

CONTRATOS DE TRACTO SUCESIVO – Artículo 60 ley 80 de 1993 – Liquidación

El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, aplicable al presente asunto por la época en que se expidió el acta de terminación unilateral del contrato cuya nulidad ahora se pretende, esto es, 14 de marzo de 2000, preceptuaba que “los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga...” [...] si no lo lograban liquidar la Administración debía hacerlo dentro de los dos (2) meses siguientes, plazo éste que inicialmente había sido elaborado jurisprudencialmente pero que luego se convirtió en legal en razón de lo preceptuado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Principio de interés general – Principio de libre concurrencia – Precio del mercado

El principio de selección objetiva se encontraba previsto expresamente en el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993, actualmente consagrado en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, disposiciones conforme a las cuales “la selección de contratistas será objetiva”, que “es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”, que “ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido” y que “el administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.” De ésta forma, la objetividad en la elección de un contratista en cualquier proceso de selección que se trate, hace parte integral del principio de interés general, pues por medio de éste lo que se busca es seleccionar la propuesta que sea más favorable para la satisfacción de los intereses colectivos, siendo improcedente tener en cuenta alguna consideración subjetiva. [...] Así las cosas, el principio de selección objetiva guarda una estrecha relación con el principio de libre concurrencia de los interesados, que implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes. [...] Otro de los factores que inciden en el principio de selección objetiva es el del precio del mercado, que es uno, aunque no el único, que deben tener en cuenta las entidades estatales al celebrar el contrato, pues éstas al definir el costo real del negocio proyectado, es decir el valor de las cosas o servicios que se van a contratar teniendo en cuenta las diversas variables tales como cantidad, calidad especialidad, momento, lugar, etc., lo que procuran es que no se pague más ni menos de lo que verdaderamente cuestan para ajustarse así a la conmutatividad objetiva que de acuerdo con el artículo 28 de la ley 80 de 1993 debe imperar en el contrato estatal.

PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Incumplimiento

[...] si, por ejemplo, una entidad estatal da apertura a un proceso de selección para contratar la realización de unas obras fijando condiciones que restringen el libre acceso de los posibles interesados y celebra el contrato respectivo con el único proponente que presentó su oferta, es evidente que en ese contrato no se cumplió con el deber de selección objetiva, pues indudablemente no existen parámetros objetivos para determinar que el ofrecimiento que se hizo en la respectiva oferta era el más favorable a la entidad para el cumplimiento de sus fines.

DESVIACIÓN DE PODER – Definición

Desviación de poder en materia contractual puede ser definida como aquella función administrativa que ejercida por un servidor público se dirige a favorecer los intereses de un tercero o de sí mismo, dejando de un lado el cumplimiento de las finalidades estatales para las cuales se le otorgaron determinadas competencias en ejercicio de la actividad contractual, es decir de un lado, para la satisfacción de intereses de carácter general y, de otro para la continua, adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos. Con otras palabras, la desviación o abuso de poder se

presenta cuando el funcionario público ejerce sus funciones con fines diversos a aquellos para los cuales se le otorgó una determinada competencia en el ámbito de la contratación estatal.

NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL – Inobservancia del principio de transparencia – Inobservancia selección objetiva – Abuso o desviación de poder

Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra. En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso. [...] cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato. Si lo primero, es decir no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo segundo, esto es se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder". Así las cosas, si se afirma que se celebró un contrato con vulneración al principio de selección objetiva del contratista, la elusión de ese deber legal genera la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en la causal No. 3º del artículo 44 de la ley 80 de 1993. Pero adicional a lo anterior, al hablar de abuso o desviación de poder también deben tenerse en cuenta las causales de nulidad previstas en el régimen común, es decir las consagradas en los artículos 1740 a 1742 del Código Civil, así como también las de los artículos 899 y 900 del Código de Comercio.

NULIDAD ABSOLUTA – No se sanables por las partes

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. [...] 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 las normas imperativas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C. trece (13) de febrero de dos mil quince (2015).

Radicación número: 25000-23-26-000-2002-02240-01(29473)

Actor: GESTA VIVIENDA LIMITADA

Demandado: CAMARA DE REPRESENTANTES

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 20 de octubre de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se declaró probada la excepción de caducidad de la acción propuesta por la demandada.

I.ANTECEDENTES

1. Lo Pretendido

El 31 de octubre de 2002¹ **Gesta Vivienda Ltda.** presentó demanda contra la **Cámara de Representantes** solicitando que se declarara la nulidad del acta del 14 de marzo de 2000, mediante la cual se declaró la terminación unilateral del contrato de obra No. 2030 del 28 de diciembre de 1999.

En segundo lugar, solicita que se declare que la demandada incumplió el contrato No. 2030 del 28 de diciembre de 1999 y el adicional No. 1 del 4 de enero de 2000 por no cancelar las sumas fijadas por concepto de anticipo.

Pide también que se declare que frente al Oficio Radicado el 15 de marzo de 2002 operó el silencio administrativo positivo, protocolizado en la Escritura Pública No. 4549 del 27 de agosto de 2000 de la Notaría 19 del Círculo de Bogotá D.C.

Solicita, como consecuencia de las anteriores declaraciones que se condene a la demandada al pago de la suma de \$60'524.884.00 por concepto de ejecuciones parciales de la obra; al 10% de la utilidad probable fijada en la propuesta sobre el 30% de las obras no ejecutadas, a título de lucro cesante; al 10% del valor del contrato por concepto de cláusula penal pecuniaria y; a una multa equivalente al 1 por 1000 del valor diario del contrato hasta un máximo del 5% por no cancelar el anticipo; sumas éstas debidamente actualizadas con los respectivos intereses moratorios.

¹ Folios 5 a14 del C. No. 1

Por último pide que se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho.

Estima la cuantía total del proceso en una suma superior a \$130'000.000.00

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.

El 22 de diciembre de 1999 la Dirección Administrativa de la Cámara de Representantes publicó un aviso en el que formuló una invitación pública para contratar las obras de mantenimiento consistentes en la demarcación y señalización de las zonas de parqueo de los sótanos 1º y 2º del Congreso de la República.

A la invitación pública sólo presentó su propuesta la Sociedad demandante y fue seleccionada el 24 de diciembre de 1999.

El 28 de diciembre de 1999 se celebró entre Gesta Vivienda Ltda., representada por la señora Consuelo Hernández Franco y la accionada el contrato de obra No. 2030, en el que se reprodujo el objeto de la invitación pública.

El término de duración del contrato se fijó en 2 meses contados a partir de la aprobación de la garantía única, esto es, desde el 29 de diciembre de 1999 y hasta que se agotara la partida presupuestal respectiva.

Como valor total del contrato se convino la suma de \$86'493.750.00, pagaderos un 50% a título de anticipo y el 50% restante una vez ejecutado el objeto contractual.

El 3 de enero de 2000 se suscribió un acta de inicio de las obras firmada por la señora Consuelo Hernández Franco y por el Señor José Luis Cotes Pérez en su calidad de Jefe de la División de Bienes y Servicios de la accionada e interventor del contrato.

El 4 de enero de 2000 se suscribió entre la demandante y la demandada el contrato adicional No. 1 al principal, mediante el cual se precisaron las condiciones técnicas de ejecución del objeto del contrato.

Mediante escritos del 17 de marzo de 2001 y del 24 de junio de 2002, el señor Alberto Hernández Franco hizo constar que el señor Cotes Pérez firmó el acta de inicio de obras el 17 de enero de 2000.

Por medio del Oficio No. D.S 4.4. 072 del 28 de marzo de 2000 el Señor José Luis Cotes Pérez manifestó no haber firmado el acta de inicio de obras y señaló no haber ejercido funciones de interventoría, afirmaciones que se desvirtuaron mediante la experticia practicada por el área de documentología y grafología del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias forenses.

El 14 de marzo de 2000 se expidió un acta de terminación unilateral del contrato que firmó la demandada y la señora María Hermilda Hernández Franco suplantando a su hermana Consuelo Hernández Franco sin su consentimiento.

El 9 de agosto de 2000 la señora María Hermilda Suarez Franco declaró haber firmado el acta referida sustituyendo a su hermana Consuelo Hernández Franco, representante legal de la accionante.

El 15 de marzo de 2002 la accionante presuntamente presentó una reclamación por las labores ejecutadas en el contrato, acto frente al cual afirma que operó la figura del silencio administrativo positivo.

El 1º de octubre de 2002, las partes celebraron una conciliación prejudicial que pese haber sido declarada fallida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, suspendió hasta por tres (3) meses el término de caducidad de la acción contractual

La Unidad Nacional de Anticorrupción de la Fiscalía General de la Nación dio apertura a un proceso de investigación por las irregularidades presentadas en la celebración de algunos contratos por la demandada, dentro de los cuales se encuentra el contrato No. 2030 del 28 de diciembre de 1999.

Dentro del proceso penal No. 0121 de 2001 que se adelantó ante el Juzgado 24 Penal del Circuito la señora Consuelo Hernández Franco resultó condenada por el delito de celebración de "*Contrato sin cumplimiento de requisitos legales*" en calidad de cómplice.

3. El trámite procesal.

Admitida que fue la demanda y noticiada la Cámara de Representantes del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y dentro del término la accionada le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas y proponiendo la excepción de caducidad de la acción.

Después de decretar y practicar pruebas y de resultar fracasada una audiencia de conciliación prejudicial por falta de acuerdo, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo fue aprovechada por éstas.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.

En sentencia del 20 de octubre de 2004 el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca declaró como probada la excepción de caducidad de la acción propuesta por la demandada.

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

Inicia su argumentación el Tribunal haciendo una breve referencia a la caducidad como presupuesto procesal y al artículo 6º del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento por todos sus destinatarios, concluyendo que teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 31 de octubre de 2002 al presente asunto le eran aplicables las disposiciones previstas en la ley 446 de 1998.

Dice que en atención a que la primera pretensión de la demandante se encamina a obtener la declaratoria de nulidad del acta de terminación unilateral del 14 de marzo de 2000, para la fecha en que se presentó la demanda ya había operado el fenómeno de caducidad, pues según el artículo 136 del C.C.A. la actora sólo tenía hasta el 15 de marzo de 2002 para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Hace mención al artículo 80 de la ley 446 de 1998 relativo a la solicitud de conciliación prejudicial y la suspensión de términos de caducidad para luego señalar que en el presente asunto no se suspendió el transcurso de ése término,

pues para la fecha en que se presentó la solicitud respectiva, esto es 28 de junio de 2002, ya había operado la caducidad de la acción.

Concluye señalando que como la demanda se presentó el 31 de octubre de 2002, resultaba claro que para esa fecha ya había operado la caducidad de la acción contractual.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN.

Contra lo así resuelto la parte demandante interpuso el recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones:

Dice que contrario a lo que afirma el Tribunal en el presente asunto la solicitud de conciliación prejudicial del 28 de junio de 2002 sí suspendió el término de caducidad de la acción por tres (3) meses.

Señala que para contar el término de caducidad no debe tenerse en cuenta la fecha del acta de terminación unilateral sino el plazo convenido en el Lit. f) de la cláusula 5ª del contrato, es decir, que debe contarse o desde el 28 de febrero de 2000 una vez cumplidos los 2 meses, o desde el 31 de diciembre de 2000 una vez se agotada la partida presupuestal respectiva.

Precisa que si el término de caducidad se cuenta desde el 28 de febrero de 2000 éste fenómeno operaría el 28 de agosto de 2002 y sumados los 3 meses de la ley 640 de 2001 el 28 de noviembre de 2002 y; que si se cuenta desde el 31 de diciembre de 2000 operaría el 30 de junio de 2003 y sumados los 3 meses el 20 de septiembre de 2003, razón por la cual, para la fecha en que se presentó la demanda no había operado la caducidad de la acción.

Afirma que según el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, resultaba claro que para la fecha en que se presentó la demanda no había operado la caducidad de la acción y que en caso de existir duda sobre sus afirmaciones debía aplicarse el artículo 228 de la Constitución política.

Aduce que el contrato que dio lugar al presente litigio se terminó por vencimiento del plazo pactado, razón por la cual el acta de terminación unilateral cuya nulidad ahora se pretende era jurídicamente inexistente.

Por último, señala que una de las razones para no instaurar la acción contractual antes del 28 de junio de 2002 fue la privación de la libertad de la que fue objeto la señora Consuelo Hernández Franco en su calidad de representante legal de la accionante desde el 23 de marzo de 2000 hasta el 2 de mayo de 2002, circunstancia que dificultó el resarcimiento de los perjuicios y el cobro de lo ejecutado.

Con base en lo anterior, la apelante solicita que se revoque la decisión de primera instancia y que en su lugar se profiera un fallo favorable a sus pretensiones y allega copia de la solicitud de conciliación prejudicial presentada.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio en este asunto.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes.

V. CONSIDERACIONES

1. El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, aplicable al presente asunto por la época en que se expidió el acta de terminación unilateral del contrato cuya nulidad ahora se pretende, esto es, 14 de marzo de 2000, preceptuaba que *“los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del*

contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga...²

Por su parte, el artículo 136³ del Código Contencioso Administrativo, Subrogado a su vez por el artículo 44 de la ley 446 de 1998⁴ en su numeral 10º preveía que la acción de controversias contractuales caducaría transcurridos dos (2) años después de acaecidos los motivos de hecho o de derecho que le sirvieran de fundamento.

De lo anterior se dedujo por ese entonces que el término de dos (2) años para la caducidad de las acciones derivadas de los contratos que requirieran de liquidación empezaba a correr a partir del momento en que la liquidación se realizara o, si ella no se hubiere hecho, a partir de la conclusión del término que tenía la Administración para hacerlo unilateralmente.

Así lo dijo esta Corporación en auto del 8 de junio de 1995⁵ en el que expresó:

“En materia contractual habrá que distinguir los negocios que requieren de una etapa posterior a su vigencia para liquidarlos, de aquellos otros que no necesitan de la misma. En éstos, vale decir, para los cuales no hay etapa posterior a su extinción, cualquier reclamación judicial deberá llevarse a cabo dentro de los dos años siguientes a su fenecimiento. Para los contratos, respecto a los cuales se impone el trámite adicional de liquidación, dicho bienio para accionar judicialmente comenzará a contarse desde cuando se concluya el trabajo de liquidación, o desde cuando se agotó el término para liquidarlo sin que se hubiere efectuado, bien sea de manera conjunta por las partes o unilateralmente por la administración”.

² Lo subrayado fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

³ Este artículo fue subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

⁴ “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones”.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 8 de junio de 1995, Expediente 10.634.

Posteriormente esta misma Corporación en providencia del 22 de junio de 2000⁶ rememoró las posiciones que ella había asumido en punto del plazo que tenía la Administración para liquidar unilateralmente un contrato:

*“En sentencia dictada en el proceso 5.334, proferida el día 11 de diciembre de 1989, la Sala expresó, haciendo referencia a otros fallos, que cuando termina un contrato, normal o anormalmente, y no existe acuerdo entre las partes, la Administración debe liquidarlo unilateralmente; que si bien la ley no fija plazos para efectuarla de mutuo acuerdo, encuentra que el **“término plausible”** debe ser el de cuatro meses contados a partir de aquella terminación.*

En cuanto a la liquidación unilateral dicha sentencia expresó que si no se logra acuerdo entre los contratantes, después de vencidos los cuatro meses, la Administración debía liquidar unilateralmente el contrato dentro de los dos meses siguientes; se afirmó que:

*“Para efecto de determinar la fecha de liquidación del contrato, la Sala ha venido aceptando como término plausible el de cuatro meses: dos, a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aporte la documentación adecuada y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo (Sent. Enero 29/88, Exp. 3615. Actor Darío Vargas). A falta de acuerdo, estima la Sala que la entidad contratante debe proceder a la liquidación unilateral dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término para hacer la liquidación de común acuerdo. **Aunque este nuevo plazo no está previsto por la ley de manera específica, coincide con el consagrado legalmente para que se produzca el fenómeno del silencio administrativo negativo (Decreto ley 2.304 de 1989, arts. 1º y 7º)** y, por esta razón, lo adopta la Sala para eventos como el que aquí se presenta” (Sentencia de noviembre 9, 1989, Expedientes Nos. 3265 y 3461. Actor: Consorcio CIMELEC LTDA-ICOL LTDA). Destacado con negrilla por fuera del texto original.”*

Así las cosas, antes de la entrada en vigencia del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ya tenía establecido que los contratos que requirieran de liquidación debían ser liquidados dentro de los cuatro (4) meses que seguían a su

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 12.723.

terminación y que si ésta no se hacía en esa oportunidad, la entidad estatal debía liquidarlo unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término anterior.

Este criterio jurisprudencial fue el que finalmente se convirtió en disposición legal al consagrar, de un lado, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 que los contratos debían liquidarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación y al prever, de otro lado, el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 que si la administración no lo liquidaba dentro de los dos (2) meses que siguen al plazo establecido legal o convencionalmente para ello, el interesado podía acudir ante la jurisdicción dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.

De ésta forma, como en el presente asunto el contrato se terminó en 14 de marzo de 2000, a partir de ésta fecha las partes tenían un plazo de cuatro (4) meses para liquidarlo de común acuerdo, término que ya era legal en virtud del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, y si no lo lograban liquidar, la Administración debía hacerlo dentro de los dos (2) meses siguientes, plazo éste que había sido elaborado jurisprudencialmente.

Una vez concluidos estos dos términos, es decir los cuatro (4) meses iniciales y los dos (2) meses que le siguen, empezaban a correr los dos (2) años que la ley preveía en aquel entonces y prevé ahora como término de caducidad.

Pero teniendo en cuenta que en el asunto que ahora es objeto de decisión la demandante presentó una solicitud de conciliación prejudicial el 28 de junio de 2002, para contar el término de caducidad de la acción contractual también debía tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 21 de la ley 640 de 2001⁷, conforme al cual una vez presentada la solicitud de conciliación prejudicial se suspenderá el término de caducidad o prescripción hasta que se logre un acuerdo conciliatorio o se expida el acta respectiva o hasta el vencimiento del término de tres (3) meses, lo que ocurra primero.

Pues bien, todo lo anterior se resume en que por la época en que se dio por terminado de forma unilateral el contrato que dio lugar al presente litigio, esto es,

⁷ “Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones”

Empezó a regir desde el 24 de enero de 2002, pues en su artículo 50 se estableció que empezaría a regir un (1) año después de su publicación y fue publicada en el Diario Oficial No. 44.303. del 24 de enero de 2001.

14 de marzo de 2000 ya estaba plenamente establecido que las partes tenían un plazo de cuatro (4) meses para liquidarlo de común acuerdo, término que era legal en virtud de lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, y que si no lo lograban liquidar la Administración debía hacerlo dentro de los dos (2) meses siguientes, plazo éste que inicialmente había sido elaborado jurisprudencialmente pero que luego se convirtió en legal en razón de lo preceptuado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

Adicional a lo anterior y teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 21 de la ley 640 de 2001, el transcurso de los términos referidos debía suspenderse desde la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial y hasta un término máximo de tres (3) meses.

2. En el presente asunto se encuentra que entre la demandante y la demandada se celebró un contrato de obra el 28 de diciembre de 1999, que éste se dio por terminado mediante el acta de terminación unilateral expedida el 14 de marzo de 2000 y por consiguiente a partir de ésta fecha corrieron los cuatro (4) meses para liquidarlo de común acuerdo y como quiera que así no se hizo, seguidamente empezaron a transcurrir los dos (2) meses para que la Administración lo liquidara unilateralmente.

Ahora, habiéndose presentado por la demandante una solicitud de conciliación prejudicial el 28 de junio de 2002, es claro que el transcurso de los términos referidos tenía que suspenderse hasta que se llevara a cabo la audiencia de conciliación respectiva, o hasta tres (3) meses máximo, lo que ocurriera primero.

Con otras palabras, sí el contrato se terminó mediante acta de terminación unilateral expedida el 14 de marzo de 2000, los cuatro (4) meses que siguen vencieron el 14 de julio de 2000 y los dos (2) meses subsiguientes culminaron el 14 de septiembre de 2000, de forma tal que el término de dos (2) años se consolidaría en principio el 14 de septiembre de 2002, pero como se presentó solicitud de conciliación prejudicial el 28 de junio de 2002, dicho término se suspendió durante 3 meses, con lo que la caducidad de dos (2) años se consolidaría el 16 de diciembre de 2002, pues para la fecha en que se produjo la suspensión aún faltaban alrededor de dos (2) meses para que se produjera la caducidad.

Así las cosas, como la demanda se presentó el 31 de octubre de 2002⁸ es evidente que la caducidad aún no se había consolidado para ese momento.

En conclusión, contrario a lo que afirma el Tribunal de primera instancia para la fecha en que se presentó la demanda en el presente asunto, aún no había operado el fenómeno de la caducidad de la acción.

Una vez demostrado que en el presente asunto, para la fecha en que se presentó la demanda aún no había operado la caducidad de la acción, la Sala revocara la sentencia de primera instancia y en consecuencia procederá a resolver de fondo el asunto.

3. Ya en anteriores oportunidades ésta Sala había tenido la oportunidad de señalar que conforme a los artículos 2º, 209 y 365 del texto constitucional, la actividad del Estado debe estar encaminada, de un lado, al servicio de los asociados, a la promoción de la prevalencia de los intereses generales y al cumplimiento de los fines estatales y, de otro a garantizar la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

Estas disposiciones encuentran cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993 que establece que al celebrar y ejecutar contratos estatales, los servidores públicos deben tener en cuenta que éstos son instrumentos para 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 el estado en la consecución de dichos fines.

Por su parte, los particulares contratistas deberán tener en cuenta que ostentan la calidad de colaboradores de la administración en el cumplimiento de sus fines y que ejercen una función social que como tal implica obligaciones⁹.

A su vez el artículo 23 del mismo Estatuto contractual prevé que toda actuación de quienes intervengan en la actividad contractual debe regirse por los principios de transparencia, economía y responsabilidad, sin que por ello se pueda dejar de

⁸ Folios 5 a 14 del C. No. 1.

⁹ Artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

lado su sujeción a los postulados que rigen la función administrativa, esto es, que esté al servicio de los intereses generales y que se desarrolle de acuerdo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Pues bien, de todo este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos, que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general y que debe ceñirse a los principios de la función administrativa, entre otros, a los de transparencia y economía.

La eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial los de transparencia y economía, depende en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva.

Por supuesto que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también aseguran la eficacia de todos los principios que la rigen y por ende la efectiva satisfacción del interés general que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado.

3.1. El principio de selección objetiva se encontraba previsto expresamente en el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993, actualmente consagrado en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, disposiciones conforme a las cuales *“la selección de contratistas será objetiva”, que “es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”, que “ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido” y que “el administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.”*

De ésta forma, la objetividad en la elección de un contratista en cualquier proceso de selección que se trate, hace parte integral del principio de interés general, pues por medio de éste lo que se busca es seleccionar la propuesta que sea más favorable para la satisfacción de los intereses colectivos, siendo improcedente tener en cuenta alguna consideración subjetiva.

Luego, si lo que se busca mediante el principio al que se alude es la escogencia de la propuesta más favorable para la satisfacción de las necesidades o finalidades estatales, es evidente que para que la administración así pueda determinarlo debe realizar un ejercicio comparativo entre las diversas propuestas presentadas, para lo cual debe fijar reglas claras, objetivas y completas que permitan el libre acceso al proceso de selección de todos aquellos sujetos interesados en contratar con ella en condiciones de igualdad y libre competencia.

Así las cosas, el principio de selección objetiva guarda una estrecha relación con el principio de libre concurrencia de los interesados, que implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes¹⁰.

Y es que si no se garantiza la libre concurrencia de los interesados, se vulnera el principio de selección objetiva, pues al excluir posibles proponentes se estaría creando un universo restringido de oferentes en el que perfectamente puede no estar la mejor oferta.

Otro de los factores que inciden en el principio de selección objetiva es el del precio del mercado, que es uno, aunque no el único, que deben tener en cuenta las entidades estatales al celebrar el contrato, pues éstas al definir el costo real del negocio proyectado, es decir el valor de las cosas o servicios que se van a contratar teniendo en cuenta las diversas variables tales como cantidad, calidad especialidad, momento, lugar, etc., lo que procuran es que no se pague más ni menos de lo que verdaderamente cuestan para ajustarse así a la conmutatividad

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de marzo de 2011, Exp: 18.118.

objetiva que de acuerdo con el artículo 28 de la ley 80 de 1993 debe imperar en el contrato estatal¹¹.

Corolario de lo que hasta aquí se ha expresado es que si, por ejemplo, una entidad estatal da apertura a un proceso de selección para contratar la realización de unas obras fijando condiciones que restringen el libre acceso de los posibles interesados y celebra el contrato respectivo con el único proponente que presentó su oferta, es evidente que en ese contrato no se cumplió con el deber de selección objetiva, pues indudablemente no existen parámetros objetivos para determinar que el ofrecimiento que se hizo en la respectiva oferta era el más favorable a la entidad para el cumplimiento de sus fines.

4. La desviación de poder en materia contractual puede ser definida como aquella función administrativa que ejercida por un servidor público se dirige a favorecer los intereses de un tercero o de sí mismo, dejando de un lado el cumplimiento de las finalidades estatales para las cuales se le otorgaron determinadas competencias en ejercicio de la actividad contractual, es decir de un lado, para la satisfacción de intereses de carácter general y, de otro para la continua, adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos.

Con otras palabras, la desviación o abuso de poder se presenta cuando el funcionario público ejerce sus funciones con fines diversos a aquellos para los cuales se le otorgó una determinada competencia en el ámbito de la contratación estatal¹².

5. En pretérita oportunidad esta Subsección expresó lo que a continuación se transcribe por ser pertinente en este caso:

“El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional¹³ o con abuso o desviación de poder.¹⁴

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de marzo de 2012 Exp: 22.471.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de marzo de 2007, Exp: 28.010.

¹³ Numeral 2º. (Este pie de página corresponde al texto citado.)

¹⁴ Numeral 3º. (Este pie de página corresponde al texto citado.)

Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita,¹⁵ razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.

En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso.

En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato.

Si lo primero, es decir no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo segundo, esto es se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder”¹⁶

Así las cosas, si se afirma que se celebró un contrato con vulneración al principio de selección objetiva del contratista, la elusión de ese deber legal genera la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en la causal No. 3º del artículo 44 de la ley 80 de 1993.

Pero adicional a lo anterior, al hablar de abuso o desviación de poder también deben tenerse en cuenta las causales de nulidad previstas en el régimen común, es decir las consagradas en los artículos 1740 a 1742 del Código Civil, así como también las de los artículos 899 y 900 del Código de Comercio.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324. (Este pie de página corresponde al texto citado.)

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp: 22.471.

Según lo establecen el artículo 1741 del Código Civil y el No. 2º del artículo 899 del Código de Comercio, hay nulidad absoluta en todo contrato que tenga objeto o causa ilícitos.

Luego, si se entiende que la causa es *“el motivo que induce a la celebración del acto o contrato, que la causa ilícita es aquella contraria a la moral, las buenas costumbres, el orden público y en general la prohibida por la ley – art. 1524-.”*¹⁷ y que la desviación o abuso de poder se configura cuando un funcionario público celebra un contrato con fines diversos a los previstos en la ley, debe entenderse también que la desviación o abuso de poder igualmente se encuadra en la causal de nulidad absoluta del contrato por causa ilícita prevista en el derecho común.

5.1. En oportunidad pretérita, ésta Subsección también señaló:

*“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes.”*¹⁸

La posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad, si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo, es reiterada por el artículo 87 del C. C. A. en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

El inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido, constituyéndose este mandato en una excepción al régimen común previsto en el artículo 1525 del Código Civil que dispone que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos.

*Pero por supuesto que si nada se ha dado o pagado en razón del contrato nulo, no hay lugar a considerar y a resolver sobre las eventuales restituciones mutuas”*¹⁹.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de marzo de 2007, Exp: 28.010.

¹⁸ Artículo 45 de la Ley 80 de 1993. (Este pie de página corresponde al texto citado.)

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp: 22.471.

5.2. *La nulidad absoluta no puede sanearse por ratificación de las partes, dice el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.*

El artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en la nueva redacción que le dio al artículo 1742 del C. C., expresa que la nulidad absoluta se sana “en todo caso” por prescripción extraordinaria.

Por consiguiente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos”²⁰.

5.3. *Previamente a la entrada en vigencia de la Ley 791 de 2002 “el término de prescripción extraordinaria era de 20 años porque así lo disponía el artículo 2532 del C. C., en la redacción que le había dado el artículo 1º de la Ley 50 de 1936.*

Este término se redujo a 10 años en virtud de la Ley 791 de 2002 que entró a regir el 27 de diciembre de 2002, pero como la ley aplicable es la que era vigente al momento de la celebración del contrato, se sigue que cualquier nulidad absoluta que tenga este contrato, al día de hoy, todavía no se ha saneado por la prescripción extraordinaria”.

De ésta forma, teniendo en cuenta que el contrato que dio lugar al presente litigio se celebró el 28 de diciembre de 1999, la nulidad absoluta de la que éste adolece no se ha saneado por prescripción extraordinaria.

6. *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.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp: 22.471.

6.1. *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 las 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”²¹.

7. En el asunto que se revisa en esta segunda instancia está plenamente demostrado que en el contrato No. 2030 celebrado entre la Sociedad Gesta Vivienda Ltda. y la Cámara de Representantes el 28 de diciembre de 1999 y el adicional No. 1 suscrito el 4 de enero de 2000 se vulneró el deber de selección objetiva, pues no se garantizó la libre concurrencia de los interesados al proceso de selección fijándose condiciones restrictivas de acceso a éste y favoreciendo los intereses de la única entidad que presentó su propuesta.

En efecto, de las probanzas allegadas enseñan que para contratar el mantenimiento para la demarcación y señalización de las zonas de parqueo de los sótanos uno (1) y dos (2) del Congreso de la República, la demandada no elaboró un pliego de condiciones en el que se señalaran las reglas justas, claras y completas de selección del contratista sino que publicó un aviso el 22 de diciembre de 1999 (Fols. 177 a 179 del C. No. 3 de pruebas) en el que señaló:

“6° TERMINO PARA PRESENTAR LAS PROPUESTAS

Las ofertas deben presentarse por escrito, en original, en sobre sellado y debidamente marcado con el nombre del Proponente dirigido a la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA, a más tardar a las 6:00 P.M. del día 23 de diciembre de 1999 (...)” (Fol. 179 del C. No. 3 de pruebas).

Luego si el aviso se publicó el 22 de diciembre de 1999, esto es, un día antes del plazo máximo para presentar las propuestas, es evidente que la demandada limitó

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de enero de 2011, Exp: 16.326.

la libre concurrencia de interesados, pues se torna irrazonable pensar que en un lapso de tiempo tan limitado los proponentes puedan elaborar adecuadamente sus propuestas conforme a las necesidades de la entidad.

De otro lado, se encuentra demostrado que al proceso de contratación sólo presentó propuesta la demandada, según el acta suscrita por el Director Administrativo de la Cámara de representantes el 23 de diciembre de 1999 (Fol. 176 del C. No. 3 de pruebas) y que ésta fue seleccionada el 24 de diciembre de 1999 (Fol. 157 del C. No. 3 de pruebas), circunstancia que evidencia que la demandada no elaboró un estudio detallado de la única propuesta presentada a efectos de determinar que ésta era la mejor y la más favorable para el cumplimiento de sus fines.

Con otras palabras, la administración no escogió la oferta más favorable puesto que si bien la única propuesta presentada fue evaluada, no existe prueba documental alguna a través de la cual se acredite que ésta cumplió con todas sus exigencia y que era la mejor y más favorable para el cumplimiento de sus intereses.

Adicional a lo anterior también se encuentran acreditadas las irregularidades en que incurrió la entidad contratante al celebrar el contrato No. 2030 del 28 de diciembre de 1999, para corroborar lo que se afirma es suficiente mirar las siguientes pruebas documentales arrimadas al expediente:

El 3 de enero de 2000 se elaboró un acta de iniciación de las obras firmada por la representante legal de la demandante y presuntamente por el Señor José Luis Cotes Pérez, Jefe de la División de Bienes y Servicios de la accionada e interventor del contrato (Fol. 27 del C. No. 2 de pruebas).

Por medio de escritos del 17 de marzo de 2001 (Fol. 37 del C. No. 2 de pruebas) y del 24 de junio de 2002 (Fol. 57 del C. No. 2 de pruebas) el señor Alberto Hernández Franco afirmó que el señor Cotes Pérez había firmado el Acta de inicio de obras el 17 de enero de 2000.

Dicha información fue desvirtuada por el señor José Luis Cotes Pérez, Jefe de la División de Bienes y Servicios de la accionada e interventor del contrato mediante el Oficio No. D.S 4.4. 072 del 28 de marzo de 2000, en el que manifestó no haber

firmado el acta de iniciación de obras ni ejercer funciones de interventoría sobre el contrato No. 2030/ 99 (Fols. 79 y 80 del C. No. 2 de pruebas).

No obstante lo anterior, en la prueba pericial grafológica practicada el 7 de julio de 2003 por el Grupo de Química Forense, Documentología y Grafología Forense, Regional Bogotá (Fols. 101 a 104 del C. No. 2 de pruebas), se concluyó:

“El grado y el número de analogías encontradas entre todas las firmas indubitadas pertenecientes al señor José Luis Cótez Pérez, y la firma motivo de peritación, visible en el Acta de Iniciación de Obra fechada el 3 de Enero de 2000, folio 2, ya descrita en la primera parte del presente informe), establecen la UNIPROCEDENCIA, lo cual quiere decir que todas son producto del mismo desarrollo caligráfico” (Fol. 103 del C. No. 2 de pruebas).

Así las cosas, a través de la prueba pericial referida se logró determinar que efectivamente el señor José Luis Cotes Pérez, Jefe de la División de Bienes y Servicios de la accionada e interventor del contrato, sí había firmado el acta de inicio de obras del 3 de enero de 2000, con lo que se desvirtuó el contenido del Oficio No. D.S 4.4. 072 del 28 de marzo de 2000.

El 14 de marzo de 2000 presuntamente se suscribió entre las partes un acta de terminación unilateral firmada por el representante legal de la demandada y por la señora María Hermilda Hernández Franco suplantando a su hermana Consuelo Hernández Franco sin su consentimiento (Fol. 124 del C. No. 3 de pruebas).

El 9 de agosto de 2000 la señora María Hermilda Suarez Franco declaró ante la Notaría 61 del Círculo de Bogotá D.C., que firmó el acta en mención sustituyendo sin autorización a su hermana Consuelo Hernández Franco, representante legal de la demandante (Fol. 30 del C. No. 2 de pruebas).

La Unidad Nacional de Anticorrupción de la Fiscalía General de la Nación dio apertura a un proceso de investigación por las irregularidades presentadas en los procesos de contratación de la demandada (Fols. 162 a 164 del C. No. 2 de pruebas).

Posteriormente, dentro del proceso penal No. 0121 de 2001 que se inició ante el Juzgado 24 Penal del Circuito en contra de la señora Consuelo Hernández Franco y

otros, ésta fue condenada por el delito de celebración de *“Contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales”* en calidad de cómplice (Fols. 138 a 272 del C. No. 1).

En efecto, el juez penal encontró demostrado que para celebrar el contrato No. 2030 del 28 de diciembre de 1999 la demandada incumplió los requisitos legales previstos en el artículo 24 de la ley 80 de 1993 y en los artículos 2º y 3º del Decreto 855 de 1994, pues no exigió la presentación de mínimo 2 ofertas para seleccionar a la contratista, no fijó el aviso de invitación pública a contratar, no dio información básica de las características generales de los bienes obras y servicios a contratar y no consultó los precios ni las condiciones del mercado previamente a dar apertura a la invitación pública, incumplimientos estos que evidenciaban la vulneración al principio de selección objetiva dentro del proceso de selección respectivo (Fols. 207 a 209 del C. No. 1).

También encontró probado que además de no haberse realizado un estudio previo de la necesidad de las obras a contratar, la celebración del contrato que ahora es objeto de litigio fue autorizada por la Mesa Directiva de la Entidad el 15 de diciembre de 1999, pues lo realmente pretendido era favorecer los intereses de la señora Consuelo Hernández con la adjudicación.

Concluyó señalando *“La inobservancia ilegalidad de los requisitos esenciales que rigen la contratación directa, tanto en el contrato 2030 como del 2050, es evidente y ello se debió a que previamente estaba definido a quien se le iban a adjudicar, que no era otra persona diferente que Consuelo Hernández en representación de la firma Gestavivienda Ltda., y es indudable que aquella lo sabía y convino en suscribirlos.*

(...)

Consuelo Hernández Franco deberá responder entonces penalmente, por los delitos de Contratos sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, cometidos en concurso homogéneo y en calidad de cómplice (...) (Fols. 210 a 212 del C. No. 1).

Pues bien, a partir de las probanzas allegadas y del análisis que de los hechos hizo la justicia penal, para la Sala se encuentra más que acreditado que en la celebración del contrato No. 2030 que dio lugar al presente litigio se vulneró el principio de selección objetiva, siendo necesario entonces declarar su nulidad

absoluta con fundamento en lo dispuesto en el No. 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

La violación del deber de selección objetiva determina en este asunto la nulidad absoluta del contrato No. 2030 que las partes celebraron el 28 de diciembre de 1999 y de su adicional No. 1 celebrado el 4 de enero de 2000 ya que se configura un abuso o desviación de poder, nulidad esta que no puede ser saneada por ratificación de las partes, el término de prescripción extraordinaria no ha logrado sanearla y puede ser decretada oficiosamente si aparece plenamente demostrada y están presentes en el proceso todas las partes que concurrieron a su celebración, tal como ocurre en este caso.

Por consiguiente, es consecuencia obligada decretar la nulidad absoluta de los mencionados contratos y en este sentido se decidirá.

7.1. Aunque los testimonios rendidos por el señor Ángel Alberto Hernández²² y el señor Juan Carlos González Arroyave²³, así como las declaraciones juramentadas rendidas por la señora Gloria Stella Morato Melo²⁴, Fredy Ricardo Hernández²⁵ y Mario Fernando Carrisoza Hernández²⁶, señalan que algunas obras se ejecutaron, lo cierto es que su ambigüedad no permite determinar cuáles fueron realmente ejecutadas ni su cuantía.

De otro lado no aparece demostrado que la demandada hubiera pagado precio alguno por las labores supuestamente ejecutadas.

Las anteriores circunstancias no permiten determinar de manera fehaciente que la entidad estatal se haya beneficiado ni el monto de ése beneficio, tal como lo exige el artículo 48 de la ley 80 de 1993, razón por la cual no hay lugar al reconocimiento y pago de prestaciones ejecutadas.

Finalmente no se ordenará compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, pues de las probanzas allegadas se encuentra demostrado que las autoridades iniciaron el proceso de investigación respectivo frente a las conductas de quienes

²² Folios 48 a 51 del C. No. 2.

²³ Folios 288 a 305 del C. No. 4.

²⁴ Folio 59 del C. No. 2.

²⁵ Folio 60 del C. No. 2.

²⁶ Folio 61 del C. No. 2.

celebraron el contrato violando el deber de selección objetiva e iniciaron el proceso penal que concluyó con la condena de la señora Consuelo Hernández.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 20 de octubre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar **Decretar la Nulidad Absoluta** del contrato No. 2030 celebrado entre la Sociedad **Gesta Vivienda Ltda.** y la **Cámara de Representantes** el 28 de diciembre de 1999 y del adicional No. 1 del 4 de enero de 2000.

SEGUNDO: NO RECONOCER NI PAGAR prestación alguna por no aparecer demostrado que la entidad estatal se haya beneficiado ni el monto de ése beneficio.

TERCERO: ADMITIR la renuncia al poder conferido a la abogada Martha Isabel Flórez Gómez, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 41'920.176 y portadora de la Tarjeta Profesional No. 114.808, como apoderada de la demandada, conforme al memorial presentado el 19 de enero de 2015, visible a folio 378 del cuaderno principal, dar cumplimiento al trámite previsto en el Inc. 4º del Artículo 76 del Código general del Proceso y en consecuencia,

CUARTO: RECONOCER el poder otorgado por el Jefe de la División jurídica de la Cámara de Representantes a la abogada Catalina García Martínez, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1.088.264.644 y portadora de la tarjeta profesional No. 227655, visible a folio 203 del Cuaderno principal.

QUINTO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Consejero Ponente