



Sentencia 17767 de 2011 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

CONTRATACION ESTATAL - Principios / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Bases / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. Obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés.

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, "la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines". Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deben supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal. El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe "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; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración". Con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa. (...) Es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa "sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés" Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 3 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 24.

NOTA DE RELATORIA: En relación con las bases del principio de transparencia consultar sentencia de 29 de agosto de 2007, expediente número 15324, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, actor Rubén Pérez Romero.

CONTRATO ESTATAL - Suscripción. Licitación pública

En relación con el procedimiento de licitación pública, esta Sala ha dicho que el mismo "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, participa del carácter 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.

NOTA DE RELATORIA: En este sentido ver sentencia de 18 de marzo de 2010, expediente número 14390, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, actor Sociedad Compañía de Inversiones y Proyectos Coinverpro Ltda.

CONTRATO ESTATAL - Suscripción. Contratación directa

Por su parte, la contratación directa, también sujeta al cumplimiento de requisitos y procedimientos específicos, es permitida, entre otros casos, cuando el contrato a suscribir no supera el monto de menor cuantía, que en este caso es el estipulado en el literal a) del numeral primero del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 vigente en la época de suscripción de los contratos bajo estudio. Sobre ella, el artículo segundo del Decreto 855 de 1994 estipula que "En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993. (...) En consecuencia, el desconocimiento de los principios, y en especial del principio de transparencia está expresamente prohibido en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual, "las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto".

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 24. NUMERAL PRIMERO / DECRETO 855 DE 1994 - ARTICULO 2.

NOTA DE RELATORIA: La Sala de la Sección Tercera ha reiterado que "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", en este sentido consultar sentencia de 29 de agosto de 2007, expediente número 15324, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, actor Rubén Pérez Romero.

CONTRATACION DIRECTA - Fraccionamiento del contrato. Aunque la conducta de fraccionar los contratos no está prohibida expresamente en la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia y la doctrina han sido claras en que la prohibición está implícita / FRACCIONAMIENTO INDEBIDO DEL CONTRATO - Prohibición. Desconocimiento de los principios que inspiran la contratación pública / CONTRATACION ESTATAL - Principios / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL - Violación.

Cuando la contratación directa se realiza burlando el proceso licitatorio a través del fraccionamiento del contrato, es decir, buscando que ninguno de los contratos resultantes de dividir un mismo objeto supere el monto de la cuantía requerida para la licitación, se están desconociendo los principios que inspiran la contratación pública. Al respecto, aunque la conducta de fraccionar los contratos no está prohibida expresamente en la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia y la doctrina han sido claras en que la prohibición está implícita si tenemos en cuenta los aspectos esenciales de los principios y reglas que informan el estatuto contractual. En efecto, se ha considerado que "Si bien dicha figura no aparece dentro del estatuto actual en los mismos términos de los estatutos anteriores, ello obedece a la estructura misma de la ley 80, puesto que se pretendió terminar con la exagerada reglamentación y rigorismo y en cambio se determinaron pautas, reglas y principios, de los que se infiere la prohibición del fraccionamiento, y que se traduce en distintas disposiciones como la regla contenida en el numeral 8º del artículo 24, según la cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al propio tiempo les prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en dicho estatuto". (...) Esta Corporación en sentencia del 3 de octubre de 2000, expresó que los principios de la contratación estatal se violan cuando "se celebran directamente varios contratos, cada uno de menor cuantía y todos con el mismo objeto, si sumadas sus cuantías resulta ser que se contrató un objeto único, por cuantía superior, que por lo mismo debió ser materia de licitación o concurso. Y eso es fraccionar lo que, en realidad, constituye un solo contrato, y eludir el cumplimiento de la ley (...) Pero, ¿cuándo se trata de un mismo objeto? (...) La ley no lo dice, pero un objeto es el mismo cuando es naturalmente uno. Dicho en otros términos, se fracciona un contrato cuando se quebranta y se divide la unidad natural de su objeto". Por desconocer los principios que inspiran la contratación estatal, el fraccionamiento de contrato impone al juez la obligación de declarar su nulidad absoluta en los términos de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993. (...) La Sub Sección considera que existió una actitud deliberada por parte del Departamento dirigida a desconocer las normas de derecho público, por cuanto teniendo la necesidad de contratar una obra cuyo monto imponía la obligación de adelantar un proceso de licitación, hábilmente fraccionó el contrato de manera tal que ninguna de sus partes superara dicha cuantía y pudiera, entonces, realizar procedimientos de contratación directa.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 45

NOTA DE RELATORIA: En cuanto a la prohibición de fraccionar el contrato, ver concepto de 14 de septiembre de 2001 suscrito por la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado número 1373, Consejero Ponente doctor Ricardo Hernando Monroy Church, actor Ministro de Justicia. En relación con la violación de los principios de la contratación estatal y el fraccionamiento del contrato consultar sentencia de la Sala Plena 3 de octubre de 2000, expedientes acumulados AC-10529 y AC-10968, Consejero Ponente doctor Darío Quiñonez Pinilla, Actores Emilio Sanchez Alsina y Pablo Bustos Sanchez, proceso de Pérdida de Investidura demandado Emilio Martínez Rosales.

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL - Obligatoriedad y cumplimiento / PRINCIPIO DE ECONOMIA - Exige al administrador público el cumplimiento de procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable / PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD - Vigilancia de la ejecución del contrato / PRINCIPIO DE SELECCION OBJETIVA - La oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación / PRINCIPIO DE LA BUENA FE - Se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe / PRINCIPIO DE PLANEACION - Necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas y presupuestadas antes de contratar / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Poner a disposición de los administrados las actuaciones de la administración / PRINCIPIO DE IGUALDAD - Trato igualitario a todos los oferentes.

El principio de economía pretende 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" (...). Este principio exige al administrador público el cumplimiento de "procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable (...)". En efecto, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 especifica que dichos requisitos deben cumplirse con anterioridad a la apertura de los procesos licitatorios o invitaciones a proponer, y en todo caso, nunca después de la suscripción de los contratos. (...) El principio de responsabilidad, impone al servidor público la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones efectuados con anterioridad. El principio de responsabilidad se encuentra el principio de selección objetiva en virtud del cual "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" (...) También se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto éstos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual. El principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad negocial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración. Para lograrlo, se debe velar igualmente por el cumplimiento del principio de publicidad en virtud del cual se debe poner a disposición de los administrados, las actuaciones de la administración, con el objetivo de garantizar su transparencia y permitir la participación de quienes se encuentren interesados. Finalmente, la efectividad del principio de igualdad "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". Al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la contratación estatal. Lo anterior, para evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean

suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez. (...) Así las cosas, las anteriores constataciones evidencian que el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, adelantó un procedimiento sin el lleno de los requisitos exigidos para su validez, con directa violación de los principios de transparencia, igualdad y selección objetiva establecidos en la Ley 80 de 1993. Este hecho configura la nulidad absoluta de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 suscritos con el señor Carlos Edgar Moreno Ríos, por cuanto fueron celebrados contra expresa prohibición legal, contenida en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en virtud de la cual, "las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto".

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25

NOTA DE RELATORIA: En relación con los principios de economía, responsabilidad y selección objetiva consultar sentencia de 29 de agosto de 2007, expediente número 15324, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, actor Rubén Pérez Romero.

CONTRATO ESTATAL - Nulidad absoluta. La más grave sanción que se pueda imponer a los negocios jurídicos / NULIDAD ABSOLUTA - Causales / NULIDAD DEL CONTRATO - Inaplicación de los principios de contratación

La nulidad absoluta de los contratos se refiere, entonces, a su pérdida de validez con ocasión de vicios imposibles de sanear, y se constituye en la más grave sanción que se pueda imponer a los negocios jurídicos por cuanto hace desaparecer sus efectos al buscar devolver las cosas al estado en el que se encontraban con anterioridad a la suscripción del contrato. En este sentido, con el ánimo de preservar el principio de legalidad y el orden público, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 define expresamente, los eventos que generan nulidad absoluta, así: Art. 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: 1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; 3. Se celebren con abuso o desviación de poder; 4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y 5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley. Al respecto esta Sala ha dicho que "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". Por lo anterior, con el objetivo de comprobar la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta, es preciso hacer un "examen detallado acerca de las condiciones, los requisitos y los elementos de validez existentes al momento de la celebración del contrato" (...) En conclusión, por encontrar probado tanto el desconocimiento del procedimiento para la selección del contratista, como la violación del principio de selección objetiva, esta Sub Sección encuentra que los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 están viciados y en consecuencia, declarará la nulidad absoluta de los mismos por la segunda causal descrita en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 referida a los contratos celebrados con contra expresa prohibición constitucional o legal. Ahora, antes de pasar a definir las restituciones mutuas resultantes de la declaración de la nulidad absoluta, esta Sub Sección encuentra indispensable insistir en la obligatoriedad de los principios que inspiran la contratación estatal, por cuanto prácticas como las realizadas por los funcionarios del Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, que se constataron en el caso sub lite, en ningún caso pueden ser permitidas. En consecuencia, se compulsarán copias tanto a la Procuraduría General de la Nación como a la Fiscalía General de la Nación para que estudien la viabilidad jurídica de adelantar las investigaciones disciplinarias y penales por las infracciones en las que pudieron haber incurrido dichos funcionarios, si las acciones procedentes no se encuentran ya caducadas.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44

NOTA DE RELATORIA: "El primer obligado a acatar las disposiciones contractuales de selección objetiva y de perfeccionamiento contractual, es el propio Estado", en este sentido consultar sentencia de 22 de julio de 2009, expediente número 35026, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero, actor Integral S.A.; En relación al tema violación al régimen de prohibiciones y que la prohibición sea exprese o explícita, ver sentencia de mayo 2 de 2007, expediente número 15599, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, actor Nohora Chaparro de Torres.

CONTRATO ESTATAL - Nulidad absoluta / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL - Consecuencias / RESTITUCIONES MUTUAS - El contratista habrá de restituir los anticipos y la administración habrá de reconocer los gastos probados en el proceso / NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL - Restituciones mutuas. No aplica el pago de intereses

Como lo expresa la Sala, "La nulidad absoluta del contrato hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada -o la cláusula pactada cuando el vicio de nulidad absoluta recae solamente sobre alguna de ellas-, para que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato anulado; cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual". En efecto, la declaración de nulidad absoluta de los contratos retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con anterioridad a la celebración de los mismos, y en consecuencia, se impone la obligación de reintegrar lo recibido, "inclusive a modo de cumplimiento anticipado de las obligaciones que del contrato prometido emanan, en la hipótesis, claro está, de que tales obligaciones así contraídas se hubiesen empezado a ejecutar (...) pero es evidente que existen eventos en los cuales ello no es posible, no se pueden volver las cosas al estado anterior, como sucede por ejemplo, cuando no se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes, que es el caso de los contratos de tracto sucesivo, tales como los de suministro de bienes de consumo, prestación de servicios, obra pública, concesión, etc. etc., en los cuales las prestaciones se han cumplido y no pueden restituirse". A propósito de los contratos sobre los que versa el caso sub lite, se tiene que si bien las obras no fueron totalmente ejecutadas, la administración adelantó unos pagos a título de anticipo que fueron efectivamente cobrados, y el contratista incurrió en algunos gastos con ocasión del inicio de la ejecución de las obras. Así las cosas, la Sala

entiende que el contratista habrá de restituir los anticipos y la administración habrá de reconocer los gastos probados en el proceso. (...) Los intereses son una prestación accesoria a la obligación principal de restituir un dinero debido. En el caso sub lite, no estamos frente al incumplimiento de una obligación contractual que obligue al pago de una suma de dinero, y en consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de intereses remuneratorios ni moratorios, pues al no existir la obligación principal, tampoco existen las accesorias.

NOTA DE RELATORIA: En relación con los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, consultar sentencia de 18 de marzo de 2010, expediente número 14390, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, actor Sociedad Compañía de Inversiones y Proyectos Coinverpro Ltda.

NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL - Restituciones mutuas / APELANTE UNICO - Principio de la reformatio in pejus. No aplica

Independientemente de que el contratista hubiere sido el único apelante por cuanto en el caso sub lite no opera el principio de reformatio in pejus. En efecto, como lo dijo esta Sub-Sección. "El principio de la reformatio in pejus impide que, por regla general, se haga más gravosa la situación del apelante único, principio éste que admite como excepción, además del evento en "que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella", aquel en que debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte que no apeló. Esta garantía, constitucional, por cierto, ampara un derecho individual como lo es el de la parte que resultó parcialmente vencida en el proceso, consistente en que, si apela, no puede ser modificado lo que le fue favorable porque la contraparte, al no recurrir, consintió en lo que se decidió en su contra (...) En conclusión, en la reformatio in pejus, las facultades del juez se restringen para proteger el derecho individual del apelante único. (A su turno), las nulidades absolutas son sanciones que prevé la ley para aquellos negocios jurídicos que contravienen, entre otros, el orden público y las normas imperativas. Significa lo anterior que las nulidades absolutas protegen intereses generales y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y que las facultades del juez se incrementan pues las puede decretar oficiosamente. En consecuencia, si en el trámite de la segunda instancia, que se surte en virtud del recurso de un apelante único, se advierte una causal de nulidad absoluta, es poder-deber del juez el decreto oficioso de ella porque se lo impone el control de legalidad que el ordenamiento le manda en aras de la protección del interés general que envuelve la defensa del orden público y la normas imperativas. Por lo tanto, jamás podrá decirse que, en un caso como el que se acaba de mencionar, el decreto oficioso de la nulidad absoluta lleve consigo la violación del principio de la reformatio in pejus porque la protección del orden jurídico es un interés general que debe prevalecer sobre el interés particular que contiene el principio de no reformar la sentencia en perjuicio del apelante único".

NOTA DE RELATORIA: En este sentido consultar sentencia de 24 de enero de 2011, expediente número 16326, Consejero Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, actor Abelardo Trujillo Mellizo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767)

Actor: CARLOS EDGAR MORENO RINCON

Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA; SECRETARIA DE HACIENDA

Resuelve la Sub-Sección el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 16 de septiembre de 1999, por medio de la cual niega las súplicas de la demanda. La sentencia será revocada.

ANTECEDENTES

1. La demanda

El 20 de abril de 1995 el actor interpuso la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A., solicitando:

"Primera. Que el departamento de Cundinamarca, en adelante el departamento, incumplió los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94, celebrados con el ingeniero Carlos Edgar Moreno Rincón, en adelante el contratista, para obras de remodelación en el edificio Nemqueteba de Bogotá.

Segundo: Que se declare la terminación de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94.

Tercera. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, El Departamento debe pagar al contratista las obras ejecutadas y los perjuicios que le causó con su incumplimiento, así:

a). Pago de las obras ejecutadas: Treinta millones de pesos (\$30´000.000) o el valor que resulte de su estimación pericial.

- b). Intereses de mora a la tasa máxima emitida por la ley sobre el valor de las obras anteriores, desde su ejecución hasta cuando el pago se realice.
- c). Utilidad legítima dejada de percibir (20% sobre el valor de los tres (3) contratos), más corrección monetaria = \$48.800.000 (Cuarenta y ocho millones ochocientos mil pesos) (Costo histórico).
- d). Gastos realizados para la legalización de los contratos, más corrección monetaria = \$5.000.000 (cinco millones de pesos) (Costo histórico).
- e). Gastos de administración y personal durante el plazo de ejecución de los contratos, más corrección monetaria = \$20.000.000 (veinte millones de pesos) (costo histórico).

Cuarta. Que el Departamento debe pagar las costas del proceso".

Para fundamentar el anterior *petitum*, el actor se basó en los hechos que se resumen a continuación (folio 3 cuaderno principal):

1. Entre el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, (en adelante, el Departamento) y el contratista, se celebraron los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 suscritos el 26 de noviembre, 19 de diciembre y 26 de noviembre respectivamente, para obras de remodelación en el edificio Nemqueteba en la ciudad de Bogotá. El primer contrato tuvo por objeto las obras civiles de la remodelación, el segundo las obras eléctricas y el tercero la construcción, ensamble e instalación de paneles, en la misma obra. Los tres contratos debían ejecutarse de manera coordinada por ser partes de un todo.
2. Inmediatamente después de la firma de los contratos el contratista comenzó su ejecución pero no pudo terminarla por cuanto el Departamento incurrió en los siguientes incumplimientos contractuales:
 - a. Sólo designó interventor para el primer contrato, a pesar de los requerimientos hechos;
 - b. No definió los precios unitarios de las obras complementarias y extras, necesarios para la ejecución de las obras;
 - c. No aprobó el cronograma de actividades enviado oportunamente por el contratista;
 - d. No aprobó los planos entregados por el contratista y necesarios para adelantar los trabajos;
 - e. No definió las actividades indispensables, localizaciones, manejo de líneas y diseños;
- f. Se negó a tramitar la primera acta de obra del primer y tercer contratos arguyendo que no había acta de iniciación de obra, a pesar de que no estaba contemplado como requisito en el texto del contrato.
3. El Departamento propuso el 8 de marzo al contratista, que suspendiera la ejecución de los contratos mientras aquél tomaba alguna determinación con respecto a la continuidad de las obras por cuanto las oficinas de la Secretaría de Hacienda ya no se trasladarían allí. Dicho acuerdo se elaboraría a través de la suscripción de un acta que dispondría la suspensión con fechas pasadas; es decir, el 8 de marzo se pretendía firmar un acuerdo en el que se declaraba que la obra había estado suspendida entre el 20 de enero al 20 de febrero de 1995. El 14 de marzo el actor solicita al Departamento, por un lado, cambiar las fechas de suspensión de manera tal que fueran futuras, y por el otro, definir el monto de indemnización por las utilidades dejadas de percibir durante dicha suspensión; el Departamento se niega y consecuentemente, se vence el plazo de ejecución de los contratos.

Con el objetivo de demostrar lo anterior, solicita las siguientes pruebas documentales: copia de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 e informe escrito del Gobernador de Cundinamarca sobre la ejecución de los contratos. Adicionalmente solicita que se decrete la práctica de un dictamen pericial a través del cual se acredite la ejecución de las obras y su valor. Ninguna de las pruebas fue objetada por la parte demandada.

2. La contestación de la demanda

El demandado contesta la demanda el 22 de agosto de 1995, oponiéndose a todas las pretensiones, pues considera que el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, no incumplió los contratos aludidos. Indica, por el contrario, que el Departamento se vio afectado por el incumplimiento de las cláusulas contractuales en el que incurrió el contratista. Finalmente declara haber realizado anticipos correspondientes al 50% del valor de los contratos por un total de \$118.187.890.

Para demostrar lo anterior, solicita el testimonio de siete personas (folio 14 del cuaderno principal).

3. Los alegatos de conclusión

El día 3 de agosto de 1999, el demandante en su escrito de alegatos, subraya que *"el dictamen pericial, no controvertido por el demandado, prácticamente define la situación en la respuesta décima primera dada por la Ingeniera Bertha Elizabeth González de Márquez: De conformidad con la respuesta dada a la presente por el Ingeniero ORTIZ, y a los apartes anteriores de la dada por el Ingeniero BELTRÁN, al estudio de todo el expediente, a la forma en que se efectuaron los contratos, a sus plazos, a la no existencia de Interventoría al inicio de las obras y la demora en sus nombramientos, a la poca comprensión (por decirlo de alguna manera) por parte de la interventoría, el Contratista no podía ejecutar los trabajos objeto de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94"* (folio 167 del cuaderno principal).

Por su parte, el demandado presenta el 9 de agosto de 1999, escrito en el que explica que *"por un hecho desafortunado se malogró la práctica de testimonios que hubieran sido de gran importancia para demostrar que el Departamento no incumplió ninguno de los contratos, al contrario resulto (sic) bastante afectado en cuanto a las pérdidas económicas representadas principalmente en el lucro cesante (...) CARLOS EDGAR MORENO RINCÓN no logró probar en el proceso que el Departamento hubiera incumplido los contratos del mismo, el dictamen pericial rendido en el mes de septiembre de 1996 fue prácticamente demostrativo de que si bien el Departamento cometió algunas fallas en cuanto a la forma de los contratos, se perjudicó enormemente con la contratación efectuada (...) Por estos breves razonamientos considero que no deben ser despachadas favorablemente las pretensiones del demandante"* (folio 171 del cuaderno principal).

4. La providencia impugnada

El Tribunal, en la sentencia que se estudia, negó las pretensiones del actor argumentando que *"En definitiva el problema de este pleito se reduce a lo siguiente: faltando escasos días para el término del periodo para el cual fue elegido el gobernador de Cundinamarca, este decide celebrar un contrato con el demandante. Pasados unos días, se posesiona la nueva gobernadora, quien determina que la Secretaría de Hacienda no se pase a los niveles 1 a 3 del edificio Nemqueteba, los que al efecto se van a remodelar. Entre tanto sin la designación de interventor, sin la firma de acta de obra, sin planos aprobados, el contratista recibe el anticipo e inicia sus trabajos (...) el actor como ciudadano sabe, que el período del gobernador que firma el contrato con él se ha vencido. Como ingeniero constructor y contratista del Estado sabe que no se puede contratar sin la existencia de un proyecto y de unos planos; que no se puede iniciar la obra sin la firma del acta, sin el nombramiento de los interventores. Cuando la administración le comunica que ha decidido no utilizar las oficinas para la Secretaría de Hacienda, y le pide que firmen una suspensión, se niega (...) Participó el demandante de una conducta impropia: el fraccionamiento de un contrato. Por que? No hay manera de afirmarlo. Desconocemos si sumados los tres deban lugar a licitación pública, o por lo menos, tal parece a la necesidad de contratar directamente, previa invitación pública (...) Si bien es cierto que hay unos contratos celebrados por la administración pública los que se deben honrar, pero también lo es, que regular o irregularmente con razón o sin ella desaparece la finalidad para la cual se suscribieron, la administración decide no trasladar la Secretaría de Hacienda del lugar, desaparece la causa del contrato, desaparece la finalidad, no hay una vocación de permanencia en el objetivo buscado por la administración pública"* (folio 181 cuaderno principal).

5. El recurso de apelación

El 31 de marzo de 2000 el actor interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, con el objetivo de que sea revocada, por cuanto *"La prueba pericial, no controvertida, demostró que el contratista no podía adelantar los trabajos contratados debido a la conducta asumida por el contratante. El a quo lo acepta en su sentencia pero disculpa al segundo diciendo que el Estado tiene el poder exorbitante de decidir no realizar la obra contratada (...) yo también creo lo mismo, siempre y cuando la decisión no obedezca al simple capricho y se adopte con ortodoxia"* (folio 191 cuaderno principal).

6. La intervención del Ministerio Público

En ejercicio de sus competencias legales, el Ministerio Público expuso las razones por las cuales solicita que se declare la nulidad absoluta de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 por cuanto *"se hizo a través de indebido fraccionamiento de contratos para evitar el trámite de la licitación pública establecido precisamente para garantizar la selección objetiva y transparente de los contratistas"* (folio 218 del cuaderno principal).

7. La competencia de la sub-sección.

Los contratos de obra pública números SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 fueron suscritos en vigencia de la Ley 80 de 1993, y del Decreto 855 de 1994 por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de contratación directa. El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de obra pública son estatales¹, y en consecuencia, los litigios que de éste surjan son de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, y el artículo 129 del C.C.A. modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998 referido a la competencia del Consejo de Estado en segunda instancia, indica: *"El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales (...)"*, en el mismo sentido del artículo 212 del C.C.A., subrogado por el artículo 51 del Decreto 2304 de 1989.

CONSIDERACIONES

La Sub-Sección pasa a argumentar las razones por las cuales declarará la nulidad absoluta de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 suscritos entre el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, y el señor Carlos Edgar Moreno Ríos. Para ello analizará: 1) el principio de transparencia y la prohibición, implícita, de fraccionar contratos con el objetivo de eludir la obligación de adelantar procesos de licitación pública; 2) la obligatoriedad de cumplir los otros principios de la contratación estatal; 3) las causales de nulidad absoluta contenidas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993; y 4) el caso concreto.

1. Del principio de transparencia

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, *"la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines"*. Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deben supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal.

El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe "edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de las 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; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración"².

En consecuencia, con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garanticen la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993³, de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa.

En relación con el procedimiento de licitación pública, esta Sala ha dicho que el mismo "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, participa del carácter 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"⁴.

Por su parte, la contratación directa, también sujeta al cumplimiento de requisitos y procedimientos específicos, es permitida, entre otros casos, cuando el contrato a suscribir no supera el monto de menor cuantía, que en este caso es el estipulado en el literal a) del numeral primero del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 vigente en la época de suscripción de los contratos bajo estudio⁵. Sobre ella, el artículo segundo del Decreto 855 de 1994 estipula que "En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993"⁶.

En este sentido, esta Sala ha reiterado que "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"⁷. En consecuencia, el desconocimiento de los principios, y en especial del principio de transparencia está expresamente prohibido en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual, "las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto".

Como hemos visto, es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa "sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés"⁸. Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad.

1.1. Del fraccionamiento de contratos

Cuando la contratación directa se realiza burlando el proceso licitatorio a través del fraccionamiento del contrato, es decir, buscando que ninguno de los contratos resultantes de dividir un mismo objeto supere el monto de la cuantía requerida para la licitación, se están desconociendo los principios que inspiran la contratación pública⁹. Al respecto, aunque la conducta de fraccionar los contratos no está prohibida expresamente en la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia y la doctrina han sido claras en que la prohibición está implícita si tenemos en cuenta los aspectos esenciales de los principios y reglas que informan el estatuto contractual.

En efecto, se ha considerado que "Si bien dicha figura no aparece dentro del estatuto actual en los mismos términos de los estatutos anteriores, ello obedece a la estructura misma de la ley 80, puesto que se pretendió terminar con la exagerada reglamentación y rigorismo y en cambio se determinaron pautas, reglas y principios, de los que se infiere la prohibición del fraccionamiento, y que se traduce en distintas disposiciones como la regla contenida en el numeral 8º del artículo 24, según la cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al propio tiempo les prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en dicho estatuto"¹⁰.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el fraccionamiento indebido de contratos tiene lugar, "en los eventos en los cuales la administración para eludir el procedimiento de licitación pública, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas. En su demostración, deben confluir las circunstancias siguientes: i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así, ii) determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues solo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública"¹¹.

Finalmente, esta Corporación en sentencia del 3 de octubre de 2000¹², expresó que los principios de la contratación estatal se violan cuando "se celebran directamente varios contratos, cada uno de menor cuantía y todos con el mismo objeto, si sumadas sus cuantías resulta ser que se contrató un objeto único, por cuantía superior, que por lo mismo debió ser materia de licitación o concurso. Y eso es fraccionar lo que, en realidad, constituye un solo contrato, y eludir el cumplimiento de la ley (...) Pero, ¿cuándo se trata de un mismo objeto? (...) La ley no lo dice, pero un objeto es el mismo cuando es naturalmente uno. Dicho en otros términos, se fracciona un contrato cuando se quebranta y se divide la

unidad natural de su objeto".

Por desconocer los principios que inspiran la contratación estatal, el fraccionamiento de contrato impone al juez la obligación de declarar su nulidad absoluta en los términos de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993. En este sentido, como se verá más adelante, en el caso *sub lite* el acervo probatorio permite demostrar el fraccionamiento del contrato, y en consecuencia se declarará la nulidad absoluta de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 suscritos entre el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, y el señor Carlos Edgar Moreno Ríos.

2. De la obligatoriedad de cumplir los demás principios de la contratación estatal.

Por la importancia que revisten los principios de la contratación estatal en el caso *sub lite*, por haber sido desconocidos en la suscripción de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 suscritos entre el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, y el señor Carlos Edgar Moreno Rincón, a continuación se reitera la posición de la Sala con respecto a su contenido y alcance.

El principio de economía pretende 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"*¹³. Al efecto, la administración está en la obligación de verificar la disponibilidad presupuestal requerida para amparar los compromisos que surgen de la relación contractual, además de contar con los estudios de viabilidad y pliegos de condiciones.

De acuerdo con lo que se ha dicho, este principio exige al administrador público el cumplimiento de *"procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable (...) "*¹⁴. En efecto, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 especifica que dichos requisitos deben cumplirse con anterioridad a la apertura de los procesos licitatorios o invitaciones a proponer, y en todo caso, nunca después de la suscripción de los contratos. Los requisitos son, entre otros, la existencia de las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales; los estudios de conveniencia del objeto a contratar; las autorizaciones y aprobaciones necesarias para la contratación; estudios, diseños y proyectos que sustenten el pliego de condiciones¹⁵; reservas y compromisos presupuestales¹⁶; etc.

Por su parte, el principio de responsabilidad, impone al servidor público la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones efectuados con anterioridad.

En íntima relación con el principio de responsabilidad se encuentra el principio de selección objetiva en virtud del cual *"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"*¹⁷. Así las cosas, *"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"*¹⁸. Dichas reglas son el fundamento de la selección del contratista, pues fijan las pautas que serán aplicadas al momento de la evaluación de ofertas.

Adicionalmente, también se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto éstos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual. En consecuencia, el principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad comercial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración¹⁹.

Al respecto, esta Sala en sentencia del primero de diciembre de 2008²⁰, explicó que:

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

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

El principio de planeación reviste la mayor importancia para garantizar la legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo relacionado con la etapa previa a la celebración del contrato y aunque dicho principio no fue definido por la Ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos, disposiciones todas orientadas a que la Administración cuente, con anterioridad al proceso de selección, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado".

Para lograrlo, se debe velar igualmente por el cumplimiento del principio de publicidad en virtud del cual se debe poner a disposición de los administrados, las actuaciones de la administración, con el objetivo de garantizar su transparencia y permitir la participación de quienes se encuentren interesados.

Finalmente, la efectividad del principio de igualdad *"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 administración²¹.

En conclusión, al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la contratación estatal. Lo anterior, para evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez.

3. De la nulidad absoluta del contrato estatal. Causales.

La nulidad absoluta de los contratos se refiere, entonces, a su pérdida de validez con ocasión de vicios imposibles de sanear, y se constituye en la más grave sanción que se pueda imponer a los negocios jurídicos por cuanto hace desaparecer sus efectos al buscar devolver las cosas al estado en el que se encontraban con anterioridad a la suscripción del contrato.

En este sentido, con el ánimo de preservar el principio de legalidad y el orden público, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 define expresamente, los eventos que generan nulidad absoluta, así:

Art. 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:

1. Se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;
3. Se celebren con abuso o desviación de poder;
4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

Al respecto esta Sala ha dicho que *"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"*²².

Por lo anterior, con el objetivo de comprobar la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta, es preciso hacer un *"examen detallado acerca de las condiciones, los requisitos y los elementos de validez existentes al momento de la celebración del contrato"*²³.

En todo caso, por cuanto es de interés para el caso *sub lite*²⁴, en relación con la causal segunda recién transcrita, esta Sala ha dicho 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"*²⁵.

4. El caso concreto

Como se expuso en los antecedentes, en el caso *sub lite* tenemos tres contratos de obra suscritos entre el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, y el señor Carlos Edgar Moreno Rincón para la remodelación de los niveles 1, 2 y 3 del Edificio Nemqueteba en la ciudad de Bogotá. Al respecto, la Sub Sección pasa a argumentar las razones por las cuales accederá a la solicitud del Ministerio Público de declarar la nulidad absoluta de dichos contratos por haber sido suscritos sin los requisitos necesarios para su validez. En este sentido, se comprobará, de un lado, la unidad de objeto de los contratos suscritos para así demostrar su fraccionamiento, y de otro lado, el incumplimiento de las exigencias legales para la suscripción de contratos estatales. Lo anterior, con el fin de declarar la consecuente nulidad absoluta de los contratos suscritos y definir lo relativo a las restituciones mutuas.

4.1. Unidad de objeto de los contratos suscritos.

De acuerdo con lo que se ha expuesto hasta el momento, la unidad de objeto en materia de contratación estatal, se pregona de aquellos contratos cuyo objeto *"es naturalmente uno"*²⁶. Así las cosas, la Sub Sección entiende que dicha unidad se reputa natural cuando para el cumplimiento de uno de sus elementos se requiere necesariamente el cumplimiento del otro, es decir, que sólo a través de la sumatoria de cada uno de ellos, se obtiene el *producto final* deseado con la contratación; en consecuencia, el incumplimiento de cualquiera de ellos arruina la posibilidad de satisfacer la necesidad identificada para contratar, por cuanto son interdependientes.

El caso *sub lite* gira en torno a la existencia de tres contratos suscritos entre el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, y el señor Carlos Edgar Moreno Rincón, con el único objetivo de remodelar los niveles 1, 2 y 3 del Edificio Nemqueteba en la ciudad de Bogotá.

Para el logro de dicho objetivo, la cláusula primera del contrato SH-A-017-94 dispone: *"OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar para EL DEPARTAMENTO, Secretaría de Hacienda, por el sistema de precios unitarios, según los términos de este contrato, la (sic) obras necesarias para*

remodelación de los niveles 1, 2 y 3 del edificio Nemqueteba ubicado en la calle 14 No. 7-36, de la ciudad de Santafé de Bogotá de acuerdo al presupuesto de obra de Noviembre 2 de 1994, presentada por el CONTRATISTA, el cual hace parte integrante de este contrato²⁷.

A su turno, la cláusula primera del contrato SH-A-019-94 reza: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar para EL DEPARTAMENTO, Secretaría de Hacienda, por el sistema de precios unitarios, según los términos de este contrato, la (sic) obras necesarias para remodelación en las instalaciones eléctricas e iluminación de los niveles 1, 2 y 3 del edificio Nemqueteba ubicado en la calle 14 No. 7-36, de la ciudad de Santafé de Bogotá de acuerdo al presupuesto de obra de Noviembre 20 de 1994, presentada por el CONTRATISTA, el cual hace parte integrante de este contrato²⁸.

Finalmente, la cláusula primera del contrato SH-A-025-94 dice: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar para EL DEPARTAMENTO, Secretaría de Hacienda, por el sistema de precios unitarios, según los términos de este contrato, la (sic) obras necesarias para la construcción, ensamble e instalación de paneles para oficina niveles 1 y 2 del edificio Nemqueteba ubicado en la calle 14 No. 7-36, de la ciudad de Santafé de Bogotá de acuerdo al presupuesto de obra de Noviembre 20 de 1994, presentada por el CONTRATISTA, el cual hace parte integrante de este contrato²⁹.

Aún cuando podría haber fraccionamiento de contratos en situaciones en las que existan múltiples objetos en materia contractual, en esta oportunidad la Sub-Sección se limitará a evidenciar el objeto único de los tres contratos cuyas primeras cláusulas se acaban de transcribir, subrayando lo siguiente:

1. Bien inmueble: De acuerdo con la cláusula primera recién transcrita, se tiene que los tres contratos versaron sobre un mismo bien inmueble, que de acuerdo con lo que se infiere de la carta enviada por la interventora del contrato SH-A-017-94 a la doctora Nohora Margarita Sanabria Ramírez, Jefe de la Dirección Jurídica de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca, el 14 de marzo de 1995 (folio 18 del cuaderno 3), debía ser remodelado para poder trasladar allí, las oficinas de la Secretaría de Hacienda del Departamento de Cundinamarca. Independientemente del destino que tuvieran los niveles 1, 2 y 3 del edificio Nemqueteba, es evidente que la remodelación de los mismos, para que fuera completa, requería tanto de las obras civiles, como de las obras eléctricas y de iluminación, y de la instalación de paneles y puestos de trabajo, pues cada objeto independientemente considerado, en ningún caso podría reputarse como remodelación.

2. Cantidad de obra y precios unitarios: Así mismo, la cláusula segunda del contrato SH-A-017-94 sobre la cantidad de obra y precios unitarios, incluye la obligación de ejecutar obras tendientes, entre otras, al "I.1. Diseño eléctrico tres niveles cálculo del sistema de: iluminación general y local, tipos de luminarias, consumo y controles, circuitos de tomacorrientes, malla a tierra, transformadores"³⁰. A su turno, la cláusula segunda del contrato SH-A-019-94 dispone la cantidad y los precios unitarios referidos a la iluminación general y local, especificando la red de energía, los transformadores de distribución, el cableado, los tomacorrientes, los suministros e instalación de lámparas, etc., todo lo cual debería estar sujeto a los diseños que se hicieran en cumplimiento del contrato SH-A-017-94. Esta Sub Sección encuentra apenas lógico, que dicha distribución de iluminación, estuviera sujeta a la distribución de los puestos de trabajo a la que hace referencia la cláusula segunda del contrato SH-A-025-94.

3. Vigencia, plazo y término: El contrato SH-A-017-94 se suscribió el 26 de noviembre de 1994; el contrato SH-A-019-94 se suscribió el 19 de diciembre de 1994; el contrato SH-A-025-94 se suscribió el 26 de noviembre de 1994. Al respecto, la cláusula quinta es idéntica en los tres contratos; la misma establece: "QUINTA. VIGENCIA Y PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO: La vigencia del presente contrato será de seis meses (6) y el plazo de ejecución de setenta y cinco días". Así mismo, la cláusula décima tampoco varía entre los tres documentos; la misma dice: "DÉCIMA: Término. EL CONTRATISTA iniciará la ejecución de las obras en la fecha del perfeccionamiento del contrato y terminará su ejecución dentro de los setenta y cinco (75) días siguientes a la fecha de su perfeccionamiento". En este sentido, la Sub Sección encuentra que hay coincidencia en el lapso conferido para la ejecución de las obras, lo cual también se constata en el cronograma de trabajo que obra en el folio 46 del cuaderno 2, en el que se muestra con claridad, la interdependencia de los contratos, pues dicho cronograma indica la necesidad de iniciar con las obras descritas en los contratos SH-A-017-94 y SH-A-025-94; posteriormente explica que estas deben ser suspendidas mientras se adelantan las obras descritas en el contrato SH-A-019-94; finalmente indica la posibilidad de retomar los pendientes del contrato SH-A-025-94, pues no de otra manera podría darse cumplimiento al objeto único que comparten los tres contratos, que es la remodelación de los niveles 1, 2 y 3 del edificio Nemqueteba en Bogotá.

Adicionalmente, no solo se evidencia la unidad de objeto de los contratos refiriendo la interdependencia entre los mismos de la manera que se acaba de explicar, sino por el entendimiento mismo que de los hechos tienen los intervinientes en el proceso. En efecto, en el texto de la demanda, el demandante para fundamentar sus pretensiones expresó: "1. el Departamento de Cundinamarca celebró con el demandante los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 para la remodelación del edificio Nemqueteba. El primer contrato tuvo como objeto, las obras civiles, el segundo las eléctricas, y el tercero construcción y ensamble e instalación de paneles, siendo los tres partes de un todo" (folio 175 del cuaderno principal).

Por su parte, el demandado en la contestación a la demanda, al referirse a los hechos que fundamentan las pretensiones del demandante, expresa que en referencia "Al 1º, 2º, 3º y 4º. Si es cierto". Esta Sub Sección subraya que el hecho número 1º hace referencia a que los tres contratos son "partes de un todo" (folio 14 del cuaderno principal).

A su turno, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al proferir sentencia expresó: "1. (...) Como la demanda bien lo dice se trataba de un solo contrato. Esto significa que los celebrantes, fraccionaron el contrato pues se trataba de hacer remodelaciones en un mismo lugar, en los pisos uno a tres del edificio Nemqueteba" (folio 177 del cuaderno principal).

Los peritos, en su pronunciamiento inicial, aportan su experticia de manera tal que permiten, igualmente, identificar la interdependencia entre los contratos de la siguiente manera:

**Folio 191 del cuaderno 4: "Según la documentación analizada se deduce que la ejecución de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 se volvió un "círculo vicioso", por lo siguiente: lo primero que se debió hacer antes de iniciar los trabajos de demolición (contrato SH-A-017-94), era el de solicitar a la interventoría la entrega del organigrama de funcionamiento de la Secretaría de Hacienda para el estudio de necesidades, coordinación y correlación de dependencias y establecimiento de número de puestos de trabajo, es decir, iniciar el contrato SH-A-025-94 en su parte pertinente a esta actividad. Simultanea o posteriormente efectuar el levantamiento físico del sistema actual de los sistemas eléctrico incluyendo la iluminación, telefónico y red lógica de computadores, es decir, dar comienzo al contrato SH-A-017-94 en su parte pertinente a esta actividad".*

**Folio 196 del cuaderno 4: "La Secretaría de Hacienda como entidad contratante ha debido llevar un orden lógico para la contratación de los trabajos a que hace referencia los tres contratos, por cuanto la prioridad era contar con el estudio arquitectónico, es decir, la distribución de los puestos de trabajo, base para el resto de los estudios eléctricos, iluminación, telefónico y red de computadores, pues tenía la obligación de contar previamente con ese estudio básico para proceder posteriormente a convocar invitación pública para presentar propuestas para la construcción de las redes eléctricas, pues esta obra es función de la ubicación del personal (¿dónde se van a colocar las tomas de corriente, las lámparas (iluminación), los computadores, los conmutadores, aparatos telefónicos, etc.?), pues lo contrario, sería absurdo".*

Todo lo anterior, demuestra que efectivamente los contratos que nos convocan hacen parte de un todo, y en este sentido, debió gestionarse como un solo contrato. Lo anterior tiene las repercusiones jurídicas que se expondrán más adelante.

4.2. Del procedimiento de escogencia del contratista

Con la anterior claridad, entra la Sub Sección a analizar el cumplimiento de las exigencias legales para la suscripción de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 suscritos entre el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, y el señor Carlos Edgar Moreno Rincón, abordando inicialmente lo relacionado con el principio de transparencia, para después ahondar en las otras exigencias sustanciales.

Comprobado como está que los tres contratos cuentan con unidad de objeto, y que el valor de cada uno ascendió a \$97.569.540 (SH-A017-94), \$48.653.317 (SH-A-19-94), \$97.692.098 (SH-A-125-94), la sumatoria da un total de \$243.914.955.

De acuerdo con lo establecido en el literal a) del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, "1. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: a) Menor cuantía para la contratación. Para efectos de la contratación pública se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos legales mensuales. Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1'200,000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales (...)".

Para el año de la suscripción de los contratos, el presupuesto del Departamento de Cundinamarca ascendía, según informe del Director de Presupuesto de la Secretaría de Hacienda solicitado por el Ministerio Público, obrante en el folio 221 del cuaderno principal, a \$119.702.997.000 equivalentes a 1'212,793 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En consecuencia, la menor cuantía tenía como límite \$98.700.000 por cuanto el salario mínimo legal mensual correspondiente al año 1994 era de \$98.700, según lo especifica el Decreto 2548 de 1993.

Así las cosas, el valor de la sumatoria de los contratos supera, en mucho, el valor de la cuantía mínima y en consecuencia, la suscripción de los mismos debía hacerse previo procedimiento de licitación pública.

En este sentido, la Sub Sección considera que existió una actitud deliberada por parte del Departamento dirigida a desconocer las normas de derecho público, por cuanto teniendo la necesidad de contratar una obra cuyo monto imponía la obligación de adelantar un proceso de licitación, hábilmente fraccionó el contrato de manera tal que ninguna de sus partes superara dicha cuantía y pudiera, entonces, realizar procedimientos de contratación directa.

Así las cosas, se entiende que el Departamento eludió uno de los requisitos indispensables para la validez del acto jurídico, conclusión que se refuerza en el hecho de que la selección del contratista se hizo sin saber cuál era la oferta más favorable para la administración, como se detallará más adelante. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el principio de selección objetiva implica que "la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva"³¹.

Así mismo, el incumplimiento de los procedimientos que regulan la materia, de acuerdo con la posición de esta Corporación, implica que el administrador público "Inobservó los principios de transparencia, economía, selección objetiva y responsabilidad, cuando celebró contratos o convenios superando el tope de la contratación directa sin la formalidad de la licitación pública y fraccionando las cantidades de obra que correspondían al mismo objeto, con el fin de favorecer a algunos contratistas (...) Es en desarrollo del principio de transparencia que la selección del contratista siempre debe efectuarse por medio de licitación o concurso público, que suponen la escogencia objetiva del contratista sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés. Y es que el objeto de este principio es garantizar la imparcialidad, la igualdad de oportunidades en la celebración de contratos con las entidades estatales y la precitada selección objetiva"³².

En conclusión, esta Sub Sección encuentra probado que los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 suscritos entre el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, y el señor Carlos Edgar Moreno Rincón, están viciados de nulidad absoluta debido al desconocimiento del procedimiento para la selección del contratista, violando, en consecuencia, la *"prohibición general que contiene el numeral 8º del artículo 24 de la citada Ley 80, en el sentido de que las autoridades tienen prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva de contratistas"*³³.

4.3. De la selección objetiva

En la demanda formulada se solicitó como prueba *"el envío al Honorable Tribunal de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94, SH-A-025-94 en copia auténtica"* (folio 4 del cuaderno principal). La prueba fue decretada mediante auto sin número del 8 de mayo de 1995 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, en el que se lee: *"4. Por la secretaría de la Sección líbrese oficio a la Gobernación de Cundinamarca para que remita en copia auténtica y con destino al proceso todos los antecedentes administrativos de los contratos No. SH-A-017-94, SH-A-019-94, SH-A-025-94 suscritos con el señor Carlos Edgar Moreno Rincón"*. La solicitud de remisión de los documentos o expedientes integrantes de los antecedentes administrativos que dieron origen a los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94, SH-A-025-94 se realizó mediante oficio No. 95381 del 15 de junio de 1995 dirigido al Secretario General de la Gobernación de Cundinamarca (folio 10 del cuaderno principal). Esta solicitud fue respondida mediante oficio con número de radicación 001699 del 11 de agosto de 1995 (folio 81 del cuaderno 4).

De la totalidad de documentos aportados para responder a dicha solicitud, se infiere, por sus ausencias, que el Departamento no realizó estudio previo alguno para establecer la necesidad de la obra y la conveniencia de la contratación, ni definió pliegos de condiciones ni procedimientos de evaluación, requisitos todos indispensables para dar validez al contrato que resulte ser suscrito como resultado del proceso de selección³⁴. Al respecto, esta Corporación ha dicho que *"la falta de planeación por parte de las entidades públicas incide en la etapa precontractual, pero significativamente, en la etapa de ejecución, momento en el cual las omisiones de la Administración por falta de estudios y diseños definitivos generan serias consecuencias que llevan a modificar las cantidades de obra y las condiciones técnicas inicialmente pactadas, que a su turno generan incrementos en los costos del proyecto y en el más grave de los casos, paralización de obras por la falta de los recursos requeridos"*³⁵.

Por la importancia que tienen los actos preprocesales en la validez del contrato, esta Sección se ha pronunciado con el fin de subrayar que *"por la naturaleza misma del objeto a contratar, los criterios de selección varían en cada proceso y dependen de una adecuada etapa de planeación que debe efectuar la entidad para adelantar el proceso de licitación pública o concurso de méritos, es decir, de la realización de unos apropiados estudios previos que aseguren la consagración de unos criterios de selección que le posibiliten a la entidad la certeza de que la propuesta a escoger garantizará el desarrollo del objeto contractual materia de la adjudicación en el proceso de selección (Cfr. arts. 24, num. 5º, apartes b y c; 25, num. 3º y ss.; y 26, num. 1º y 3º, entre otros, de la L. 80/93) (...) Por eso el numeral 2º del artículo 30 de la Ley 80, ordena que la entidad interesada, en la fase de planeación, elabore los correspondientes pliegos de condiciones en los cuales deben detallarse, 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, que permitan ofrecimientos de igual naturaleza"*³⁶.

De lo que se encuentra en el expediente, se puede constatar:

*Que en lo relacionado con el contrato SH-A-017-94, el segundo aviso de la invitación pública indica que el término para la presentación de las ofertas es de cinco (5) días hábiles a partir de la fecha de su des-fijación que es el 6 de octubre de 1994; en este sentido, las ofertas debieron haberse presentado a más tardar el 14 de octubre (folio 323 del cuaderno 3). Las tres ofertas recibidas fueron radicadas el 2 de noviembre de 1994 (folios 288, 303 y 313), siendo todas extemporáneas.

*Que el contrato SH-A-019-94 se suscribió el 19 de diciembre de 1994, a pesar de que la oferta del proponente seleccionado no tenía fecha (folio 113 del cuaderno 3). Si bien lo anterior no comprueba que dicha propuesta fue extemporánea tampoco permite constatar que se hubiera presentado en tiempo. En efecto, el segundo aviso de la invitación pública indica que el término para la presentación de la oferta es de cinco (5) días hábiles a partir de la fecha de su des-fijación (10 de noviembre de 1994); los otros proponentes allegaron sus propuestas el 15 de diciembre (folios 115 y 119 del cuaderno 3) cuando debieron haberlas enviado a más tardar el 18 de noviembre. Adicionalmente, uno de los proponentes allegó el certificado de existencia y representación el 22 de diciembre de 1994 (folio 109 del cuaderno 3), es decir, 3 días después de la suscripción del contrato, de manera tal que de ninguna forma le era posible a la administración constatar el cumplimiento de los requisitos por parte de todos los proponentes en la evaluación que le correspondía realizar antes de suscribir el contrato.

*Que el contrato SH-A-025-94 se suscribió el 26 de noviembre de 1994, mientras que las ofertas de dos de los proponentes se allegaron al proceso de selección el 15 de diciembre (folio 170 y 193 del cuaderno 3). La oferta del contratista seleccionado no tiene fecha a pesar de que puede leerse en el acervo probatorio una firma de recibido del 15 de diciembre de 1994 (folio 202 del cuaderno 3). Esto quiere decir que el contrato fue suscrito sin que la administración tuviera la oportunidad de evaluar las propuestas y comparar los resultados para seleccionar al mejor de los oferentes por cuanto las mismas no fueron allegadas en tiempo. Adicionalmente, el contratista seleccionado lo fue sin haber certificado su existencia y representación por cuanto el documento lo allegó el 16 de diciembre de 1994 (folio 206 del cuaderno 3). A su turno, otro de los oferentes presenta los certificados de existencia y representación el 26 de diciembre de 1994 (folio 167-169 del cuaderno 3). Lo anterior permite concluir que la administración hizo la selección sin constatar que los oferentes cumplieran con los requisitos para ser contratados y sin realizar una evaluación y selección objetivas.

Así las cosas, las anteriores constataciones evidencian que el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, adelantó un procedimiento sin el lleno de los requisitos exigidos para su validez, con directa violación de los principios de transparencia, igualdad y selección

objetiva establecidos en la Ley 80 de 1993. Este hecho configura la nulidad absoluta de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 suscritos con el señor Carlos Edgar Moreno Ríos, por cuanto fueron celebrados contra expresa prohibición legal, contenida en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en virtud de la cual, *"las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto"* (subrayado fuera de texto).

4.4. De la declaración de nulidad absoluta de los contratos

Como ya lo ha dicho esta Sección, *"el primer obligado a acatar las disposiciones contractuales de selección objetiva, y de perfeccionamiento contractual, es el propio Estado"*³⁷. El desconocimiento de dichas disposiciones vicia el contrato de nulidad absoluta por haber sido celebrado contra expresa prohibición legal.

Así las cosas:

"se tiene que la violación a las normas constitucionales o legales, en la celebración de un contrato, acarrea como consecuencia la nulidad absoluta del contrato celebrado en tales condiciones, por cuanto toda vulneración del ordenamiento jurídico da lugar a la ilegalidad de los actos; pero no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos da lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que fueron señalados: Violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa o explícita"³⁸

En conclusión, por encontrar probado tanto el desconocimiento del procedimiento para la selección del contratista, como la violación del principio de selección objetiva, esta Sub Sección encuentra que los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 están viciados y en consecuencia, declarará la nulidad absoluta de los mismos por la segunda causal descrita en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 referida a los contratos celebrados con contra expresa prohibición constitucional o legal.

Ahora, antes de pasar a definir las restituciones mutuas resultantes de la declaración de la nulidad absoluta, esta Sub Sección encuentra indispensable insistir en la obligatoriedad de los principios que inspiran la contratación estatal, por cuanto prácticas como las realizadas por los funcionarios del Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, que se constataron en el caso *sub lite*, en ningún caso pueden ser permitidas. En consecuencia, se compulsarán copias tanto a la Procuraduría General de la Nación como a la Fiscalía General de la Nación para que estudien la viabilidad jurídica de adelantar las investigaciones disciplinarias y penales por las infracciones en las que pudieron haber incurrido dichos funcionarios, si las acciones procedentes no se encuentran ya caducadas.

4.5. De las restituciones mutuas³⁹

Como lo expresa la Sala, *"La nulidad absoluta del contrato hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada -o la cláusula pactada cuando el vicio de nulidad absoluta recae solamente sobre alguna de ellas-, para que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato anulado; cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual"*⁴⁰.

En efecto, la declaración de nulidad absoluta de los contratos retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con anterioridad a la celebración de los mismos, y en consecuencia, se impone la obligación de reintegrar lo recibido, *"inclusive a modo de cumplimiento anticipado de las obligaciones que del contrato prometido emanan, en la hipótesis, claro está, de que tales obligaciones así contraídas se hubiesen empezado a ejecutar (...) pero es evidente que existen eventos en los cuales ello no es posible, no se pueden volver las cosas al estado anterior, como sucede por ejemplo, cuando no se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes, que es el caso de los contratos de tracto sucesivo, tales como los de suministro de bienes de consumo, prestación de servicios, obra pública, concesión, etc. etc., en los cuales las prestaciones se han cumplido y no pueden restituirse"*⁴¹.

A propósito de los contratos sobre los que versa el caso *sub lite*, se tiene que si bien las obras no fueron totalmente ejecutadas, la administración adelantó unos pagos a título de anticipo que fueron efectivamente cobrados, y el contratista incurrió en algunos gastos con ocasión del inicio de la ejecución de las obras. Así las cosas, la Sala entiende que el contratista habrá de restituir los anticipos y la administración habrá de reconocer los gastos probados en el proceso.

4.5.1. Restitución a favor de la administración

En el caso *sub lite* se tiene que el Departamento canceló como anticipo las siguientes sumas:

*Orden de pago No. 5922 por un valor de \$47.285.286

*Orden de pago No. 5430 por un valor de \$47.330.941

*Orden de pago No. 5431 por un valor de \$23.571.663

Lo anterior, para un total de \$118.187.890 a precios de enero de 1995, por concepto de anticipo de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94. Actualizado el capital al mes de noviembre de 2010, tenemos un total de \$463.165.159.

4.5.2. Restitución a favor del contratista

Por su parte, la prueba pericial solicitada por el actor con el objeto de estimar los valores en los que incurrió con ocasión de la suscripción de los contratos, llega a las siguientes conclusiones:

*Con respecto a los diseños de puestos de trabajo y diseños eléctricos, los peritos lo valoran en un 60% de los valores contratados para el diseño, valor que asciende a \$4.473.000 (folio 141 cuaderno principal).

*Con respecto a las obras ejecutadas por el contratista para los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94, las estima en un valor de \$9.060.074 para enero de 1995 (folio 135 cuaderno principal);

*Con respecto a las obras que los peritos denominan extra-contractuales, su valor asciende a \$2.156.133 pero se considera que dicho monto no debe ser reconocido por cuanto las obras no estaban especificadas en el contrato y no se tenía autorización para realizarlas (folio 132 del cuaderno principal);

*Con respecto al costo de personal en el que incurrió el contratista en la ejecución de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94, el valor asciende a \$8.126.614 (folio 145 cuaderno principal).

*Con respecto a los gastos de legalización de los contratos, los mismos ascienden a \$6.592.664 (folio 133 cuaderno principal) para los tres contratos. Dado que del valor total del contrato (\$243.914.955) sólo se ejecutó el 9,75% (\$23.815.821 - correspondientes a la sumatoria de los rubros indicados por concepto de diseños de puestos de trabajo y diseños eléctricos, obras ejecutadas, obras extra-contractuales y costo de personal-), se considera que los gastos de legalización a ser reconocidos deberían entonces limitarse al 9,75% del valor total (\$642.785).

En este sentido, la prueba pericial reconoce que el contratista incurrió en gastos por un total de \$24.458.606 durante la parcial ejecución de los contratos, a precios de enero de 1995. Actualizado el capital al mes de noviembre de 2010, tenemos un total de \$96.034.241.

Así las cosas, dado que el actor está en la obligación de restituir la suma de \$463.165.159, y el Estado la suma de \$96.034.241, se dispondrá que el señor Carlos Edgar Moreno Rincón restituya al Departamento de Cundinamarca la suma de \$367.130.918.

Lo anterior, independientemente de que el contratista hubiere sido el único apelante por cuanto en el caso *sub lite* no opera el principio de *reformatio in pejus*. En efecto, como lo dijo esta Sub-Sección⁴²:

"El principio de la reformatio in pejus impide que, por regla general, se haga más gravosa la situación del apelante único, principio éste que admite como excepción, además del evento en "que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella", aquel en que debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte que no apeló. Esta garantía, constitucional, por cierto, ampara un derecho individual como lo es el de la parte que resultó parcialmente vencida en el proceso, consistente en que, si apela, no puede ser modificado lo que le fue favorable porque la contraparte, al no recurrir, consintió en lo que se decidió en su contra (...). En conclusión, en la reformatio in pejus, las facultades del juez se restringen para proteger el derecho individual del apelante único. (A su turno), las nulidades absolutas son sanciones que prevé la ley para aquellos negocios jurídicos que contravienen, entre otros, el orden público y las normas imperativas. Significa lo anterior que las nulidades absolutas protegen intereses generales y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y que las facultades del juez se incrementan pues las puede decretar oficiosamente. En consecuencia, si en el trámite de la segunda instancia, que se surte en virtud del recurso de un apelante único, se advierte una causal de nulidad absoluta, es poder-deber del juez el decreto oficioso de ella porque se lo impone el control de legalidad que el ordenamiento le manda en aras de la protección del interés general que envuelve la defensa del orden público y la normas imperativas. Por lo tanto, jamás podrá decirse que, en un caso como el que se acaba de mencionar, el decreto oficioso de la nulidad absoluta lleve consigo la violación del principio de la reformatio in pejus porque la protección del orden jurídico es un interés general que debe prevalecer sobre el interés particular que contiene el principio de no reformar la sentencia en perjuicio del apelante único".

4.5.3. Liquidación de intereses

Con respecto a las obligaciones dinerarias, esta Sección ha dicho que:

"Dado que, como ya se dijo, los perjuicios contemplan tanto el daño emergente como el lucro cesante, en el caso de las obligaciones dinerarias también es así: La primera clase de perjuicios -daño emergente-, la constituye el envilecimiento o depreciación monetaria que sufre la suma de dinero debida, por el sólo transcurso del tiempo, es decir que el daño emergente en tales casos está dado por los efectos de la inflación, que conducen a que esa suma debida corresponda, con el correr de los días y en términos reales, a un menor valor, de tal manera que pierde su poder adquisitivo; por ello, la manera de reconocer la indemnización de esta clase de perjuicio se da mediante la actualización o indexación de la suma debida de tal manera que, lo pagado en época posterior, equivalga en términos de poder adquisitivo de la moneda, a la suma debida desde una fecha pretérita. En cuanto al lucro cesante, el mismo está constituido en estos casos por la pérdida de aquellos rendimientos que normalmente genera una suma de dinero o frutos civiles del mismo, y que corresponden a los intereses, y por ello el pago de éstos constituye la indemnización de perjuicios en dicha modalidad" (subrayado fuera de texto).

De lo anterior se puede concluir que los intereses son una prestación accesoria a la obligación principal de restituir un dinero debido. En el caso *sub lite*, no estamos frente al incumplimiento de una obligación contractual que obligue al pago de una suma de dinero, y en consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de intereses remuneratorios ni moratorios, pues al no existir la obligación principal, tampoco existen las accesorias.

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

FALLA

REVÓQUESE la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 16 de septiembre de 1999, la cual quedará así:

PRIMERO: Declarar la nulidad absoluta de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 suscritos entre el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, el 26 de noviembre de 1994, 19 de diciembre de 1994 y 26 de noviembre de 1994 respectivamente y el señor Carlos Edgar Moreno Rincón.

SEGUNDO: Denegar las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Ordenar al señor Carlos Edgar Moreno Rincón a restituir a favor del Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, la suma de \$367.130.918

CUARTO: Ordenar compulsar copias tanto a la Procuraduría General de la Nación como a la Fiscalía General de la Nación para que estudien la viabilidad jurídica de adelantar las investigaciones disciplinarias y penales en las que pudieron haber incurrido los funcionarios del Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, que suscribieron los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 el 26 de noviembre de 1994, 19 de diciembre de 1994 y 26 de noviembre de 1994 respectivamente.

QUINTO: Sin costas.

SEXTO: Devolver el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento, una vez ejecutoriada esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente de la Sala

OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

/PCAU

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Artículo 32 de la Ley 80 de 1993: *"Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: 1º. Contrato de obra: son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago (...)"*.

2 Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

3 Para la época de suscripción de los contratos que nos convocan, el artículo 24 disponía: *"1º. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: (...)"*. El mismo fue después subrogado por el artículo 38 del Decreto Extraordinario 2150 de 1995, modificado por el Decreto 62 de 1996, y posteriormente derogado por la Ley 1150 de 2007.

4 Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 18 de marzo de 2010; Rad. 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390).

5 Para la época de suscripción de los contratos el artículo 24 disponía: *"1º. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: a) Menor cuantía. Para efectos de la contratación pública se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos legales mensuales. Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1'200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1'000,000 e inferior a 1'200,000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 800 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 500.000 e inferior a 1'000,000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 600 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 250.000 e inferior a 500.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 400 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 e inferior a 250.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta de 300 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 12.000 e inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 250 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 6.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 12.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 100*

salarios mínimos legales mensuales; y las que tengan un presupuesto anual inferior a 6.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 25 salarios mínimos legales mensuales (...)" El mismo fue después subrogado por el artículo 38 del Decreto Extraordinario 2150 de 1995, modificado por el Decreto 62 de 1996, y posteriormente derogado por la Ley 1150 de 2007.

6 Decreto 855 de 1994, art. 2º.

7 Ibídem. Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

8 Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda; Sub-sección A; C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 12 de marzo de 2009; Rad. 85001-23-31-000-2005-00252-01(1762-07)

9 Dicho fraccionamiento estaba expresamente prohibido por el artículo 56 del Decreto 222 de 1983.

10 Ibídem; Concepto del 14 de septiembre de 2001; Rad. 1373

11 Corte Suprema de Justicia; Sala de casación penal; Sentencia No. 30933 de mayo 26 de 2010.

12 Consejo de Estado; Sala Plena de lo contencioso administrativo; C.P. Darío Quiñónez Pinilla; Sentencia del 3 de octubre de 2000; Rad.: AC-10529 y AC-10968.

13 Ibídem; Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

14 Artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

15 En virtud del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, antes de ser modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, la exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes.

16 Adicionalmente, antes de la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007, se exigía al contratista una vez firmado el contrato, prestar garantía única para avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del mismo. Numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, el texto original decía: "19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos. Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias. La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expedirán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros. Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo que justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada".

17 Ibídem. Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

18 ídem.

19 "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 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". Ibídem. Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

20 Consejo de Estado; Sala de lo contencioso administrativo; Sección tercera; C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar; Sentencia del primero de diciembre de 2008; Rad. 85001-23-31-000-1997-00423-01(15603)

21 Ibídem. Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

22 Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia 15599 de mayo 2 de 2007.

23 ídem.

24 En similares situaciones también ha reiterado que *"cuando los funcionarios eluden los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos y deberes indicados por la ley, pueden incurrir en abuso o desviación de poder al apartarse de los fines que se buscan con la contratación, que no son otros que el interés público y el bienestar de la comunidad, circunstancias que a la luz del citado Estatuto Contractual del Estado, configura la causal de nulidad absoluta del contrato consagrada en el numeral 3º del artículo 44"* (Consejo de Estado; Sala de lo contencioso administrativo; Sección tercera; C.P. Dra. Myriam Guerrero; Sentencia del 25 de febrero de 2009; Rad. 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797). Por lo anterior, se impone a la Corporación analizar los detalles de cada proceso para decidir sobre la configuración de una u otra causal de nulidad.

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

26 Consejo de Estado; Sala Plena de lo contencioso administrativo; C.P. Darío Quiñónez Pinilla; Sentencia del 3 de octubre de 2000; Rad.: AC-10529 y AC-10968.

27 Folio 16, cuaderno 2

28 Folio 1, cuaderno 2

29 Folio 9, cuaderno 2

30 Folio 17, cuaderno 2

31 Corte Suprema de Justicia; Sala de casación penal; Sentencia No. 30933 de mayo 26 de 2010.

32 Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda; Subsección A; C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 26 de noviembre de 2009; Rad. 52001-23-31-000-2002-01023-02(0506-08)

33 Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia del 18 de marzo de 2010; Rad. 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390)

34 Aún en la hipótesis de que los contratos a los que se refiere el caso *sub lite* pudieran haberse suscrito válidamente a través del proceso de contratación directa, el artículo 2º del Decreto 855 de 1994 establece que *"En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993"*.

35 Consejo de Estado; Sala de lo contencioso administrativo; Sección Segunda; Subsección A; C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 26 de noviembre de 2009; Rad. 52001-23-31-000-2002-01023-02(0506-08)

36 Consejo de Estado; Sala de lo contencioso Administrativo; Sección Tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia 1994-09827 de febrero 4 de 2010; Rad. 250002326000199409827 01; Exp. 16540.

37 Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección tercera; Sentencia No. 35026 de julio 22 de 2009.

38 Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Sentencia No. 15599 de Mayo 2 de 2007

39 El mandato constitucional contenido en el artículo 31 en virtud del cual, el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único, no es aplicable en el caso *sub lite* por cuanto no se encuentra configurada una situación que pueda o no ser agravada, pues el a quo negó las súplicas de la demanda sin entrar a condenar a ninguna de las partes.

40 Ibidem. Sentencia del 18 de marzo de 2010; Rad. 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390)

41 ídem.

42 Consejo de Estado; Sección Tercera; Sub-Sección C; Sentencia del 24 de enero de 2011; Exp. 16326; M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 07:07:06