, el cual no fue materia de objeción por la parte demandada, con las respectivas actualizaciones. (fls. 154 a 157, cd. ppal).

1.8. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

De la parte demandada.

En su escrito de alegaciones, la entidad pública demandada, representada mediante apoderada judicial, solicitó la confirmación de la sentencia del Tribunal y reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda; además de manifestar su aquiescencia con la providencia dictada por el *a quo*. (fls. 170 a 171, cd. ppal).

La parte demandante no alegó de conclusión.

1.9. Concepto del Ministerio Público.

Dentro del traslado especial, el Ministerio Público emitió su concepto en los términos que a continuación se resumen:

Si bien es cierto que no se dio cumplimiento al requisito exigido por el artículo 3º del Decreto 855 de 1994, puesto que las dos propuestas presentadas provenían del mismo oferente, también lo es que dicha irregularidad no es constitutiva de nulidad absoluta del contrato y, en consecuencia, la Administración no se hallaba autorizada para terminar unilateralmente el contrato.

La irregularidad invocada en el acto administrativo acusado, como fundamento de la terminación unilateral del contrato, no se enmarca dentro de la segunda causal de nulidad prevista por el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, toda vez que ella se refiere al evento de la celebración de contratos a

pesar de existir expresa prohibición en la Constitución Política o la ley y no a la infracción en general de los citados ordenamientos.

Consideró que no toda infracción al ordenamiento jurídico configura causal de nulidad, puesto que éstas, como medidas excepcionales que afectan la validez del contrato, deben estar expresamente previstas por la ley.

Concluyó que en el caso examinado no se trataba de la celebración de un contrato contra expresa prohibición legal o constitucional, sino de la omisión de un requisito exigido para su celebración, por una norma reglamentaria, la cual no tiene el alcance de constituir una causal de nulidad, como concluyó el Tribunal de instancia. (fls. 175 a 182, cd. ppal.).

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. 459 de 1996, celebrado con el demandante, cuyo objeto consistía en ejecutar, por el sistema de precios unitarios, la instalación de la malla de cerramiento del colegio Luis Carlos Galán Sarmiento, en la Vereda La Chaparrera, Municipio de Yopal, Departamento de Casanare, decisión que se fundamentó en el hecho de haberse incurrido en la violación del procedimiento de selección, establecido por la ley, para la contratación directa.

El estudio del asunto sometido a examen de la Sala se abordará en el siguiente orden: i) Competencia de la Sala; ii) Los procedimientos establecidos en la ley para la escogencia del contratista; iii) Los principios

que rigen la selección del contratista; iv) La aplicación de los principios de la contratación en la modalidad de contratación directa; v) Condiciones de validez del contrato; vi) Causales de nulidad absoluta del contrato previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993. La causal contenida en el numeral 2º; vii) La facultad excepcional de terminación unilateral del contrato prevista en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993; viii) Diferencias entre la terminación unilateral del contrato y la nulidad absoluta; ix) El caso concreto x) La declaratoria oficiosa de la nulidad del contrato de obra No. 459 de 1996 y el deber de las restituciones mutuas; xi) Los perjuicios reclamados por la parte actora.

2.1.- La competencia de la Sala.

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Casanare, 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.

2.2.- Los procedimientos establecidos en la ley para la escogencia del contratista.

La selección del contratista no está supeditada a la libre discrecionalidad o arbitrio de la Administración pública, sino que, por el contrario, debe sujetarse rigurosamente a ciertos requisitos y procedimientos establecidos en la ley, mediante los cuales se busca garantizar que el contrato sea celebrado con la persona idónea y mejor capacitada para lograr la satisfacción de las necesidades colectivas, en un marco inspirado por los principios de publicidad, transparencia, moralidad, selección objetiva, libre concurrencia e igualdad, entre otros.

La Ley 80, expedida en el año de 1993, en su artículo 24, al consagrar el principio de transparencia, impone como regla general que toda escogencia de contratistas, se encuentre precedida del procedimiento administrativo de la licitación o concurso públicos y sólo en algunos casos especiales, que el legislador ha señalado expresamente, autoriza la selección mediante el procedimiento de la contratación directa.

Significa entonces, que en el ordenamiento jurídico vigente, la escogencia del contratista siempre debe realizarse mediante un procedimiento de selección, el cual en la mayoría de los casos debe corresponder a la licitación o concurso públicos o, excepcionalmente, al de la contratación directa.

2.2.1.- La licitación o concurso públicos.

El Parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, define la licitación pública, como *“el procedimiento mediante el cual la entidad formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.”*

De esta definición legal debe entenderse la licitación como un procedimiento administrativo, conformado por una serie de actuaciones armonizadas entre sí, que provienen tanto de la Administración como de los oferentes, las cuales son de público conocimiento, con el fin de seleccionar, en condiciones de igualdad, la mejor propuesta que satisfaga el interés público.

También se ha definido la licitación pública como un procedimiento administrativo, preparatorio de la voluntad contractual¹, conformado por un conjunto de actos combinados entre sí, con unidad de efectos jurídicos,² el cual tiene como finalidad escoger al contratista más idóneo y que ofrezca las condiciones más favorables para la Administración, dentro de los límites y formalidades fijados por la ley, en protección de la legitimidad de la contratación y del interés público.

La jurisprudencia de la Sala, en sentencia de 22 de julio de 1996, se ocupó del tema del procedimiento de la licitación pública, su definición, naturaleza, características y finalidad; así puntualizó:

*“La licitación es el procedimiento generalmente utilizado. De ella puede decirse, de manera descriptiva, que tiene las siguientes características: 1. Es un procedimiento previo a través del cual se regula la forma de celebración de los contratos administrativos o estatales, con la finalidad de seleccionar a quien ofrece las mejores condiciones. 2. Consiste en una invitación pública para que los interesados hagan propuestas, ciñéndose a las bases previstas, esto es, al pliego de condiciones. 3) De las propuestas la Administración selecciona la más favorable y a ella le adjudica el contrato. 4) El procedimiento se funda, para lograr la finalidad que busca la Administración, entre otros, en los principios de igualdad, transparencia, economía y cumplimiento del pliego de condiciones.”*³

Sobre la forma en que debe estructurarse el procedimiento de selección del contratista en la modalidad de licitación o concurso públicos, el Estatuto de Contratación actualmente vigente establece, en su artículo 30, las reglas que lo rigen y que, por lo tanto, tienen efectos vinculantes tanto para la Administración pública como para los participantes en la convocatoria, a la vez que señala las etapas que deben ser agotadas.

¹ DROMI, Roberto José; *“la Licitación Pública”*; Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, Pág. 123.

² ESCOBAR GIL, Rodrigo; *“Teoría General de los contratos de la Administración Pública”* Ed. Legis, Bogotá, 2000, Pág. 173.

³ Sección Tercera, Sentencia de 22 de julio de 1996, expediente 10313, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

De conformidad con la disposición referida, antes de ordenar la apertura de la licitación o el concurso, en desarrollo del principio de planeación, la entidad pública deberá verificar que cuenta con la respectiva partida presupuestal para adelantar el proyecto, así mismo deberá elaborar los estudios técnicos y de conveniencia requeridos que justifiquen la contratación y señalen sus principales características junto con las condiciones que al respecto existan en el mercado; igualmente, está facultada para elaborar los respectivos pliegos de condiciones en los cuales se determine claramente el objeto de la contratación, los términos en que ésta se llevará a cabo, los derechos y obligaciones de las partes, la forma en que se hará la selección del contratista con indicación de los respectivos criterios o factores de evaluación; dichos pliegos o términos de referencia deberán acoger las orientaciones contenidas en el numeral 5º del artículo 24 del Estatuto Contractual.

Al respecto, cobra especial relevancia el hecho de que la ley faculte a la Administración pública para regular, con una amplia libertad de configuración, de manera específica y particular a través del pliego de condiciones, algunos aspectos de la licitación, los cuales, al igual que las disposiciones legales, tendrán fuerza vinculante tanto para la entidad pública como para el convocado.

El mismo artículo 30, también dispone acerca de los actos decisorios que se expiden durante el procedimiento de la licitación o el concurso y sobre aquellos de trámite que se requieren para darle impulso; la oportunidad para hacerlo; las diligencias, actuaciones o audiencias que deben cumplirse durante su desarrollo; el plazo de la licitación o concurso dentro del cual los interesados deben presentar las propuestas y los requisitos que las mismas

deben cumplir; el plazo para la evaluación de las ofertas; las formalidades y efectos del acto de adjudicación, así como y su publicidad, entre muchas otras cuestiones de importancia.

Es claro entonces, que el procedimiento de la licitación o concurso públicos, contenido en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, hace parte de la función administrativa que desarrollan las entidades del Estado y, como tal, constituye un procedimiento administrativo orientado por los mismos principios que regulan dicha actividad. Así mismo, dicha norma legal, por contener y reglar un procedimiento, es de orden público y de obligatorio cumplimiento, razón por la cual, la Administración está en el deber legal de acatar estrictamente sus mandatos, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato.

Además de lo anterior, resulta pertinente destacar, en referencia al concurso público, lo dispuesto por el inciso primero del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en armonía con lo prescrito por el parágrafo de la misma disposición a cuyo tenor *“Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública.”*; sin embargo, la norma legal en comento unificó el procedimiento para la licitación y el concurso públicos, al disponer que deben adelantarse con sujeción a las mismas reglas, de tal suerte que la distinción entre uno y otro no se da por el trámite que en ellos se agota, sino en razón del objeto a contratar, (*“estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados”*), distinción que en la práctica no tiene mayor incidencia, en la medida en que el procedimiento de selección resulta idéntico y, por ende, a diferencia sólo obedece a un aspecto de nominación dado por la ley, en razón del objeto del contrato.

Así las cosas, el procedimiento administrativo de selección del contratista mediante el denominado “*concurso público*”, no requiere de consideraciones adicionales, por cuanto realmente la ley lo ha asimilado al de la “*licitación pública*”.

2.2.2.- La contratación directa.

Constituye una forma de escogencia del contratista, excepcional a la regla general de la licitación, mediante un procedimiento administrativo distinto al previsto para la referida regla general, de ordinario y en contraste con aquella, más ágil y expedito, atendiendo las circunstancias de cada caso particular según lo indicado por la ley, pero sin que ello signifique, en modo alguno, que la aplicación de este procedimiento faculte a la Administración para apartarse de los principios que orientan su actividad, en general y el régimen de contratación estatal, en particular.

El numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, estableció de manera precisa, aquellas hipótesis en las cuales la Administración se encuentra facultada para contratar directamente; el legislador no sólo consagró los eventos en que es posible y válido acudir a la contratación directa, sino que también se ocupó de ordenar, al ejecutivo, la expedición de un reglamento de contratación directa, en virtud de las facultades contenidas en el párrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Así pues, el Gobierno Nacional expidió el Decreto reglamentario 855 de 1994⁴, el cual estableció, en el artículo 3º, algunos aspectos para la selección del contratista en forma directa, pero sin consagrar un verdadero

⁴ El artículo 3º del Decreto 855 de 1994, fue derogado por el artículo 29 del Decreto 2170 de 2002.

procedimiento para esta forma de selección⁵ sino que, tan sólo fijó y reafirmó algunas pautas básicas para adelantar la selección del contratista en forma objetiva, de tal manera que al proceder con sujeción a la misma, las entidades estatales, necesariamente, debían consultar y observar los principios orientadores de la función pública y aquellos que son propios de la actividad contractual del Estado.

Con ello se quiere puntualizar que el hecho de que la norma legal no hubiere consagrado un procedimiento claro y preciso para la contratación directa, por parte de las entidades estatales, no constituye razón justificativa alguna para que las mismas procedan a seleccionar discrecionalmente a los contratistas, toda vez que la Constitución Política y las leyes vigentes (Ley 80 de 1993) les imponen el deber de aplicar los principios que orientan la actividad contractual y la actividad administrativa en general.

Queda entonces claramente establecido que tanto la licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la ley de contratación, los cuales, en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso.

2.3.- Los principios que rigen la selección de los contratistas por parte de las entidades estatales.

Independientemente del procedimiento de selección del contratista que la ley ha establecido, según cada caso, existen muchos y variados principios de

⁵ El Decreto 2170 de 2002, estableció el procedimiento para la contratación directa.

linaje constitucional y legal que informan la actividad contractual como función administrativa que es, los cuales, además, cumplen la función de incorporar en el ordenamiento positivo los valores éticos que deben orientar cada una de las actuaciones que adelantan las entidades del Estado.

El procedimiento no puede confundirse con los principios que lo orientan, por esto, con justificada razón, la doctrina nacional autorizada ha sostenido que, *“los principios de la contratación estatal son sustancialmente distintos a los simples y formales procedimientos administrativos de escogencia del contratista”*. Así mismo, ha dicho que *“El procedimiento es tan sólo un medio para garantizar los principios.”*⁶

Con arreglo a los postulados del artículo 4º constitucional, a cuyo tenor *“la Constitución es norma de normas”* y *“en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales”*, resulta claro que la Constitución como norma de jerarquía superior, así como los principios que de ella emanan, se proyecta sobre la totalidad del ordenamiento jurídico, incluidas en el tanto las leyes y los actos que se asimilan a ella, como también, todos los demás actos jurídicos⁷, de tal suerte que no pueden concebirse sino con base en los principios constitucionales.

La Carta Suprema en su artículo 209⁸ ordena que el ejercicio de la función administrativa se encuentra sometido a los principios de igualdad, de

⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Contratación Indebida, Universidad Externado de Colombia, 2004, Bogotá, pág. 226.

⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *“Derecho Administrativo”*, 14ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 2005, Pág. 236.

⁸ *“Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad,*

moralidad, de eficacia, de economía, de celeridad, de imparcialidad y de publicidad, razón por la cual en la medida en que la contratación estatal puede identificarse como una actividad administrativa, necesariamente deben aplicársele estos mismos principios, sin perjuicio de muchos otros que también forman parte del texto constitucional y que revisten enorme importancia en relación con las actividades de las entidades del Estado.

Uno de tales principios, por ejemplo, es el de legalidad previsto en los artículos 6 y 121 de la Constitución Política, según el cual, todas las actuaciones que adelanten las autoridades del Estado deben estar previamente atribuidas por la Constitución Política y la ley; este principio fundamental en modo alguno podría considerarse ajeno a la actividad contractual del mismo Estado, puesto que sólo en la medida en que las actuaciones que adelanten las entidades públicas, durante las etapas de selección de los contratistas o durante la ejecución de los contratos se ajusten rigurosamente al ordenamiento jurídico, se podrán tener por válidos los actos y contratos correspondientes.

De la misma manera el principio de prevalencia del derecho sustancial que la Carta Política consagra en su artículo 228, aunque podría considerarse rector de la Administración de Justicia, indudablemente resulta de importante aplicación en relación con el ejercicio de la función que cumplen las autoridades administrativas, de tal suerte, que si en ese campo se presenta alguna colisión entre aspectos o regulaciones de índole objetiva para con el derecho sustancial, éste está llamado a prevalecer.

imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (...)”

También es posible identificar otros principios de orden legal que orientan la actividad contractual de la Entidades Estatales, como por ejemplo aquellos previstos expresamente por la Ley 80, como el de transparencia, el de economía y el de responsabilidad, los cuales no pueden concebirse como únicos o exclusivos, es decir, ellos no agotan la totalidad de los principios que deben tenerse en cuenta en el desarrollo de la actividad contractual de los entes públicos, por cuanto hay muchos otros como el de la buena fe, el de la libre concurrencia, el de selección objetiva, que son consustanciales a aquellos, en la medida en que dependen uno del otro, como a continuación se analizará.

2.3.1.- El principio de transparencia.

Encuentra consagración positiva en el artículo 24 del Estatuto de Contratación Estatal actualmente vigente; instituido por el legislador como uno de los más importantes pilares de la etapa precontractual, para la escogencia del contratista por parte de las entidades públicas.

La transparencia, en criterio de la Corte Suprema de Justicia⁹ que esta Sala comparte, *“quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina. (...) Se trata de un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicados a la función administrativa”*.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 19 de diciembre de 2000, Exp.17088, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

La transparencia no busca otra cosa que dotar de pulcritud y claridad a las actuaciones de la Administración, descartando así todas aquellas conductas que resultan opacas, ensombrecidas, clandestinas u ocultas y por tanto, ajenas al interés público y a los fines de la contratación de los entes estatales.

En materia de contratación pública, la principal aplicación del principio de transparencia tiene cabida en el área propia de la selección de los contratistas, en la cual se ubican los procedimientos administrativos que, en todos los casos, deben edificarse sobre las bases de. i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la Administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; v) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la Administración.

Así pues, el principio de transparencia guarda íntima e inescindible relación con otros principios como el de igualdad, el de imparcialidad, el de selección objetiva, el de publicidad, todos los cuales son de la esencia misma de la función administrativa y obviamente están inmersos en la actividad contractual que hace parte de ella.

Este principio determina la necesidad de que la actividad contractual se cumpla de manera pública e imparcial, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la contratación, la selección objetiva de los

contratistas y la moralidad administrativa por parte tanto de los funcionarios como de los particulares interesados en la contratación.¹⁰

La obligatoria observancia del principio de transparencia - bueno es precisarlo-, en modo alguno podría considerarse exclusiva del procedimiento administrativo de la licitación o el concurso públicos, toda vez que el mismo también está llamado a irradiar sus efectos sobre cualquier actuación que se cumpla en orden a realizar la selección del contratista por parte de una entidad estatal, incluyendo, claro está, los casos autorizados para contratar de manera directa, de tal suerte que la violación de sus reglas, aún en estos eventos, viciará la validez del respectivo procedimiento de contratación y aun del contrato mismo.

2.3.2.- El principio de economía.

Este principio orientador ha sido previsto por el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el cual, en términos generales, tiene como finalidad asegurar la eficiencia de la Administración en la actividad contractual, traducida en lograr los máximos resultados, utilizando el menor tiempo y la menor cantidad de recursos con los menores costos para el presupuesto estatal.

En desarrollo de este principio, la norma legal en cita busca asegurar la selección objetiva del contratista mediante procedimientos y etapas estrictamente necesarios, que se cumplan dentro de términos preclusivos y perentorios, bajo el impulso oficioso de la Administración, con el fin de evitar dilaciones en la escogencia; bajo esta misma orientación, la propia normatividad señala que la interpretación de las disposiciones que regulan

¹⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, “*Derecho Administrativo*”, 14ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 2005, Pág. 395.

los procedimientos contractuales no debe dar lugar a trámites diferentes o adicionales y proscribe la falta de decisión de la Administración cuando ella se fundamenta en defectos formales o inobservancia de requisitos; ordena que las reglas del procedimiento se pongan al servicio de los fines estatales y la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos, al tiempo que propende por la adopción de procedimientos que solucionen prontamente las controversias.

Otro de sus significativos propósitos, en íntima conexión con el principio de planeación, consiste en el ideal de lograr que la actividad contractual no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad; en tal sentido, la norma ordena que con anterioridad a la decisión misma de emprender un determinado procedimiento de selección contractual, mediante licitación o de forma directa, entre otras cuestiones de máxima importancia, la Administración verifique la existencia de la disponibilidad presupuestal requerida para respaldar los compromisos que puedan surgir para la entidad, como resultado de dicha selección; realice los estudios de conveniencia, técnicos, económicos, jurídicos y de mercado a los que haya lugar; que elabore los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia y obtenga todas las autorizaciones y aprobaciones requeridas para la ejecución del proyecto concreto.

Para la efectividad del principio referido, la norma ordena la eliminación, tanto de trámites innecesarios como de revisiones o aprobaciones administrativas posteriores al acto de adjudicación y a la celebración del contrato, como de la intervención de los organismos de control y vigilancia en el procedimiento de contratación, salvo la solicitud de la audiencia pública en caso de licitación; de otra parte, autoriza la delegación de la contratación en la cuantía que

determinen las respectivas juntas directivas, con el fin de impartir celeridad y eficiencia a la actividad contractual.

Otra manifestación de este principio se encuentra en la supresión de la exigencia de documentos originales, autenticaciones, reconocimiento de firmas u otras formalidades, salvo exigencia legal expresa, a la vez que, prohíbe el rechazo de ofertas por la ausencia de documentos o requisitos no necesarios para su comparación, determinando que, la declaratoria de desierta de la licitación únicamente procede por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva del contratista.

Estas reglas, que junto con muchas otras, hacen parte del principio de economía apuntan a asegurar: i) la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal o puramente adjetivo; ii) la verdadera y real planificación de las actividades de la Administración; iii) la eliminación de trámites innecesarios, demorados y engorrosos; iv) la optimización del tiempo y de los recursos de que dispone la Administración en todas a etapas del contrato; v) la atención real y oportuna de las peticiones que formulen los contratistas; vi) la solución de las diferencias suscitadas en razón del contrato en la instancia administrativa, para evitar difíciles y costosos procesos judiciales.

2.3.3.- El principio de responsabilidad.

El artículo 26 de la Ley 80 de 1993, consagra otro vital principio de la actividad contractual, en virtud del cual, se prevé buena parte de la responsabilidad, tanto de los servidores públicos¹¹ como de los contratistas,

¹¹ El numeral 2° del artículo 2° de la Ley 80 establece que para los efectos de la ley de contratación se denominan servidores públicos: “a) *Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones*

por las actuaciones u omisiones antijurídicas que desplieguen o dejen de hacer, según el caso, en asuntos de índoles contractual, al tiempo que les impone el deber de indemnizar los daños que ocasionen con ellas.

Entre las reglas previstas por esta norma se subraya el deber en que se encuentran los servidores públicos de cumplir a cabalidad con los fines de la contratación y vigilar la correcta ejecución del contrato para proteger los derechos de la entidad, los del contratista colaborador de aquella y los de terceros que pueden verse afectados con su ejecución.

Igualmente, establece responsabilidad de las entidades estatales¹² y de los servidores públicos durante la etapa precontractual por abrir licitaciones o concursos sin haber realizado los estudios técnicos y evaluaciones necesarias o sin haber elaborado previamente los pliegos de condiciones o términos de referencia o, cuando éstos, a pesar de haber sido elaborados, resultan incompletos ambiguos o confusos y dan lugar a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo.

La misma norma determina como único responsable de la dirección y el manejo de la actividad contractual, al jefe o representante de la entidad estatal y prohíbe que ésta se traslade a los cuerpos colegiados directivos, a

de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.

b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas.”

¹² El numeral 2º del artículo 2º de la Ley 80 denomina como entidades estatales para efectos de la ley de contratación a : “a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.”

los comités asesores o a los organismos que ejercen el control y de esta manera evitar la atomización de la responsabilidad con lo cual podría ocurrir que, al final, ningún funcionario responda por las conductas antijurídicas respectivas.

Así la ley de contratación determina, en gran medida, el campo de la responsabilidad de las entidades públicas, de los servidores públicos y de los contratistas del Estado, por razón de sus actuaciones y omisiones, cuando quiera que con ellas se causen perjuicios a una o varias de las partes de una relación contractual.

2.3.4.- El principio de selección objetiva.

Este principio se encuentra expresamente consagrado por el artículo 29 del Estatuto Contractual, a cuyo tenor, la selección del contratista debe ser objetiva, a propósito de la cual precisa que tal finalidad se concreta cuando recaer sobre el ofrecimiento más favorable a los intereses de la entidad pública y a los fines buscados con la contratación, sin que prevalezcan en dicha escogencia factores de índole subjetiva.

La misma norma se ocupa de definir que se entiende por ofrecimiento más favorable, aquel que resulte ser el mejor a la luz de los factores o criterios de selección contenidos en los pliegos de condiciones que sirven de fundamento para la comparación de ofertas y la selección del contratista; entre ellos se enuncian, el cumplimiento, la experiencia, la organización, los equipos ofrecidos, los plazos propuestos, el precio y la ponderación detallada y concreta de los mismos, sin que la favorabilidad pueda resultar de factores no previstos en los pliegos. Estos aspectos, al tenor de la citada norma, deberán tenerse en cuenta no solo cuando la selección se hace mediante el

procedimiento de la licitación o el concurso públicos, sino también cuando ésta se adelanta mediante contratación directa.

Resulta entonces claro que, en aplicación de este principio, la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa; en consecuencia, la escogencia de un ofrecimiento que no haya logrado la máxima puntuación, obedecería a criterios diferentes a los plasmados en los documentos que rigieron la selección, lo cual viciaría de nulidad tanto el acto de adjudicación como el contrato celebrado bajo estas condiciones, en razón de haberse desconocido el principio de selección objetiva.

Este principio no puede concebirse como algo independiente de los principios de transparencia, publicidad, igualdad, imparcialidad y buena fe, que son de la esencia de la contratación estatal, en la medida en que, el principio de selección objetiva se sirve de aquellos para cumplir su finalidad.

En efecto, en los pliegos de condiciones se establecen las reglas de juego que deben servir de fundamento para la selección del contratista y la futura contratación; en consecuencia, tales documentos deben contener reglas claras, objetivas e imparciales para que los interesados participen en igualdad de condiciones, así como deben contener los criterios de selección y la ponderación precisa, detallada y completa de los mismos, con sujeción a lo cual debe realizarse la evaluación comparativa de las ofertas.

Dichas reglas deben ser puestas en conocimiento de todos los interesados en participar, sin que sea posible modificarlas al momento de efectuar la selección del contratista, con lo cual se honran los principios de

transparencia, publicidad, igualdad, imparcialidad y buena fe. Pero además, las reglas contenidas en los pliegos de condiciones constituyen el fundamento para la valoración de los ofrecimientos hechos y la selección del contratista que sólo será objetiva si se cumplen a cabalidad.

La selección objetiva del contratista, en el procedimiento de contratación directa, debe aplicarse con el mismo rigor y alcance que le son propios, sin que pueda confundirse la observancia de dicho principio con el solo hecho de haber exigido pluralidad de ofertas, pero dejando de lado el aspecto más importante, cual es el consistente en que, antes de adelantar el procedimiento administrativo de selección inspirado por los principios de transparencia y de selección objetiva, la entidad pública debe fijar las pautas, criterios y reglas que serán aplicables al momento de evaluar las ofertas y, con arreglo a ellas, elegir la más favorable.

2.3.5.- El principio de buena fe.

El principio general de la buena fe o "*bona fides*", como valor ético de la confianza, aplicable a toda clase de relaciones jurídicas, bien sean en el Derecho Privado o en el Derecho Público, encuentra consagración en el artículo 83 de la Carta Suprema, 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.*"

En el Derecho Privado el principio de la buena fe en materia contractual, encuentra consagración expresa en los artículos 1603 del C.C. según el cual "*los contratos deben ejecutarse de buena fe*"; 863 del C. de Co. por cuya virtud "*las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el*

período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen” y, 871 del mismo estatuto mercantil en cuanto dispone que *“los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe”*.

En el plano de los contratos estatales la Ley 80, consagra el principio general de la buena fe, como orientador de la actividad contractual, tanto en la etapa de formación del contrato, como en la de ejecución y aún en la de liquidación, dado el interés público que se encuentra comprometido con la contratación estatal.

Varias son las manifestaciones que acerca de la aplicación de este principio se encuentran en el Estatuto de Contratación Estatal; así el artículo 5-2, al indicar los deberes de los contratistas ordena que éstos *“obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamientos que pudieran presentarse”*; por su parte, el artículo 23 establece que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal estarán regidas por los principios generales del derecho, entre los cuales se encuentra el de la buena fe; de la misma manera, el artículo 28 dispone que en la interpretación de las normas sobre contratos y de las cláusulas y estipulaciones contractuales, se tendrán en consideración los mandatos de la buena fe, la igualdad y equilibrio entre prestaciones.

En palabras de Escobar Gil,¹³ la función jurídica del principio general de la buena fe en la contratación estatal no se limita a orientar la interpretación de las normas y cláusulas contractuales como parece deducirse de una interpretación exegética del artículo 28 de la Ley 80 de 1993, sino que, por tratarse del fundamento de la institución cumple una importante labor

¹³ ESCOBAR GIL, Rodrigo; ob. Cit, Pág. 467.

integradora de las normas que disciplinan la materia y en las estipulaciones que acuerdan las partes para regular las relaciones jurídicas que emanan del contrato.

El principio de la buena fe impone, por tanto, a las partes, una actitud de lealtad mutua, de fidelidad, honestidad y permanente colaboración en la relación contractual con el fin de garantizar la ejecución óptima y eficiente del objeto contractual y procurar la satisfacción de los fines de interés público comprometidos con la contratación.

Bajo este contexto, es claro que el principio de la buena fe en la relación contractual reviste especial importancia, de una parte como norma de conducta en los distintos momentos del contrato y de otra principalmente, en la preservación de la equivalencia o proporcionalidad entre las prestaciones desde el inicio del contrato y durante su ejecución, como manifestación de equidad, dado que en ellos cada parte se obliga a una prestación a cambio de que la otra se obligue a la propia, regla "*do ut des*", (te doy para que me des), es decir, que entre las partes surgen derechos y obligaciones que conforman la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas.

En la etapa de formación del contrato, el principio general de la buena fe necesariamente está llamado a orientar el procedimiento de selección del contratista, cuestión que ha de materializarse desde la elaboración del pliego de condiciones, documento que debe reflejar la realidad técnica y financiera del proyecto a contratar, previa elaboración de estudios juiciosos y completos, la Administración no puede improvisar en sus pliegos el alcance, costo y tiempo de ejecución del proyecto, partiendo de supuestos que no han sido analizados y comprobados, puesto que una conducta tal, atentaría contra el principio de la buena fe contractual.

Como manifestación de este principio, el artículo 24 de la Ley 80 exige que en los pliegos de condiciones se definan reglas claras justas y completas, se determinen con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes obras y servicios, se incluyan reglas que no induzcan a error a los proponentes y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitadas; de igual forma prohíbe incluir condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, exenciones de responsabilidad de la entidad pública derivadas de datos, informes o documentos suministrados.

Por su parte, el proponente también debe lealtad a la Administración, por lo cual su propuesta debe contener información cierta acerca de su capacidad para contratar y sus calidades particulares como de aquellos aspectos técnicos y financieros que atañen al objeto de la contratación, sin que con tal información pueda inducirse a error a la Administración para llevarla a adjudicar el contrato a quien no tenía derecho o estaba en imposibilidad de contratar, puesto que esta clase de conductas vicia de nulidad el acto de adjudicación y el contrato, a la vez que genera responsabilidad del contratista seleccionado por los perjuicios que con ello ocasione a la Administración.

La doctrina nacional autorizada enseña sobre el comportamiento que el proponente debe asumir frente a la Administración en la etapa de formación del contrato, en el siguiente sentido:

“La buena fe exige un comportamiento acorde con la obligación que asume cada una de las partes; ella no es una regla exclusiva de la Administración. El proponente también debe acatarla en la elaboración de su oferta, so pena de que al presentar una propuesta, incompleta, confusa, ambivalente, artificial, etc., sea descalificada, lo que ocurriría por ejemplo con quienes formulen propuestas en condiciones económicas artificialmente bajas, o que se base en información no

verídica, o que oculten las prohibiciones o causales de inhabilidad o incompatibilidad en que estén incursos, dando lugar al fracaso de la contratación o que se celebre el negocio jurídico afectado de nulidad, tal como se analiza en el capítulo séptimo. Debe, por tanto, abstenerse de suministrar datos inexactos o desfigurados para obtener una adjudicación. Toda actuación fraudulenta le acarreará las sanciones económicas y personales, en cuanto con ellas se afecte a la Entidad o a quienes intervienen en la contratación, de conformidad con el artículo 52 de la Ley 80 de 1993.”¹⁴

Por su parte la Administración, en el momento de adjudicar, está en el deber de aplicar con claridad y exactitud los criterios de ponderación y evaluación establecidos en el pliego de condiciones, sin que le sea posible valerse de interpretaciones subjetivas para acomodar a su capricho los resultados de la calificación de las propuestas y de esta manera adjudicar el contrato motivada por razones diferentes al interés público, es decir, que su obrar en esta etapa debe consultar el principio de la buena fe.

Igualmente, en la etapa del cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato se impone la aplicación del principio general de la buena fe, con el fin de que las partes asuman una conducta de colaboración leal y de mutua confianza, toda vez que se requiere el concurso decidido de ambas para que tales exigencias legales, se cumplan en la oportunidad debida, de lo contrario, el contrato puede fracasar o demorar su ejecución con el consecuente incremento en sus costos.

Durante la ejecución del contrato adquiere especial significación el principio de la buena fe, en varios aspectos; uno de ellos es el ejercicio de las potestades o prerrogativas excepcionales de que está investida la Administración, de tal suerte que sólo le es dable ejercerlas con fundamento

¹⁴ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. “La Contratación de las Entidades Estatales” 3ª Edición. 2001, .Pág. 210.

cierto en las causales expresamente consagradas en la norma, previa observancia del derecho fundamental al debido proceso respecto de su colaborador contratista, puesto que resulta contrario a la mutua confianza que se deben las partes intervinientes en el contrato que la Administración de manera sorpresiva y sin aviso alguno, procediera a ejercer alguna facultad excepcional y menos aun las que, como la declaratoria de caducidad administrativa, revisten carácter eminentemente sancionatorio.

Otro aspecto, en el cual las partes deberán guardar una conducta leal, dice relación con el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, pero sobre todo en aquellas situaciones en las cuales se hace necesario el restablecimiento económico de la ecuación contractual, principal aplicación del principio de la buena fe, como se dijo anteriormente.

El profesor González Pérez¹⁵, al referirse al principio de la buena fe contractual en la ejecución del contrato, expresa que lo exigido es que cada parte haga honor a la confianza que hay en ella depositada, que se atienda a las imposiciones de la lealtad y al principio de equivalencia de prestaciones, que deseche cualquier tentativa de enriquecimiento injusto a costa de su co-contratante y que no exija el cumplimiento de prestaciones onerosas para la otra parte e inútiles para quien las reclama.

En desarrollo del principio mencionado de la buena fe y la equivalencia de las prestaciones mutuas originadas en la relación negocial, el artículo 27 de la Ley 80 estableció el deber de mantener en los contratos estatales la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar y autorizó a las partes a adoptar, en forma inmediata,

¹⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “*El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*” Ed. Civitas, S.A. 1983, Pag 241.

las medidas necesarias para su restablecimiento mediante la suscripción de pactos o acuerdos que aseguren el pago de los mayores costos, de conformidad con las disponibilidades presupuestales.

Este mandamiento legal constituye una clara expresión de la aplicación del principio general de la buena fe en los contratos celebrados por el Estado y se erige en el fundamento para reconocer al contratista los mayores costos en los que pueda incurrir por circunstancias no imputables a su conducta, en cuanto alteren la ecuación económica del contrato.

La Corte Constitucional,¹⁶ acogiendo la jurisprudencia que sobre la materia había desarrollado el Consejo de Estado, sostuvo lo siguiente:

“Las exigencias éticas que se extraen del principio de la bona fides, coloca a los contratantes en el plano de observar con carácter obligatorio los criterios de lealtad y honestidad, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato que, a su vez, se concreta en un conjunto de prestaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de las partes y según la naturaleza del contrato, las cuales comprenden, inclusive, aquella de proporcionarle al contratista una compensación económica para asegurarle la integridad del patrimonio en caso de sufrir un daño antijurídico. Con buen criterio, el Consejo de Estado ha venido considerando en su extensa jurisprudencia, acorde con la que ya ha sido citada en esta Sentencia, que el principio de la buena fe debe reinar e imperar durante el periodo de celebración y ejecución del contrato, concentrando toda su atención en la estructura económica del negocio jurídico, con el propósito específico de mantener su equivalencia económica y evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes”.¹⁷

En la misma sentencia estableció las consecuencias del desconocimiento del principio de la buena fe por parte de la Administración; así se pronunció:

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-892 de 2001 de 22 de agosto de 2001.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 22 de abril de 1996. M.P. Jesús María Carrillo.

*“El principio de la buena fe, como elemento normativo de imputación, no supone, en consecuencia, una actitud de ignorancia o creencia de no causar daño al derecho ajeno, ni implica una valoración subjetiva de la conducta o del fuero interno del sujeto. En realidad, tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una **postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado**. Por ello, tal como sucede con el principio de reciprocidad, **el desconocimiento por parte de la Administración de los postulados de la buena fe en la ejecución del contrato, conlleva el surgimiento de la obligación a cargo de ésta de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al contratista**. Estos efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual... son una clara consecuencia de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, trae implícita la obligación de pagar perjuicios. (Resaltados fuera del texto)*

2.3.6.- El principio de publicidad.

La publicidad es otro de los principios que orientan la actividad contractual y en virtud del mismo, las actuaciones de la Administración deben ser puestas en conocimiento de los administrados con lo cual ha de garantizarse su transparencia; con mayor razón cuando se trata de adelantar alguno de los procedimientos de selección de contratistas, puesto que de su efectiva aplicación se ha de derivar la posibilidad real de asegurar y permitir amplia participación de todas las personas que estén interesadas en presentar sus ofertas para la ejecución de proyectos de interés público.

La publicidad ha sido definida como *“la comunicación masiva que tiene por objeto informar, persuadir y conseguir un comportamiento determinado de las personas que reciben esta información”*¹⁸

¹⁸ VINYOLEZ I CASTELLS, Miguel, “La adjudicación de los contratos públicos” Madrid Civitas, 1995, citado por Juan Carlos Expósito Vélez en la obra “La configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español, 2ª reimpresión, 2005, Pág. 587.

La Ley 80 hace una importante aplicación de este principio en varios de sus artículos, así: i) el artículo 24-2, ordena la publicidad de los informes, conceptos o decisiones que se rindan o adopten en los procesos contractuales para que sean controvertidos, mandamiento que desarrolla el numeral 8º del artículo 30 ibídem; ii) el artículo 24-3 determina que todas las actuaciones de la autoridades sean públicas y los expedientes que las contengan sean abiertos al público; iii) el artículo 24-4 dispone la expedición de copias de las actuaciones adelantadas en el procedimiento de selección con excepción de los documentos que tengan reserva legal y, iv) el artículo 30-10 contempla la posibilidad de que la adjudicación tenga lugar en el marco de una audiencia pública, en el caso previsto por el artículo 273 constitucional.

Se observa cómo los principios de publicidad y transparencia se encuentran integrados en el artículo 24 de la Ley 80, a tal punto que la publicidad de las actuaciones de la Administración constituye el elemento fundamental para asegurar su pulcritud, es decir, que uno y otro principios se sirven mutuamente y resultan inescindibles.

2.3.7.- El principio de igualdad

El artículo 13 de la Carta consagra con el linaje de fundamental, el derecho a la igualdad, en virtud del cual todas las personas deben tenerse como iguales ante la ley y merecen recibir el mismo trato y protección de las autoridades, así como tienen derecho a gozar de las mismas libertades y oportunidades, sin discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen, idioma, religión o pensamiento político o filosófico.

El Constituyente consagró la igualdad como un derecho fundamental en el artículo que ha sido citado, pero a su vez la instituyó como un principio de la actividad administrativa, en el artículo 209, de tal suerte que este postulado tiene una doble connotación: la primera como derecho fundamental y la segunda como principio de la actividad de la Administración.

La Ley 80, en sus artículos 24, 29 y 30, contiene valiosas aplicaciones del principio de igualdad en la selección del contratista, toda vez que dicho procedimiento, en cualquiera de sus modalidades -licitación o concurso públicos y contratación directa-, parte del presupuesto de que todos los participantes deben encontrarse en condiciones de igualdad.¹⁹

Así pues, una vez más se verifica que el principio de igualdad en las actuaciones contractuales lleva implícitos elementos básicos de los principios de transparencia y de selección objetiva, postulados cuya efectividad depende de un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la Administración.

La jurisprudencia de la Sala se refirió a la integración de estos tres principios, en providencia cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

“La igualdad de los licitadores, presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la

¹⁹ En palabras de Marienhoff, la igualdad “*exige que, desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas*”

Administración. Y la sujeción estricta al pliego de condiciones es un principio fundamental del proceso licitatorio, que desarrolla la objetividad connatural a este procedimiento, en consideración a que el pliego es fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes.”²⁰

2.3.8.- El principio de libre concurrencia.

Por su parte, el principio de la libre concurrencia encuentra apoyo fundamental en los principios de igualdad y de publicidad, expuestos anteriormente, a través de los cuales logra su instrumentación. En virtud de este principio, cualquier persona tiene libertad de participar, en igualdad de condiciones, en la convocatoria que formule la Administración pública para la adquisición de bienes y servicios o para la ejecución de obras, requeridos para la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

En criterio del tratadista Escobar Gil,²¹ la finalidad del principio de libertad de concurrencia es doble, en cuanto de una parte “*asegura a los asociados la igualdad de oportunidades promoviendo la participación del mayor número de oferentes*” y, de otra, “*facilita la selección de quien presente la propuesta más favorable en beneficio del interés público*”

Según los doctrinantes Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández “[l]a libertad de concurrencia es uno de los principios tradicionales de la contratación de los entes públicos, y persigue una doble finalidad: proteger los intereses económicos de la Administración suscitando en cada caso la máxima

²⁰ Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp.12037, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²¹ ESCOBAR GIL, Rodrigo, ob. Cit., Pág. 154

*competencia posible y garantizar la igualdad de acceso a la contratación con la Administración*²²

Pero la libertad de acceder a la contratación del Estado no es absoluta, toda vez que la misma ley le impone ciertas limitaciones, las cuales se encuentran dadas, de una parte, por la capacidad exigida a los proponentes puesto que solo podrán participar aquellas personas que tengan capacidad legal para proponer y celebrar el contrato²³ y de otra, por la idoneidad técnica, profesional y económica que debe reunir el proponente para asegurar la ejecución del objeto contractual con estándares de calidad y eficiencia²⁴, limitaciones que resultan legítimas y razonables.

Sobre la libertad de concurrencia y sus limitaciones resulta pertinente traer a colación lo expresado por la Sección Tercera en Sentencia de 19 de julio de 2001, en la cual determinó:

*“La libre concurrencia permite el acceso al proceso licitatorio de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, mediante la adecuada publicidad de los actos previos o del llamado a licitar. Es un principio relativo, no absoluto o irrestricto, porque el interés público impone limitaciones de concurrencia relativas, entre otras, a la naturaleza del contrato y a la capacidad e idoneidad del oferente.”*²⁵

Sin embargo, la Administración no se encuentra autorizada para restringir la participación de los interesados, estableciendo, a su discrecionalidad, reglas

²²GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ TOMAS, Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, T.I., Ed. Civitas S.A, Madrid, 12ª edición, 2004, Pág. 716.

²³Dice relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar, previsto en la Constitución y la ley.

²⁴La idoneidad del oferente y futuro contratista para el cumplimiento de los cometidos estatales, encuentra fundamento entre otros, en los artículos 4º, 5º de la Ley 80 de 1993.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12037, M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez

que desconozcan la igualdad de condiciones, como cuando sin fundamento alguno determina un mejor derecho para algunos de los participantes, mediante el sistema de la precalificación o caprichosamente fija condicionamientos para direccionar la participación de unos pocos oferentes, práctica que no se encuentra autorizada en la legislación colombiana y que indudablemente vicia de nulidad el contrato, tal y como fue establecido por el Consejo de Estado en auto del 6 de abril de 1987²⁶, providencia mediante la cual se ordenó la suspensión provisional del acto administrativo que ordenó la participación en una licitación, exclusivamente, de aquellas firmas y consorcios que habían sido precalificados.

Otra dimensión del principio de la libertad de concurrencia, se traduce en la posibilidad cierta de que la Administración obtendrá el mayor número de ofrecimientos, lo cual se logra cuando la convocatoria ha sido lo suficientemente divulgada; de esta manera resulta posible generar una mayor competencia entre los participantes que han accedido a ella en igualdad de condiciones, a la vez, que se amplía la posibilidad de comparación y confrontación de los diversos ofrecimientos, para finalmente seleccionar, con arreglo a criterios objetivos, aquella que resulte ser la más favorable para el interés público. En todo caso, si a pesar de la diligencia de la Administración, la concurrencia de los participantes es mínima, este hecho por sí solo no da lugar al desconocimiento de este importante principio.

2.3.9.- El principio de Planeación.

²⁶Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de 6 de abril de 1987, M.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

Finalmente, no puede dejarse de lado una rápida mención al principio de planeación²⁷ en cuanto es uno de los pilares en la actividad contractual, el cual impone que la decisión de contratar no sea el resultado de la imprevisión, la improvisación o la discrecionalidad de las autoridades, sino que obedezca a reales necesidades de la comunidad, cuya solución ha sido estudiada, planeada y presupuestada por el Estado con la debida antelación, con la única finalidad de cumplir los cometidos estatales.

Este principio, entonces, tiene importantes implicaciones desde mucho antes de la convocatoria a proponer, pues en esta etapa preliminar resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc; (iv) los costos, proyecciones, valores y

²⁷ “La planeación es un concepto propio del Estado Social de Derecho, como criterio garantizador de la legalidad y del interés general, pilares fundamentales dentro de la sociedad actual. La planeación se utiliza en todos los niveles del Estado para organizar la macro estructura de las naciones y su forma de cumplir con los fines previstos por ellas en beneficio de los administrados; entonces, este principio tiene fundamento genérico e histórico profundo, el cual ha hecho que las diferentes actividades desarrolladas por los Estados, especialmente la contratación pública, lo tomen como un parámetro rector del control y organización tanto en lo económico como en lo logístico, aspectos que determinarán el buen funcionamiento de la sociedad y del Estado mismo” (EXPÓSITO VELEZ, Juan Carlos; La configuración del Contrato de la Administración Pública en derecho colombiano y español; Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, página 600 a 601).

alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deben satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.

El aludido principio de planeación, con los perfiles y el alcance que se señalan, en modo alguno constituye una novedad en el ámbito contractual que hubiere introducido la Ley 80, expedida en el año de 1993, puesto que el mismo emerge con obviedad de los deberes, la diligencia, el cuidado, la eficiencia y la responsabilidad con que ha de conducir sus actuaciones todo administrador público a quien se le confía el manejo de dineros y recursos que en modo alguno le pertenecen, que son de carácter oficial, que han de destinarse a la satisfacción del interés general, en desarrollo de las funciones y precisas competencias atribuidas a la respectiva entidad, con miras al cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción del interés general.²⁸

Es por ello que en dicho principio de planeación pueden hallarse la razón y el fundamento, entre otras, de las exigencias establecidas en los numerales 6º,

²⁸ Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp. 14287.

7º, 12º, 13 y 14º del artículo 25 la Ley 80,²⁹ disposiciones en las cuales se impone que, previamente a ordenar la apertura de la licitación o el concurso, las entidades estatales deberán haber obtenido las partidas presupuestales necesarias para la ejecución del contrato al igual que las autorizaciones y aprobaciones respectivas; haber definido la conveniencia o no de la futura contratación y tener elaborados los estudios, diseños y proyectos requeridos y, naturalmente los pliegos de condiciones o términos de referencia que regirán la contratación. Adicionalmente, están en el deber legal de incluir en las partidas presupuestales los ajustes necesarios para la actualización de precios y los imprevistos que surjan por retardos o por situaciones de desequilibrio en la ecuación contractual.

A su vez, el numeral 1º del artículo 30³⁰ del mismo estatuto, con claridad incuestionable y de manera por demás expresa, reafirmó la obligatoriedad

²⁹ El artículo 25 en la parte pertinente dispone:

“Artículo 25. Principio de economía. En virtud de este principio: (...) 6o. Las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

(...)

12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia.

La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes.

13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.

14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.”

³⁰ A continuación se transcribe, en lo pertinente, el texto del citado numerales 1º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993: *“La licitación o el concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:*

del referido principio de planeación en materia de contratación administrativa, en cuanto impuso a las entidades públicas la obligación de elaborar los estudios de conveniencia y oportunidad del contrato y su conformidad con los planes de inversión, adquisición o compras, obtención del presupuesto; la elaboración de diseños, planos y evaluaciones de factibilidad y prefactibilidad, con anterioridad a la apertura de la licitación.

Por su parte, el numeral 2º del citado artículo 30 *ibídem*³¹ estableció, respecto del contenido de los pliegos de condiciones, la necesidad de detallar especialmente los aspectos relativos al objeto de contrato, su régimen jurídico, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y demás situaciones de tiempo, modo y lugar necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.

El incumplimiento del deber legal consagrado en las normas legales que rigen o han regido la contratación pública, mediante las cuales se establece para la Administración la obligatoriedad de contar previamente con los

1º. (...) De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.

³¹ El Artículo 30-2 de la Ley 80 de 1993 dispone. “La licitación o e concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:

2o. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.

planos, proyectos y presupuestos respectivos y, por supuesto, haber obtenido las aprobaciones y licencias para la ejecución de las obras, comprometen la responsabilidad patrimonial de la Administración en los eventos en que por ello se ocasionen daños antijurídicos al contratista e incluso podría generar responsabilidad de tipo patrimonial, fiscal, disciplinario y aún penal, respecto de los funcionarios que actúan de manera negligente e improvisada en las distintas etapas del contrato.

Sobre este mismo aspecto, la Sala ya había puntualizado lo siguiente:

“El Estado está obligado a actuar con alto grado de eficiencia y eficacia, para que se protejan los recursos fiscales con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera, es altamente cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas, que generen situaciones contrarias a la ley.”³²

Este gran universo de los principios que informan la actividad contractual, unos de rango constitucional y otros de rango legal, dependientes entre sí, íntimamente ligados y que se instrumentan mutuamente, buscan un sólo propósito que no es nada distinto a la satisfacción del interés general y del bienestar de la comunidad.

2.4.- La aplicación de los principios de la contratación en la modalidad de la contratación directa.

En el acápite anterior se manifestó insistentemente que la entidades públicas están obligadas a respetar los principios que orientan la actividad contractual, no sólo cuando la selección del contratista se cumple mediante el procedimiento de la licitación o concurso públicos, sino también cuando se

³² Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 1998, Exp. 10439, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

adelante a través de la modalidad de contratación directa, puesto que esta forma de escogencia del contratista, debe obedecer por igual a criterios objetivos y de interés general, con el fin de que el ofrecimiento seleccionado sea el más beneficioso para la entidad, sin que sea posible que los funcionarios encargados de la contratación, de manera discrecional, se eximan de su aplicación y procedan a seleccionar el contratista movidos por razones de índole subjetiva o de interés o conveniencia particular.

En reiterados pronunciamientos, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha puntualizado acerca de la obligación en que se encuentran las entidades del Estado, para efectos de respetar los principios de transparencia y selección objetiva, aun en los eventos de contratación directa. A continuación se transcriben apartes de la sentencia de 14 de agosto de 2003,³³ providencia en la cual se precisó:

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

En posterior pronunciamiento, la Sala se refirió al tema, en el mismo sentido:

*“No obstante, si bien la administración tiene la posibilidad de celebrar éste tipo de contratos, sin acudir a licitación o concurso público, **tal***

³³ Sentencia de 14 de agosto de 2003, Exp. 22848, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

libertad no es absoluta, toda vez que en la selección del contratista se “deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial el deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993”. En efecto, en la contratación, ya sea de manera directa o a través de licitación o concurso públicos, la administración está obligada a respetar principios que rigen la contratación estatal y, especialmente, ciertos criterios de selección objetiva a la hora de escoger el contratista al que se le adjudicará el contrato. Respecto a la contratación directa, en interpretación de la norma precitada, la Sala observa que con anterioridad a la suscripción del contrato, es deber de la administración hacer un análisis previo a la suscripción del contrato, análisis en el cual se deberán examinar factores tales como experiencia, equipos, capacidad económica, precios, entre otros, con el fin de determinar si la propuesta presentada resulta ser la más ventajosa para la entidad que contrata”.³⁴

Sobre la imperatividad de la aplicación de los principios de economía, transparencia, selección objetiva, igualdad y libre concurrencia, en la selección del contratista mediante el procedimiento de la contratación directa, la Corte Constitucional³⁵ hizo el siguiente pronunciamiento:

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

*Se reitera que la potestad de **contratación directa** debe ejercerse con estricta sujeción al reglamento de contratación directa, actualmente consignado en el Decreto 855 de 1994, cuyas disposiciones, conforme al párrafo del artículo 24 de la Ley 80, **precisamente, buscan garantizar y desarrollar los principios de economía, transparencia***

³⁴ Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 01577-01; M.P. Germán Rodríguez Villamizar

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-40 del 26 de enero de 2000, Exp. 2457, M.P. Fabio Morón Díaz.

y, en especial, el deber de selección objetiva establecidos en el Estatuto Contractual.”

En sentencia posterior, la Corte Constitucional también se refirió a la aplicación obligatoria de los principios de la contratación estatal, en la selección del contratista, mediante cualesquiera de las modalidades: licitación, concurso o contratación directa. Así se pronunció.

*“Ello significa, que **los principios de la contratación estatal** que el legislador enuncia, precisa de manera concreta y regula en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, **no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice.** Es decir, que tanto en el caso de la contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, **como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son, la transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa.**”³⁶*

Bajo estos lineamientos resulta claro que las entidades públicas, cuando requieran contratar la ejecución de obras, la adquisición o suministro de bienes o la prestación de servicios, en forma directa, están en la obligación de fijar, en cada caso concreto, las bases para la participación de los posibles oferentes y los parámetros de evaluación de las propuestas con fundamento en los principios de transparencia, de economía, de selección objetiva, de igualdad, de imparcialidad, de publicidad, de libre concurrencia y de planeación, entre otros, previstos en la Constitución Política y la ley, con el fin de escoger, en igualdad de condiciones, la propuesta más favorable para los intereses de la entidad.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 3 de julio de 2002.

2.5.- Condiciones de validez del contrato.

De otra parte resulta importante precisar, como es bien sabido, que el contrato estatal no solo debe reunir los requisitos esenciales para su existencia sino que además debe nacer en condiciones de validez, la cual ha sido definida por la Sala³⁷ como la cualidad jurídica de adecuación al ordenamiento jurídico desde la iniciación del procedimiento hasta el momento de celebración del contrato.

Para que el contrato sea plenamente válido se requiere el cumplimiento tanto de los requisitos establecidos para el efecto en el derecho privado, fuente primigenia de todo contrato, como de aquellos que se encuentran establecidos en las normas que regulan la contratación estatal, según las cuales el interés general prima frente a la autonomía de la voluntad.

Al tenor de lo prescrito por el artículo 1502 del C.C., para que un contrato sea válido se requiere que concurren las siguientes condiciones:

- a) Consentimiento de las partes exento de vicios (ordinal 2)
- b) Causa lícita (ordinal 4)
- c) Objeto lícito (ordinal 3)
- d) Capacidad de las partes contratantes (ordinal 1)
- e) Cumplimiento de algunos requisitos o formalidades que la ley impone, básicamente en atención a la calidad o estado de las personas que lo celebran³⁸.

³⁷ Sección Tercera, Sentencia de 12 de octubre de 2000, Exp. 13097, M.P. Maria Helena Giraldo Gómez.

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 20 de agosto de 1971.

Por su parte, las normas de la Ley 80 contentiva del Estatuto que regula la actividad contractual de la Administración pública, establece diversas ritualidades, requisitos y exigencias para la formación del contrato, cuya omisión podría dar lugar a que éste resultara viciado de nulidad.

En términos generales cabe mencionar que los requisitos que debe cumplir el contrato estatal para que se encuentre ajustado al ordenamiento jurídico y goce de las condiciones de validez, atañen a: i) la capacidad de las partes intervinientes, cuestión que se predica de los particulares en tanto que es la competencia el factor a examinar en relación con las entidades estatales contratantes y sus respectivos servidores públicos. ii) la observancia de los procedimientos de selección del contratista; iii) la licitud del objeto; iv) la licitud de la causa, en la cual puede entenderse incluido el aspecto relacionado con la desviación de poder y, iv) la ausencia de vicios respecto del consentimiento.

2.6.- Causales de nulidad absoluta de los contratos estatales. La causal de nulidad absoluta contenida en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80.

La nulidad como negación de la validez, es la carencia de valor legal de un acto jurídico, derivada de la ausencia o pretermisión de los requisitos señalados por la ley. En los contratos, la nulidad ha de entenderse como la pérdida de validez del contrato o de alguna de sus cláusulas, la cual puede ser absoluta o relativa, pero interesa, para el asunto que se debate, la nulidad absoluta que se configura por vicios de imposible saneamiento 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 a ella.

Así el legislador, instituyó algunos eventos que dan lugar a la nulidad absoluta de los contratos estatales por trasgredir normas de carácter superior que los rigen, los cuales constituyen vicios que afectan su validez y determinan la desaparición de sus efectos jurídicos.

La Ley 80 de 1993, en el artículo 44, consagra de manera expresa las causales que dan lugar a 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 pretranscrita 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 imperativas del ordenamiento jurídico en cuanto ello resulta constitutivo de ilicitud en el

objeto, cuestión que, como ya se dijo, fue incorporada expresamente 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 ésta causal de nulidad absoluta del contrato se configure, se requieren 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 de otra clase de normas que no sean de rango constitucional o que carezcan de fuerza de ley no genera vicio de nulidad en el contrato, como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala³⁹ y, *ii)* La prohibición respectiva, establecida en la Constitución Política o en la Ley debe ser **expresa**, como también lo ha sostenido la jurisprudencia, según lo refleja 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 CP⁴⁰-, o en relación con *ii)* la celebración de un contrato, dadas ciertas condiciones, como*

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp. 31480, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴⁰ “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.”

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”.⁴¹ (Negrillas fuera del texto)*

Bajo esta perspectiva, se tiene que si con la celebración de un contrato estatal se violan normas constitucionales o legales, ello acarrea como consecuencia la nulidad absoluta del respectivo contrato, por cuanto toda vulneración del ordenamiento jurídico en asuntos de orden público dará lugar a la ilegalidad del acto correspondiente; pero no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos dará lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que se han dejado señalados: violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa y explícita.

A lo anterior se agrega que las normas que imponen sanciones o establecen prohibiciones, al igual que ocurre con las que consagran nulidades, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, por consiguiente, en relación con ellas no cabe su interpretación extensiva o su aplicación por vía de analogía, es decir que esa clase de disposiciones no puede aplicarse a casos, situaciones o hipótesis diferentes de aquellos que se encuentren expresamente regulados por las mismas.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp. 31480, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez

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

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

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

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

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

En efecto, de un lado resulta claro que el criterio de especificidad obliga a preferir la aplicación de la causal de nulidad absoluta consagrada en el numeral 3º, por sobre la causal del numeral 2º, ambas del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que éste último hace referencia, de manera genérica y abstracta, a la violación de cualquier prohibición constitucional o legal, al

paso que el mencionado numeral 3º se edifica sobre una situación que, para la situación que ahora se analiza, resulta *especial* frente a aquella, puesto que contempla de manera exacta la celebración del contrato *con abuso o desviación de poder*.

De otro lado se tiene que el efecto útil, como criterio de interpretación normativa, también obliga a adoptar esa conclusión, puesto que si se asumiere que en la causal de nulidad absoluta de los contratos estatales establecida en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, referida a la celebración de contratos contra expresa prohibición constitucional o legal, ya estaría inmersa o incorporada la celebración de contratos públicos *con abuso o desviación de poder*, todo porque ese proceder se encuentra expresamente prohibido por la ley en el transcrito numeral 8 del artículo 24 del Estatuto de Contratación Estatal, habría que concluir entonces que el también referido numeral 3º del artículo 44, que recoge como causal autónoma de nulidad absoluta de los contratos estatales la celebración de los mismos *con abuso o desviación de poder*, dejaría de generar efectos y nunca habría lugar a su aplicación, todo por la sencilla razón de que cualquiera de los casos que ese numeral contempla deberían tenerse como subsumidos en la causal anterior, esto es en la del numeral 2º.

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

para su violación o desconocimiento configure la causal de nulidad absoluta establecida en el aludido numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80.

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

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

2.7.- 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:

- 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 liquidación⁴² del contrato estatal en cuestión.

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:

⁴² 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.

2.7.1.- 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 numerales 2º y 3º de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación”

2.7.2.- 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 respectivas⁴³.

⁴³ Las principales disposiciones legales que hoy consagran y prevén la aplicación de la caducidad administrativa en los contratos estatales son las siguientes:

- 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 (norma legal cuya derogatoria expresa ha sido dispuesta por el artículo 32 de la Ley 1150), 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

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).

2.7.3.- 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 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*

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*”.

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 incursoas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, o contra expresa prohibición constitucional o legal o cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente el respectivo contrato. Esto significa que se refieren a situaciones de orden

*estrictamente jurídico que vicien el contrato, afectando su validez jurídica e impidiendo que se inicie o se continúe ejecutando”.*⁴⁴

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 legalidad⁴⁵, 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.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-1341 de 11 de diciembre de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

⁴⁵ 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.

La jurisprudencia de la Sección Tercera⁴⁶ 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 de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse”**⁴⁷.

Igualmente ha puntualizado sobre el vicio de incompetencia lo siguiente⁴⁸:

“(…) dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina⁴⁹, 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”⁵⁰.

⁴⁶ Sentencia de 16 de febrero de 2006, Exp. 13414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁷ GIRALDO CASTAÑO; Derecho Administrativo General. Editorial Marín Vieco Ltda. Medellín, 5ª ed., 1995. Pág. 59.

⁴⁸ Sentencia de 16 de febrero de 2006, Exp. 13414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁹ 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).

⁵⁰ Sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196. Actor: Sociedad Brogra Ltda.

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.

2.8.- 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 pudiere 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*”.

2.9.- El caso concreto

Interesa en el sub examine, determinar si el Departamento de Casanare adelantó el procedimiento para la selección del contratista y cumplió con los principios de igualdad, transparencia, economía, selección objetiva, publicidad y planeación que orientan la actividad contractual, establecidos en la ley de contratación, al adjudicar el que finalmente resultó ser el contrato de obra No. 0459 de 1996, cuyo objeto consistía en la instalación de una malla de cerramiento en el Colegio Luís Carlos Galán Sarmiento, ubicado en la Vereda “La Chaparrera” del Municipio de Yopal.

Igualmente resulta necesario establecer si el Departamento de Casanare estaba facultado para ejercer la facultad excepcional prevista en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, al momento de expedir el acto administrativo mediante el cual declaró la terminación unilateral del contrato de obra No. 459 de 1996, cuya legalidad es motivo de impugnación.

2.9.1.- Los Hechos probados.

Cabe resaltar que en la demanda formulada se solicitó como prueba el envío de “*todos los antecedentes administrativos del contrato No. 0459 de 1996 celebrado entre las partes*” (fl. 25 cd.ppal), prueba que fue decretada mediante auto de 21 de febrero de 1997, dictado por el Tribunal (fl. 97, cd. ppal) y, solicitada al Gobernador del Departamento de Casanare mediante

oficio TAC 1518 0309 de 4 de marzo de 1997(fl.3, cd. de pruebas), solicitud que fue respondida mediante oficio de 17 de marzo de 1997 por parte de la Oficina Jurídica de la Gobernación, con el envío de los documentos solicitados.

Respecto del procedimiento adelantado por la Gobernación del Departamento de Casanare en la etapa precontractual se encuentra probado lo siguiente:

- a) El presupuesto asignado al Departamento de Casanare, para la vigencia fiscal del año de 1996, según certificado expedido por la Jefe de División de Presupuesto, ascendía a la suma de \$133.543'583.208,60; por lo cual, teniendo en cuenta lo prescrito en el literal a) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993⁵¹, la menor cuantía para la contratación del citado Departamento, en atención al monto total de su presupuesto,⁵² era del orden de \$85'275.000 para el mencionado año.
- a) Para la celebración del contrato se expidió el certificado de disponibilidad presupuestal No. 1056 de 28 de mayo de 1996, por valor de \$ 40'000.000, rubro presupuestal No. 002.004.1.003 "CONSTRUCCIÓN Y DOTACIÓN COLEGIO LUIS CARLOS GALAN". (fl. 11, cd. pruebas).
- b) En oficio de 18 de junio de 1996, (fl. 13, cd. de pruebas) suscrito por el funcionario evaluador y el Secretario de Obras Públicas, con el visto

⁵¹ El numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, fue modificado por el artículo 38 del Decreto 2150 de 1995 y el artículo 1° del Decreto 62 de 1996.

⁵² Presupuestos entre el rango de menos de 1'000.000 SMLM (\$142.125'000.000) e iguales o mayores a 500.000 SMLM (\$71.062'500.000) calculados con un salario mínimo de \$142.125 correspondiente al año de 1996, tenían como menor cuantía para la contratación 600 SMLM (\$85'275.000).

bueno del Gobernador, dirigido a la Jefe de la Oficina Jurídica de la Gobernación, se lee lo siguiente:

“Atendiendo el procedimiento establecido por la Ley 80 /93 y en especial el Decreto Reglamentario 855/94, se solicitaron y recibieron ofertas para adelantar al inversión del rubro 5.2.4.003- Cerramiento Col. Luis Carlos Galán Sarmiento – la Chaparrera – Mun. De Yopal-

NOMBRE	VALOR	PLAZO
1. RUBEN PÉREZ ROMERO	\$39'999.343,25	2½ MESES
2.		

*Se hizo a revisión aritmética y documentación, se consideró la experiencia y equipo propuesto, etc, se recomienda contratar con el oferente No. 1.
(....)”*

- c) Se allegó oferta sin fecha, presentada por Rubén Pérez Romero para el Cerramiento del Colegio Luis Carlos Galán Sarmiento, por valor de \$ 42'972.131, 65, con un plazo de ejecución de dos meses y medio y, pago de anticipo por el 50% del valor del contrato. (fls. 15 a 31, cd. pruebas).
- d) Existe una segunda propuesta sin fecha, presentada por el mismo señor Rubén Pérez Romero, para el cerramiento del Colegio Luis Carlos Galán Sarmiento, por valor de \$ 39'999.343,25, con un plazo de ejecución de dos meses y medio y pago de anticipo por el 50% del valor del contrato. (fls. 32 a 47, cd. pruebas).

Entre los documentos anteriormente relacionados no se encontró uno sólo que permitiera demostrar que, para la celebración del contrato No. 459 de 1996, la Administración Departamental hubiera formulado invitación a contratar, con el fin de permitir la pluralidad de oferentes, o le hubiere dado

publicidad a su decisión; consecuencia obvia de esta pretermisión, es la no presentación de más ofertas, toda vez que si de la decisión de seleccionar un contratista únicamente tuvo noticia una sola persona, resultaba imposible que otros interesados hubieran podido presentar sus ofertas.

Pero lo más relevante es que de la totalidad de los antecedentes administrativos que el ente demandado suministró acerca del procedimiento contractual en examen, se infiere, por sus ausencias que la Administración no realizó estudio previo alguno, al menos, para establecer la necesidad o conveniencia de contratar; tampoco elaboró documento alguno que indicara las bases y requisitos para participar; la fijación de los criterios de evaluación y la ponderación de los mismos; los puntajes que serían asignados y demás exigencias propias de una selección objetiva.

Como prueba del procedimiento de selección, adelantado en este caso, tan solo aparece el informe de evaluación -oficio de 18 de junio de 1996, (fl. 13, cd. de pruebas)- en el cual se afirma que “**se solicitaron y recibieron ofertas**” pero sin indicar cuáles fueron las solicitudes formuladas, ni cuáles fueron las propuestas presentadas; seguidamente se lee “*Se hizo la revisión aritmética y documentación, se consideró la experiencia y equipo propuesto, etc. se recomienda contratar con el oferente No. 1*”.

Jamás se probó cuál fue la documentación revisada; cuál la revisión aritmética efectuada a las propuestas que se dicen presentadas; el puntaje obtenido por cada una de las propuestas; cuáles fueron los criterios de ponderación de las ofertas; las razones por las cuales solo se tuvieron en cuenta los factores “*Equipos*” y “*Experiencia*”; de dónde provinieron estos dos factores de evaluación y, cuál fue el puntaje asignado a la propuesta ganadora.

A lo anterior se agrega que, según la prueba aportada, el mismo ciudadano presentó oferta en dos oportunidades, primero por valor de \$ 42'972.131,65 y después por cuantía de \$ 39'999.343,25, circunstancia de la cual se infiere que como la primera oferta superaba el monto de la disponibilidad presupuestal, fijado por la entidad departamental en la suma de \$ 40'000.000, se le permitió a ese mismo proponente adecuar su oferta al valor de la disponibilidad presupuestal y de esta irregularidad se valió la Administración departamental para habilitar la oferta y finalmente adjudicarle a ese único proponente, el contrato de obra 459 de 1996.

Las anteriores circunstancias indudablemente evidencian que la Administración Departamental adelantó un procedimiento irregular para la adjudicación del contrato No. 459 de 1996, con abierta violación de los principios de transparencia, planeación, publicidad, libre concurrencia, igualdad y selección objetiva, establecidos en la Ley 80, y, como si fuera poco, le dio una segunda oportunidad al mismo proponente para que presentara una nueva oferta que se adecuara al monto del presupuesto reservado, con el único fin de adjudicarle el contrato, convirtiendo en este caso el procedimiento de la contratación directa en una verdadera parodia.

El contrato así celebrado, violó ostensiblemente la Ley 80, norma de orden público y de obligatorio cumplimiento que consagra el procedimiento de selección y los principios que rigen la actividad contractual del Estado, hecho que da lugar a la nulidad absoluta del contrato al haberse configurado abuso o desviación de poder por parte de la autoridad administrativa, causal prevista en el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80, como fue analizado en esta providencia.

Respecto de la terminación unilateral del contrato No. 459 de 1996, ordenada por el Gobernador del Departamento del Casanare, se encuentra probado lo siguiente.

Se encuentra probado que mediante Resolución No. 1329 de 23 de septiembre de 1996, expedida por el Gobernador del Departamento de Casanare se ordenó la terminación unilateral del contrato No. 459 de 1996, acto administrativo en el cual se lee lo siguiente:

“(…)Que en virtud del principio de transparencia que consagra el artículo 24 de la Ley 80 de 199, y el Decreto reglamentario 855 de 1994 art. 3º ya que para que exista una selección objetiva se requieren de dos (2) ofertas previas, en el caso presente es fácil advertir esta irregularidad por cuanto de dos propuestas que aparecen por diferentes valores fueron firmadas por el mismo oferente presentó propuesta, (sic) contrariando de esta forma lo estipulado por el Decreto Reglamentario 855 de 1994 art. 3º cuando señala “Parágrafo- la Entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, sin que sea necesario que haya obtenido varias ofertas en los siguientes eventos: Cuando los haya solicitado y solo haya recibido una de ellas De todo lo anterior se dejará constancia escrita...”.

*Es tan evidente las irregularidades detectadas en la celebración de este contrato que basta con observar las dos propuestas que aparecen en la carpeta del contrato firmados (sic) por el contratista RUBEN PÉREZ y **sin ningún esfuerzo se advierte que no había selección objetiva, ni mucho menos transparencia en el proceso de contratación.***

*Así las cosas, **el contrato No. 459 de 1996, suscrito por EL DEPARTAMENTO DE CASANARE Y RUBEN PÉREZ ROMERO, fue celebrado con expresa prohibición legal y reglamentaria por lo cual se haya viciado de nulidad de conformidad con los artículos 44 numeral 2, por lo que habrá de procederse conforme a lo previsto en el artículo 45 inciso 2, de la Ley 80 de 1993, que dispone terminar el contrato por el Jefe o Representante legal de la entidad respectiva, cuando se adviertan irregularidades de las anteriormente descritas.***” (fl. 12 cd. ppal) (Negrilla fuera del texto).

En la parte resolutive del citado acto se decidió lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO: Dar por terminado el contrato 459 del 21 de junio de 1996, suscrito entre el Departamento de Casanare y el señor RUBEN PEREZ ROMERO, identificado con C.C. #4.164.497 de Miraflores, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído por haberse celebrado con expresa prohibición legal y reglamentaria, lo anterior conforme a los artículos previstos No (sic) 44 numeral 2 y 45, inciso segundo, de la Ley 80 de 1993.” (fl. 13, cd ppal). (Negrilla no la contiene el original)

Según el texto del acto administrativo transcrito, las motivaciones que tuvo la Administración Departamental para dar por terminado unilateralmente el contrato de obra No. 459 de 1996, obedecen al presunto vicio de nulidad que se habría configurado, al haberse adelantado la selección del contratista sin acatamiento de los principios generales de transparencia y selección objetiva ordenados por la Ley 80 de 1993, toda vez que la entidad pública contratante desconoció lo prescrito por el Artículo 3º del Decreto 855 de 1994, reglamentario de la contratación directa, el cual exige que para la selección del contratista debían obtenerse, al menos, dos propuestas. Igualmente se evidencia de su contenido que, aunque se presentaron dos ofertas, ambas provenían del mismo proponente pero por diferente monto.

La Administración Departamental consideró que en estas circunstancias, el contrato se había celebrado contra expresa “*prohibición legal y reglamentaria*” y que por tal razón se configuraba la causal de nulidad absoluta del contrato prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, circunstancia que, de conformidad con lo prescrito por el inciso segundo del artículo 45 de la misma ley, facultaba al jefe de la entidad contratante para declarar la terminación unilateral del contrato y ordenar su liquidación, como en efecto ocurrió.

Resulta claro entonces que la terminación unilateral del contrato, fue declarada por la Administración Departamental con fundamento en la competencia que le otorgaba el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, por considerar que la pretermisión del procedimiento de selección objetiva se enmarcaba dentro de la causal de nulidad absoluta de los contratos, consagrada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, referida a la celebración de contratos contra expresa prohibición constitucional o legal.

Sobre el particular resulta pertinente precisar que si bien es cierto que en la celebración del contrato de obra No. 459 de 1996 la Administración Departamental pretermitió el procedimiento de selección objetiva y ello dio lugar a la violación de los principios de transparencia, igualdad, publicidad, libre concurrencia, planeación y selección objetiva que deben orientar la contratación estatal, resulta igualmente cierto que esta irregularidad determina la nulidad absoluta del contrato por violación de normas de orden público y de obligatorio cumplimiento.

Así pues, en este caso específico, la Administración Departamental carecía de la facultad consagrada en el segundo inciso del artículo 45 de la Ley 80, para declarar la terminación unilateral del contrato, puesto que la pretermisión del procedimiento de selección objetiva de los contratistas no es constitutiva de la causal prevista en el numeral 2ª del artículo 44 de la Ley 80.

En consecuencia, el Departamento de Casanare al expedir el acto administrativo acusado, Resolución No. 1329 de 23 de septiembre de 1996, mediante la cual se declaró la terminación unilateral del contrato No. 459 de

21 de junio de 1996, por haberse pretermitido el procedimiento de selección objetiva, actuó por fuera del ámbito de su competencia al ejercer una facultad que no le había sido atribuida previamente por la ley, de tal suerte que el acto así expedido se encuentra viciado de nulidad por falta de competencia funcional, nulidad que deberá ser declarada, previa revocatoria de la sentencia de primera instancia que denegó la pretensión formulada en este sentido.

2.9.2.- La declaratoria oficiosa de la nulidad del contrato de obra No. 459 de 1996 y el deber de las restituciones mutuas.

Aunque entre las pretensiones formuladas en la demanda no se encuentra alguna que tenga por objeto la declaratoria de nulidad del contrato, tal circunstancia no impide que, en estos casos, el juez proceda de manera oficiosa a declararla, de conformidad con las facultades que le han sido otorgadas por la ley.

En efecto, el inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 estableció que *“la nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público y, por cualquier persona **o declarada de oficio**, ...”*

Por su parte el artículo 87 del C.C.A., en la forma en que fue modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 dispuso que: *“El juez administrativo queda facultado **para declararla de oficio** [se refiere a la nulidad absoluta] cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”*

Igualmente el artículo 1742 del Código Civil ordena: *“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato;”*

Sobre la potestad del juez para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, la jurisprudencia de la Sala ha puntualizado que puede ejercerla al dictar el fallo *“en cualquiera de las dos instancias, y así la controversia judicial no haya girado en torno a dicha nulidad, mientras en el proceso intervengan las partes contratantes, porque de lo contrario se violaría la garantía constitucional del debido proceso”*⁵³

Bajo estos lineamientos y teniendo en cuenta que ha sido plenamente demostrado que el contrato de obra No. 459 de 1996 se encuentra viciado de nulidad absoluta, como también que concurrieron al proceso las dos partes que lo celebraron, esto es, el Departamento de Casanare en su carácter de entidad contratante y el señor Rubén Pérez Moreno en su calidad de contratista particular, la Sala procederá a efectuar la correspondiente declaratoria oficiosa de nulidad absoluta del contrato.

La nulidad absoluta del contrato, además de hacerlo desaparecer de la vida jurídica, desde el momento mismo de su celebración, también genera otros efectos que han sido previstos en el artículo 48 de la Ley 80, consistentes en el reconocimiento y pago de las prestaciones que hubieren sido ejecutadas hasta el momento en que se ordene la declaratoria judicial de nulidad; dicho reconocimiento y pago resulta procedente aún en aquellos casos en que la declaratoria de nulidad haya sido ocasionada por objeto o causa ilícita, siempre y cuando se hubiere probado que la entidad estatal contratante

⁵³ Sobre el tema pueden consultarse las Sentencias de 7 de octubre de 1999, Exp. 12387, de 1º de agosto de 2002, Exp. 21.041 y de 6 de julio de 2005, Exp. 12249.

hubiere obtenido un beneficio de la contratación, es decir, que las prestaciones cumplidas hubieren logrado la satisfacción del interés público, caso en el cual el monto de las prestaciones a reconocer será igual al beneficio recibido.

Pero sucede que en el sub lite el contrato no fue ejecutado; así se afirmó en el libelo demandatorio (fl. 17 cd. ppal), como también en la parte considerativa de la Resolución No. 1329 de 1996, mediante la cual se declaró la terminación del contrato (fl. 13 cd, ppal) e igualmente en el oficio de 6 de agosto de 1996 dirigido al Gobernador del Departamento de Casanare, por la parte actora (fl. 9 cd. ppal).

De otra parte, del contenido de las cláusulas pactadas en el contrato se evidencia que para que éste pudiera iniciar su ejecución se requería de la firma del acta de iniciación, la cual debía suscribirse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al desembolso del anticipo -cláusulas cuarta y décima novena del contrato de obra No. 459 de 1996-, pero como el anticipo nunca fue cancelado, el contrato tampoco pudo ejecutarse.

Así las cosas, ninguna de las prestaciones a que se obligaron las partes pudieron ser cumplidas, toda vez que la Administración, al considerar que el contrato se encontraba viciado de nulidad, no honró su compromiso de pagar el anticipo y a su vez el contratista, al no recibir el anticipo, tampoco cumplió su obligación de ejecutar la obra; en consecuencia, ninguna de las partes recibió ni entregó nada y si esto es así, es obvio que no hay lugar a pagos ni a restitución alguna entre las partes contratantes.

2.9.3.- Los perjuicios reclamados por la parte actora.

El actor pretende que como consecuencia de la nulidad del acto administrativo acusado, mediante el cual se declaró la terminación unilateral del contrato No. 459 de 1996, se condene al Departamento de Casanare al pago de las sumas de dinero correspondientes a la utilidad que tenía derecho a percibir por la ejecución normal del contrato referido.

Es claro que cuando la Administración decide la terminación del contrato, por razones de ilegitimidad, habrá de determinarse si la irregularidad es imputable a una de las partes, evento en el cual ésta deberá resarcir los daños patrimoniales causados a la parte que obró de buena fe.

La Ley 80, en sus artículos 26, 50 y 52, consagra la responsabilidad civil tanto de las entidades públicas y sus funcionarios como de los contratistas por sus actuaciones u omisiones antijurídicas, cuando quiera que con ellas se cause un perjuicio; de tal suerte que si la Administración termina unilateralmente un contrato por haberlo adjudicado irregularmente, está en la obligación de reparar los daños que cause al contratista.

En virtud de la teoría de la “*culpa in contrahendo*” (culpa al contratar o responsabilidad precontractual), cuando las partes intervienen en la celebración de un contrato, garantizan entre sí la eficacia y validez del acto negocial, pero cuando en la formación del contrato alguna de ellas incurre en dolo o culpa y por tal razón el contrato resulta invalidado, ésta deberá indemnizar los perjuicios a la parte que obró de buena fe.

Pero qué ocurre cuando el principio de la buena fe que debe imperar en la relación contractual y concretamente en la etapa precontractual, ha sido lesionado por las dos partes del negocio jurídico; es decir, cuando la conducta antijurídica ha sido ocasionada por la actividad de la entidad

pública en concurso con el hecho de su cocontratante y, por tal razón, el contrato resulta afectado en su eficacia o validez? Tendrá derecho el contratista a reclamar el pago de perjuicios que se concretan en las utilidades dejadas de percibir por la inejecución del contrato, cuando con su conducta y colaboración se produjo la actuación ilegal que los ocasionó?

La respuesta a este interrogante debe ser negativa, puesto que no es admisible que el demandante pueda alegar en su provecho el acto ilícito del cual fue partícipe, para obtener el reconocimiento de la indemnización de perjuicios causados por su propio proceder irregular.

En el caso sub lite, se encuentra probado que por causas imputables a la Administración Departamental, la selección del contratista se adelantó con desconocimiento de los principios de transparencia, igualdad, publicidad, libre concurrencia, planeación y selección objetiva, toda vez que el procedimiento no se ciñó a los postulados de la Ley 80 de 1993, ni se cumplieron los requisitos previstos en el artículo 3º del Decreto Reglamentario 855 de 1994.

Amén de lo anterior, también está demostrado que el contratista prestó su concurso para pretermitir el procedimiento de selección objetiva, puesto que no otra lectura puede darse al hecho de haber presentado dos ofertas para la misma contratación: la primera por valor superior al presupuesto oficial y la segunda por un valor ajustado a la disponibilidad presupuestal; sin que, entre los documentos aportados al expediente, existiera alguno que justificara o sustentara esta segunda actuación, de la cual se infiere que todos los trámites irregulares adelantados para la selección del contratista, se agotaron de manera informal y secreta entre la Administración y el proponente único, quien a la postre resultó beneficiado con la adjudicación del contrato. Estos

hechos, como se ha reiterado, vician de nulidad el contrato, por violación de normas de orden público y de obligatorio cumplimiento.

Como quiera que las irregularidades que dieron lugar al vicio de nulidad del contrato son el resultado del concurso de conductas ilícitas entre las partes contratante y contratista, no procede la indemnización de perjuicios en favor de alguna de ellas; en consecuencia, se denegará la pretensión formulada por el actor, encaminada a la obtención del pago de la utilidad o ganancia que le hubiere reportado la ejecución del contrato, sencillamente porque no existió un derecho legítimo, de ejecutarlo.

Tampoco habrá lugar al reconocimiento y pago previsto en el artículo 48 de la Ley 80, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato, puesto que, como quedó establecido, el contrato no pudo ejecutarse y, en consecuencia, tampoco se dio cumplimiento a alguna de las prestaciones a que se encontraban obligadas las partes.

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 11 de junio de 1998, dictada por el Tribunal Administrativo de Casanare en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 1329 de 23 de septiembre de 1996, expedida por el Gobernador del Departamento de Casanare, mediante la cual se declaró la terminación del contrato No. 459 de 21 de junio de 1996, celebrado entre el Departamento de Casanare y el señor Rubén Pérez Romero.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad del contrato No. 0459 celebrado el 21 de junio de 1996, entre el Departamento de Casanare y el señor Rubén Pérez Romero, cuyo objeto consistía en la ejecución de las obras de cerramiento del Colegio Luís Carlos Galán Sarmiento, Vereda la Chaparrera, Municipio de Yopal.

TERCERO: DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: No hay lugar al reconocimiento y pago de prestaciones.

QUINTO: No hay condena en costas.

SEXTO: En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE y NOTIFIQUESE. CUMPLASE.

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA