

CONTRATACIÓN ESTATAL – Finalidad – Finalidades del Estado

El artículo 3 de la Ley 80 de 1993 dispone que los servidores públicos deben tener en consideración que, al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines, de modo que la contratación estatal es uno de los vehículos necesarios para materializar las finalidades del Estado, entre las cuales se destaca la prestación de los servicios a su cargo con miras a satisfacer el interés general; por ende, la actividad contractual es constitutiva de función administrativa.

PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Alcance

El deber de selección objetiva se materializan, entre otras actuaciones, cuando la entidad estatal cumple los procedimientos señalados por el reglamento para la escogencia del contratista, los cuales están orientados a garantizar que el contrato se adjudique al ofrecimiento más favorable y conveniente para los intereses de la entidad, es decir, los intereses públicos, prescindiendo de cualquier consideración de afecto, de interés particular o de motivación subjetiva.

CONTRATACIÓN ESTATAL – Principios – Contratistas – Deber de observancia

La observancia de los principios que informan la actividad contractual del Estado no es del exclusivo resorte de las entidades estatales, pues no debe olvidarse que los particulares que intervienen en dicha actividad son colaboradores de la administración y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones; de hecho, existen varios preceptos, algunos de ellos introducidos como principios, cuyos destinatarios son los particulares que intervienen en la actividad contractual (artículos 3 -inciso segundo-, 5 -numeral 2-, 23, 26 -numerales 6, 7 y 8- de la Ley 80 de 1993), de modo que el incumplimiento de tales principios genera consecuencias jurídicas que deben ser asumidas no sólo por la administración y los servidores públicos que los soslayan, sino también por los particulares que los desconocen. Una de tales consecuencias jurídicas es la sanción que se impone con la declaración de nulidad de los actos jurídicos que se producen con desconocimiento del ordenamiento jurídico imperativo, como sucede en el asunto sub lite.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014).

Radicación : 250002326000200201096 01
Expediente : 26.223
Demandante: Carlos Hernán Rodríguez Achury
Demandado: NACIÓN – Ministerio de Transporte
Naturaleza: Contratos

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la

sentencia proferida el 24 de septiembre de 2003 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 17 de mayo de 2002 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el señor Carlos Hernán Rodríguez Achury, actuando por conducto de apoderado, formuló demanda, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, contra la Nación Colombiana – Ministerio de Transporte, con el fin de obtener la declaración de nulidad de las Resoluciones 0003615, del 18 de noviembre de 1998, *“Por la cual se da por terminado un contrato y se ordena su liquidación”*, y 0001162, del 18 de mayo de 2000, *“Por la cual se liquida unilateralmente un contrato”*, proferidas por la entidad demandada, y la consecuencial condena al pago de los perjuicios materiales causados *“... por el incumplimiento del contrato 0001 A (sic) de 1998 ...”*, los cuales se estiman en \$80'000.000.00 (fl. 2, C. 1).

2.- Hechos.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se pueden compendiar así:

2.1.- El 16 de enero de 1998 fue celebrado un contrato de prestación de servicios profesionales entre el Ministerio de Transporte (contratante) y el señor Carlos Hernán Rodríguez Achury (contratista), mediante el cual éste se obligó a prestar sus servicios de asesoría jurídica a la entidad contratante, para el *“Análisis de la situación administrativa laboral de los trabajadores de ADENAVI – MOPT y las consecuencias generadas por la ampliación del decreto 2171 de 1992”* (ibídem).

2.2.- El contrato no se ejecutó, porque el certificado de disponibilidad presupuestal fue anulado por solicitud del Ministro de Transporte, según lo informó el Jefe de Contabilidad y Presupuesto del Ministerio el 15 de mayo de 1998.

2.3.- Pese a lo anterior, el 18 de mayo de 1998 el contratista presentó a la contratante la garantía única de cumplimiento y, el 17 de julio del mismo año, entregó el comprobante de pago de los derechos de publicación del contrato en el Diario Oficial.

2.4.- El 18 de noviembre de 1998, el Ministerio de Transporte profirió la Resolución 0003615, a través de la cual terminó unilateralmente el contrato y, el 18 de mayo de 2000, profirió la Resolución 00162, mediante la cual lo liquidó unilateralmente.

3.- Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de violación.-

La demanda invocó como violados los artículos 2, 6, 25, 83, 90, 123, 124 y 352 de la Constitución Política, 1, 5 (numerales 1 a 3), 26 (numerales 1, 2 y 4), 27, 28, 40 (incisos tercero y cuarto), 50 y 51 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2150 de 1995.

Según el demandante, la administración violó los principios de legalidad y buena fe al expedir las resoluciones atacadas, pues, para proceder a la terminación unilateral del contrato, adujo que el demandante no tenía título de especialización en derecho; pero, la administración no tuvo en cuenta que el abogado Rodríguez Achury tiene amplia experiencia profesional en el área del derecho laboral.

Por otra parte, el demandante sostuvo que los errores que se pudieron presentar en el proceso de escogencia del contratista no son atribuibles a éste y, por ende, no pueden viciar de nulidad el contrato (fls. 6 a 87, C. 1).

4.- La actuación procesal.-

Por auto del 18 de junio de 2002, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y ordenó la notificación personal de la providencia al Ministro Transporte y al agente del Ministerio Público, dispuso la fijación en lista del negocio y reconoció personería a la apoderada del demandante (fl. 11, C. 1).

4.1.- La impugnación.-

Dentro del término de fijación en lista, la Nación contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, en cuanto a los hechos, manifestó atenerse a los que resulten probados (fl. 15, C. 1).

Como razones de la defensa, señaló que la expedición de los actos cuestionados obedeció a que se seleccionó al contratista con absoluta pretermisión de los artículos 24 (literal d) de la Ley 80 de 1993 y 3 (inciso quinto) del Decreto 855 de 1994, es decir, con omisión del deber de selección objetiva.

Según la entidad demandada, para la contratación del acá demandante era necesario que el Ministerio realizara una invitación pública y que se obtuvieran, previamente, dos ofertas, como mínimo, pues el contrato que se pretendía celebrar sobrepasaba los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de la contratación y excedía el 50% de la menor cuantía de la entidad.

Por otra parte, la demandada sostuvo que no se cumplía ninguno de los requisitos contemplados por el parágrafo del artículo 3° del Decreto 855 de 1994, para que la administración pudiera prescindir de la presentación de varias ofertas.

Añadió que el parágrafo del artículo 1° de la Ley 190 de 1995 exige que quien suscriba contratos de prestación de servicios con el Estado debe presentar los certificados de antecedentes penales y disciplinarios y que el demandante aportó un certificado de antecedentes disciplinarios que no coincide con el número de cédula declarado como suyo en el texto del contrato, así como un certificado de antecedentes judiciales que se hallaba vencido.

Además de lo anterior, señaló que el demandante no acreditó que tuviera título de especialización en derecho y experiencia laboral en el área en la que debía asesorar a la entidad pública.

Por todo lo expuesto, indicó que el Ministerio de Transporte, actuando al amparo de lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, terminó unilateralmente el contrato celebrado y ordenó su liquidación, pues consideró que se estaba en presencia de la causal contemplada en el numeral 2 del artículo 44 ibídem, según la cual los contratos del Estado son nulos cuando: "*Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal*".

Propuso las excepciones que denominó: "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA*", "*TRAMITE INADECUADO*" y "*CADUCIDAD*" (fls. 15 a 18, C. 1).

5.- Los alegatos de primera instancia.-

5.1.- La parte demandada solicitó que se declarara probada la excepción denominada: "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA*" y, en consecuencia, que se negaran las pretensiones de la demanda (fls. 30 y 31, C. 1).

5.2.- La parte actora reiteró los planteamientos expuestos en la demanda y solicitó que se declararan imprósperas las excepciones formuladas por la entidad demandada.

Sostuvo que la prueba documental aportada por la demandada al proceso demuestra que el contratista y el demandante son la misma persona, de modo que la excepción de ausencia de legitimación en la causa por activa no puede prosperar (fls. 177 a 183, C. 1).

6.- La sentencia recurrida.-

Mediante fallo del 24 de septiembre de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca puso fin a la controversia, en primera instancia, negando las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, el Tribunal examinó las excepciones formuladas por la parte demandada y, a pesar de que no hizo pronunciamiento expreso en la parte resolutive de la sentencia, las desestimó todas.

En cuanto a la excepción que la entidad pública denominó "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA*", el Tribunal sostuvo que, aunque no existe correspondencia entre el documento de identificación de quien suscribió el contrato y de quien ejerce la acción, lo cierto es que de la prueba documental que obra en el expediente se infiere que se trata de la misma persona y que la divergencia que existe en el texto del contrato obedece a un error mecanográfico que carece de la virtualidad de estructurar la ausencia del mencionado presupuesto material.

En relación con la excepción que la demandada denominó "*TRAMITE INADECUADO*", el Tribunal señaló que la acción incoada era la correcta y que, por consiguiente, el trámite que se dio al proceso también lo era.

Enseguida, analizó la prueba recaudada en el proceso y concluyó que la administración tomó la decisión, porque "*el contratista incumplió el procedimiento legal de selección, que hacía nulo el contrato*" (fl. 194, C. Consejo) y porque la entidad estatal "*obvió el procedimiento de selección objetiva previsto en el artículo 29 del estatuto de contratación*" (fl. 195, *ibídem*).

Para llegar a lo anterior, el Tribunal sostuvo que el parágrafo del artículo 1º de la Ley 190 de 1995 dispone que, para la celebración de los contratos de prestación de

servicios, el contratista debe allegar el certificado de antecedentes disciplinarios y penales y el formato único de hoja de vida debidamente diligenciado y el contratista incumplió la obligación de aportarlos, pese a los requerimientos hechos en tal sentido por la entidad pública.

Por otra parte, señaló el Tribunal que el artículo 24 (numeral 8) de la Ley 80 de 1993 dispone que *“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”* y, al omitir el proceso de selección que resultaba procedente, el contrato celebrado nació viciado de la causal de nulidad contemplada en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y la administración estaba en la obligación de terminarlo unilateralmente, tal como lo contempla el artículo 45 ibídem.

El Tribunal sostuvo que no fue demostrada la falsa motivación de los actos administrativos cuestionados y, por el contrario, señaló que *“se encuentra probado que el contratista no tiene especialización alguna en derecho”* (fl. 197, C Consejo); por otra parte, pese a que el Jefe de Administración de Personal de la entidad informó al Jefe de Adquisiciones y Contratos que el contratista tenía conocimientos especializados para la buena prestación de los servicios profesionales propuestos, tal afirmación no fue acreditada (fls. 185 a 198, C. Consejo).

7.- El recurso de apelación

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico (fl. 200, C Consejo), con el fin de obtener la revocatoria de la decisión y que, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, señaló que no era posible endilgar responsabilidad al contratista por *“hechos o situaciones imputables a la administración y ajenos a la voluntad del contratista”* (fl. 201, C. Consejo).

Sostuvo el recurrente que el Tribunal omitió valorar la prueba documental que desvirtuaba los fundamentos argüidos por el Ministerio de Transporte en los actos administrativos atacados y que daba cuenta de las múltiples irregularidades que rodearon la terminación del contrato, como el extravío de la carpeta contentiva de

los documentos contractuales y la anulación del certificado de disponibilidad presupuestal.

Por otra parte, señaló que la falsa motivación de los actos censurados está acreditada, pues *“El Ministro de transporte (sic) expone en las resoluciones impugnadas que el contratista no poseía especialización en derecho queriendo decir con esto que el contratista no era abogado, único requisito exigido por la convocatoria”* (fl. 202, C. Consejo).

8.- El traslado para alegar en segunda instancia y el concepto del Ministerio Público.-

Por auto del 7 de mayo de 2004 se corrió traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto (fl. 212, C. Consejo).

8.1.- La parte demandada solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, pues, en su opinión, los actos administrativos cuestionados fueron expedidos con sujeción al ordenamiento jurídico.

Reiteró que la omisión del proceso de selección generó un vicio de ilegalidad del contrato que lo hacía nulo y, por consiguiente, la administración estaba en la obligación de terminarlo unilateralmente (fls. 222 a 224, C. Consejo).

8.2.- La parte actora y el delegado del Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

I. La competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 24 de septiembre de 2003, por cuanto la cuantía del proceso, determinada por la pretensión de mayor valor, asciende a la suma de \$80'000.000¹. Para la época de interposición de la demanda², eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera la

¹ Pretensión tercera de condena.

² 17 de mayo de 2002.

suma de \$36'950.000.00³, monto que, como se puede observar, se encuentra ampliamente superado. Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

II.- Análisis del recurso.-

El Tribunal de primera instancia se abstuvo de declarar la nulidad de los actos administrativos demandados y de condenar a la entidad demandada a la indemnización de los perjuicios que el demandante afirma irrogados, por la terminación unilateral y anticipada del contrato 00010A del 16 de enero de 1998; sin embargo, en opinión del recurrente, el hecho de que la entidad estatal no haya adelantado el proceso de selección objetiva que resultaba procedente para escoger al contratista no es fundamento válido para que la administración, en ejercicio del poder excepcional que el ordenamiento jurídico le atribuye, termine unilateralmente el contrato, porque dicha irregularidad sólo es imputable a la entidad pública y, por ende, el contratista no está obligado a soportar las consecuencias jurídicas del proceder, contrario a derecho, de la administración.

Lo anterior significa que el demandante acepta que la entidad pública no adelantó el proceso de selección pertinente para seleccionarlo como contratista, sólo que, en su sentir, tal irregularidad no podía afectar el contrato y sus derechos como contratista de la administración.

1.- El proceso de selección objetiva que resultaba adecuado.-

El artículo 3 de la Ley 80 de 1993 dispone que los servidores públicos deben tener en consideración que, *“al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”*, de modo que la contratación estatal es uno de los vehículos necesarios para materializar las finalidades del Estado, entre las cuales se destaca la prestación de los servicios a su cargo con miras a satisfacer el interés general; por ende, la actividad contractual es constitutiva de función administrativa.

³ Artículo 2º del Decreto 597 de 1988.

Según el artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa debe desarrollarse “con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”, lo cual significa que la actuación de quienes intervengan en la contratación estatal debe desarrollarse con sujeción y respeto a los citados principios y, además, con observancia de los de transparencia y responsabilidad y del deber de selección objetiva, tal como lo disponen los artículos 23 y 29 de la Ley 80 de 1993, normas que se hallaban vigentes para la fecha de celebración del contrato (derogadas por la Ley 1150 de 2007) y, que, por ende, resultan aplicables al presente asunto, tal como lo dispone el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

Particularmente, el principio de transparencia exige que la escogencia del contratista se haga, por regla general, a través de licitación pública⁴, salvo en los casos en los cuales el mismo ordenamiento jurídico autoriza contratar directamente.

Precisamente, uno de los casos exceptuados del proceso de licitación pública era el atinente a la contratación de servicios profesionales, según lo disponía el literal d) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, caso en el cual se permitía acudir a la contratación directa; pero, el hecho de que la entidad pública pudiera contratar directamente la prestación de los servicios profesionales no significaba que se encontrara relevada de cumplir los principios enunciados párrafos atrás o el deber de selección objetiva y mucho menos que la selección del contratista fuera absolutamente discrecional.

Los mencionados principios de la contratación y el deber de selección objetiva se materializan, entre otras actuaciones, cuando la entidad estatal cumple los procedimientos señalados por el reglamento para la escogencia del contratista, los cuales están orientados a garantizar que el contrato se adjudique al ofrecimiento más favorable y conveniente para los intereses de la entidad, es decir, los intereses públicos, prescindiendo de cualquier consideración de afecto, de interés particular o de motivación subjetiva.

En este caso específico, para garantizar el deber de selección objetiva, la entidad estatal debió acudir al procedimiento de contratación directa contemplado por el

⁴ O concurso público, decía el derogado artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

artículo 3 del Decreto 855 de 1994⁵, el cual se hallaba vigente para la fecha en la que fue celebrado el contrato y preceptuaba que, para contratar, se requería la obtención de, por lo menos, dos (2) ofertas que debían ser solicitadas verbalmente o por escrito, pero, en todo caso, con la indicación del servicio requerido, las condiciones de pago y el término para la presentación de la propuesta; sin embargo, dentro del expediente no existe elemento de juicio alguno, o por lo menos no fue allegado al proceso, que demuestre el cumplimiento de tales exigencias.

En efecto, en los antecedentes de los actos administrativos cuestionados (que fueron enviados al Tribunal de primera instancia, mediante oficio MT1330-2, del 8 de noviembre de 2002, por el Coordinador del Grupo de Contratos de la entidad demandada, fl. 129, C. 2), sólo aparece el memorando 0000965 del 16 de enero de 1998, suscrito por el Jefe de Recursos Humanos (E) del Ministerio de Transporte, en el cual solicita al Jefe de la División de Adquisiciones y Contratos la elaboración del contrato de prestación de servicios profesionales de asesoría jurídica que sería celebrado con el abogado Carlos Hernán Rodríguez Achury, por valor de \$80'000.000.00.

En el citado documento no se menciona que la entidad haya solicitado varias ofertas para escoger al contratista y, por el contrario, sólo se hace referencia a la propuesta presentada por el doctor Rodríguez Achury y se dice que su nombre fue seleccionado

⁵ “**Artículo 3º.**- Para la celebración de los contratos a que se refieren los literales a) y d) del numeral 1 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 y para efectos del cumplimiento del deber de selección objetiva, se requerirá de la obtención previa de por lo menos dos (2) ofertas.

“La solicitud de oferta podrá ser verbal o escrita y deberá contener la información básica sobre las características generales y particulares de los bienes, obras o servicios requeridos, condiciones de pago, término para su presentación y demás aspectos que se estime den claridad al proponente sobre el contrato que se pretende.

“No obstante lo anterior, la solicitud de oferta deberá ser escrita cuando la complejidad del objeto a contratar así lo amerite. En todo caso, la oferta deberá ser escrita.

“Cuando se trate de contratos cuya cuantía no supere el diez (10%) de los montos señalados en el literal a) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, los mismos se celebrarán tomando en cuenta los precios del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas.

“Para la celebración de los contratos de menor cuantía cuyo valor sea igual o superior a cien salarios mínimos legales mensuales y al mismo tiempo superen el cincuenta por ciento (50%) de la menor cuantía de la respectiva entidad estatal, además de dar cumplimiento a lo establecido en este artículo deberá invitarse públicamente a prestar propuestas a través de un aviso colocado en un lugar visible de la misma entidad por un término no menor de dos días. No obstante la entidad podrá prescindir de la publicación de dicho aviso cuando la necesidad inminente del bien o servicio objeto del contrato no lo permita, de lo cual dejará constancia escrita.

“**Parágrafo.**- La entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, en los siguientes eventos: cuando las haya solicitado y sólo haya recibido una de ellas; cuando de acuerdo con la información que pueda obtener no existan en el lugar varias personas que puedan proveer los bienes o servicios; cuando se trate de contratos intuitu persone, esto es que se celebran en consideración a las calidades personales del contratista, y cuando la necesidad inminente del bien o servicio no permita solicitar varias ofertas. De todo lo anterior se dejará constancia escrita.

“En todo caso, la entidad tendrá en cuenta para efectos de la contratación los precios del mercado, y si es del caso, los estudios y evaluaciones que para el efecto se hayan realizado” ([artículo derogado por el 29 del Decreto 2170 de 2002](#)).

“por considerar que su formación profesional y conocimientos especializados hacen que la propuesta presentada cumple (sic) con los alcances, objetivos y resultados requeridos por el Ministerio” (fl. 130, C. 2).

Ahora, la Sala no puede afirmar que la entidad estatal estuviera en la obligación de invitar públicamente a presentar ofertas, a través del procedimiento señalado por el inciso cuarto del artículo 3° del Decreto 855 de 1994, pues se desconoce si el precio del contrato superaba el 50% de la menor cuantía de la entidad; sin embargo, lo que sí puede señalar con certeza es que los encargados de la contratación no dejaron constancia de la ocurrencia de alguna situación excepcional que permitiera, dentro del marco contemplado por la norma en cita, celebrar el contrato contando al efecto con una única oferta, esto es, sin que mediara la previa solicitud de varias ofertas más.

Así, pues, en el trámite de celebración del contrato 010 A del 16 de enero de 1998 fue desconocido el principio de transparencia, por cuanto la escogencia del contratista no fue precedida de un procedimiento de selección objetiva; por consiguiente, el contrato celebrado está viciado de nulidad absoluta.

Por otra parte, es de anotar que, contrario a lo que aduce el recurrente, la observancia de los principios que informan la actividad contractual del Estado no es del exclusivo resorte de las entidades estatales, pues no debe olvidarse que los particulares que intervienen en dicha actividad son colaboradores de la administración y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones; de hecho, existen varios preceptos, algunos de ellos introducidos como principios, cuyos destinatarios son los particulares que intervienen en la actividad contractual (artículos 3 -inciso segundo-, 5 -numeral 2-, 23, 26 -numerales 6, 7 y 8- de la Ley 80 de 1993), de modo que el incumplimiento de tales principios genera consecuencias jurídicas que deben ser asumidas no sólo por la administración y los servidores públicos que los soslayan, sino también por los particulares que los desconocen. Una de tales consecuencias jurídicas es la sanción que se impone con la declaración de nulidad de los actos jurídicos que se producen con desconocimiento del ordenamiento jurídico imperativo, como sucede en el asunto sub lite.

2.- La causal de nulidad absoluta del contrato.-

Las causales de nulidad absoluta están concebidas como una sanción que implica privar de eficacia los actos jurídicos y los contratos que se han erigido en contravía de los intereses superiores, por cuya protección propende el derecho, con el fin de

proteger al conglomerado social de los efectos adversos que puedan desprenderse de un acto viciado de nulidad absoluta⁶.

La Sala ha precisado en distintas oportunidades que la facultad del juez de declarar de manera oficiosa las nulidades absolutas que sean manifiestas en los actos o contratos no está sometida al régimen de la caducidad, no solo porque resulta evidente que durante el trámite del proceso puede transcurrir el tiempo previsto por la legislación para que fenezca la oportunidad de alegarlas, sino porque la facultad oficiosa difiere ostensiblemente del derecho público subjetivo de acción y los términos de caducidad están concebidos como límites temporales para hacer efectivos ante la jurisdicción los derechos sustanciales; además, el fenecimiento del término de caducidad carece de la virtualidad de sanear los vicios de que adolezcan los actos o contratos; sin embargo, la facultad del juez no es ilimitada, pues, para declarar la nulidad de manera oficiosa, debe observar:

i) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria a que se refiere el artículo 1742 del C.C., pues, ocurrida la prescripción, se produce el saneamiento de los vicios⁷,

ii) que al proceso se hallen vinculadas las partes intervinientes en el contrato o sus causahabientes y

iii) que el vicio surja de manera ostensible, palmaria o patente⁸.

Por otra parte, se precisa que el término de prescripción extraordinaria que rige en el caso concreto es el de 20 años, según lo dispuesto por el artículo 2532 del C.C.⁹, norma de carácter sustancial que se hallaba vigente¹⁰ para la fecha en que comenzó a correr el término¹¹, el cual resulta aplicable al caso, conforme al artículo 41 de la Ley 153 de 1887¹².

⁶ BRUGI Biagio. Instituciones de Derecho Civil. Págs. 122 y s.s.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-597 de 1998.

⁸ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13.414

⁹ Art. 2532.- “Tiempo necesario para la prescripción extraordinaria. El lapso de tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción es de veinte años contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas por el artículo 2530”. El artículo original disponía un término de 30 años para la prescripción extraordinaria, pero éste fue reducida a 20 por el artículo 1º de la Ley 50 de 1936.

¹⁰ Para la fecha en que comenzó a correr dicho término no se hallaba vigente el artículo 6º de la Ley 791 de 2002, en virtud del cual se redujo el término de prescripción extraordinaria a 10 años.

¹¹ El término comenzó a correr a partir de la fecha de suscripción del contrato viciado de invalidez, esto es, el 16 de enero de 1998.

¹² Art. 41.- La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero

En el asunto sub – lite, la Sala encuentra reunidos los presupuestos para declarar, de manera oficiosa, la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios profesionales 00010 A del 16 de enero de 1998.

En efecto, no han transcurrido los veinte años (20) años de la prescripción extraordinaria contemplada por el artículo 2532 del C.C., pues el contrato fue celebrado, como se anotó en precedencia, el 16 de enero de 1998 (fls. 133 y 134, C. 2), las partes intervinientes en ese negocio jurídico fueron vinculadas al presente proceso y el vicio que afecta la validez surge de manera ostensible.

Evidentemente, la omisión o la elusión del procedimiento previsto por la ley para la escogencia del contratista atenta contra el orden público jurídico, pues las normas que informan y estructuran los procesos de selección son de carácter imperativo y, por lo mismo, de cumplimiento incondicional e irrestricto, tal como lo dispone el artículo 16 del Código Civil, en la medida en que están previstas para proteger el interés implícito en la contratación estatal, que no es otro que el interés de la colectividad y la realización de los fines del Estado, tal como lo contempla el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, a lo cual se agrega que el numeral 8 del artículo 24 de la misma ley dispone que *“Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, **les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto**”* (se resalta).

Al respecto, la jurisprudencia de la Sala¹³ ha precisado que la pretermisión del procedimiento de selección que resulte pertinente, cuando no existe norma expresa que la autorice, conduce a la nulidad absoluta del contrato, por estar viciado de objeto ilícito, según las voces del artículo 1519 del Código Civil, en la medida en que el acto jurídico surge contraviniendo normas imperativas y de orden público. Esta causal de nulidad absoluta se halla prevista en el artículo 1741 del Código Civil, la cual se encuentra integrada al artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por expreso mandato del inciso primero de esta misma norma.

eligiéndose la última, la prescripción no comenzará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 16 de septiembre de 2013, exp. 19.705.

En consecuencia, la Sala declarará en la parte resolutive de esta providencia, la nulidad absoluta del contrato 00010 A del 16 de enero de 1998, celebrado entre el Ministerio de Transporte y el señor Carlos Hernán Rodríguez Achury.

En las anteriores condiciones, las pretensiones de condena formuladas por la parte demandante, consecuenciales a la declaración de incumplimiento del contrato, están condenadas al fracaso, pues ellas sólo pueden abrirse paso cuando la obligación que se dice incumplida es válida y eficaz, cosa que no sucede cuando tal obligación surge de un contrato absolutamente nulo.

No se resolverá sobre restituciones mutuas, porque el contrato declarado nulo no fue ejecutado y la entidad pública no entregó dineros al contratista.

Por otra parte, es necesario advertir que, en este caso, el recurso de apelación fue interpuesto únicamente por la parte actora, lo cual significa que, en virtud del principio de la *non reformatio in pejus*, el juez de segunda instancia, en principio, no puede hacer más gravosa su situación, en relación con lo decidido por el juez de primera instancia, salvo “que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla” (artículo 357 del C. de P.C.).

La citada garantía constitucional ampara el derecho individual del recurrente único, para impedir que quien no apeló resulte, en últimas, favorecido con la decisión del superior funcional, en detrimento de los intereses de quien sí manifestó su inconformidad con la decisión de primera instancia; pero, cuando el juez de segunda instancia encuentra que el acto jurídico sometido a su conocimiento vulnera de manera protuberante el orden público jurídico, a tal punto que lo vicia de nulidad absoluta, como en el caso presente, el principio individual de la *non reformatio in pejus* debe ceder, para abrir paso a la protección del interés del conglomerado social y permitir que ese acto o contrato que se ha erigido con vicios de tal raigambre sea eliminado del ordenamiento jurídico.

En suma, la declaración oficiosa de la nulidad absoluta del contrato no comporta violación del principio de la *non reformatio in pejus*, porque mientras éste propende por la protección de un interés individual, el control de legalidad que ejerce el juez ampara el interés general.

3.- La legalidad de las Resoluciones 0003615 del 18 de noviembre de 1998, “Por la cual se da por terminado un contrato y se ordena su liquidación”, y 001162 del 18 de mayo de 2000, “Por la cual se liquida unilateralmente un contrato”.-

El Ministro de Transporte terminó unilateralmente el contrato de prestación de servicios 00010 A del 16 de enero de 1998, al amparo de la facultad contemplada en el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, bajo la premisa de que el contrato celebrado se hallaba afectado por la *“causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2° (sic) del artículo 44 de la citada ley”* (fl. 10, C. 2), por cuanto la entidad pública no agotó el procedimiento de selección objetiva que determina la legislación para la escogencia del contratista.

El vicio que, en sentir de la Sala, afecta la validez del contrato 00010 A del 16 de enero de 1998 es el de objeto ilícito, tal como quedó expuesto párrafos atrás, y el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 no contempla la facultad –deber- de terminar unilateralmente el contrato cuando esté incurso en tal causal de nulidad, pues la administración sólo puede terminarlo cuando se presente alguna de las causales de nulidad contempladas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 ibídem.

Al respecto, debe recordarse que la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado en distintas oportunidades que, para que se configure la causal de nulidad contemplada en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, *“el negocio jurídico debe estar prohibido bien por una ‘norma constitucional’ ... o por una norma con fuerza de ley”*¹⁴.

La prohibición constitucional o legal debe ser expresa, bien sea en relación con el tipo contractual, *“como cuando las normas no permiten que el Estado haga donaciones a los particulares –art. 355 CP-”*¹⁵ o en torno a la celebración de un contrato en ciertas condiciones, *“como cuando no se autoriza que una concesión portuaria supere 20 años –ley 1 de 1991-, o un comodato supere 5 años –ley 9 de 1989, etc.”* (ibídem).

¹⁴ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de agosto de 2006, exp. 31.480.

¹⁵ “Art. 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

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

En este caso no se presenta ninguno de los supuestos que estructuran la causal de nulidad absoluta contemplada en la citada causal de nulidad, pues el tipo contractual (prestación de servicios profesionales) no está prohibido por la Constitución o por la ley, y el contrato -en cuanto a sus condiciones generales- no contiene previsiones que estén expresamente prohibidas por el ordenamiento jurídico imperativo.

En las anteriores condiciones, resulta evidente que el acto administrativo contenido en la Resolución 0003615 del 18 de noviembre de 1998, "*Por la cual se da por terminado un contrato y se ordena su liquidación,*" está viciado de nulidad absoluta por falta de competencia *ratione materiae* de la entidad pública para proferir la decisión.

Así lo declarará la Sala en la parte resolutive de esta providencia.

La misma suerte debe seguir el acto administrativo contenido en la Resolución 001162 del 18 de mayo de 2000, "*Por la cual se liquida unilateralmente un contrato*", porque el acto proferido al amparo de una resolución declarada nula no puede subsistir en el ordenamiento jurídico, al desaparecer de éste el acto que le sirve fundamento.

III.- Costas.-

No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA:

Primero.- MODIFÍCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 24 de septiembre de 2003, la cual quedará así:

"PRIMERO.- DECLÁRASE la nulidad total y absoluta del contrato de prestación de servicios 00010 A del 16 de enero de 1998, suscrito entre el Ministerio de Transporte y el señor Carlos Hernán Rodríguez Achury, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"SEGUNDO.- DECLÁRASE la nulidad de los actos administrativos contenidos en las

Resoluciones 0003615 del 18 de noviembre de 1998, "*Por la cual se da por terminado un contrato y se ordena su liquidación*", y 001162 del 18 de mayo de 2000, "*Por la cual se liquida unilateralmente un contrato*", por lo expuesto en la consideraciones de esta providencia.

"TERCERO.- NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Segundo.- Sin condena en costas.

Tercero.- En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA