

## **CONTRATO ESTATAL - Dirección / CLAUSULAS EXCEPCIONALES - Justificación / CLAUSULAS EXCEPCIONALES - Titularidad / CLAUSULAS EXCEPCIONALES - Finalidad**

El artículo 3º de la Ley 80 de 1993, establece que los servidores públicos tendrán 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 la consecución de tales fines, precepto éste que se encuentra íntimamente ligado con la disposición contenida en el ordinal 1º del artículo 14 ibídem, en la medida en que ordena a las entidades estatales ejercer la dirección general del contrato al igual que les atribuye la responsabilidad de ejercer el control y la vigilancia del mismo, para el cumplimiento de dichas finalidades. Los anteriores preceptos justifican la existencia de las potestades y de las cláusulas excepcionales que en todos los casos son materia de previsión legal y que en la mayoría de los eventos están conferidas a favor de las Entidades Estatales y excepcionalmente a favor de los contratistas, como sucede, por vía de ejemplo, con la potestad que se confiere al contratista de terminar unilateralmente el contrato y que el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 80 de 1993 enuncia como facultad de renunciar unilateralmente a la ejecución del mismo cuando, como consecuencia de la facultad excepcional conferida a favor de la Entidad Estatal, ésta decide modificar unilateralmente el contrato en más del 20% de su valor. Las facultades excepcionales y las que algunos doctrinantes llaman cláusulas de privilegio, son preceptuadas y desarrolladas, en gran parte, por los artículos 14, a 19 de la Ley 80 de 1993, aun cuando algunas de tales potestades se encuentran reguladas por otros preceptos contenidos en la misma normatividad, pero en todo caso responden a la finalidades de la contratación estatal y propenden por la protección de los intereses generales y la prestación de los servicios públicos, razón por la cual puede entenderse que, en veces, los co-contratantes en este tipo de relaciones negociales no se encuentran en un plano de igualdad pues dadas las especiales circunstancias señaladas, el particular se ubica en una relación de subordinación respecto de su co-contratante, que es el Estado.

## **CLAUSULAS EXCEPCIONALES - Generalidades / TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Generalidades / CADUCIDAD DEL CONTRATO - Generalidades / TERMINACION UNILATERAL DELCONTRATO - Competencia. Causales de nulidad absoluta**

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 1º establece la potestad excepcional de las entidades estatales para interpretar, modificar o terminar unilateralmente los contratos estatales, mediante actos administrativos debidamente motivados que serán susceptibles de impugnación mediante el recurso de reposición y por vía judicial mediante la acción contractual. La misma norma en su numeral 2º establece la obligatoriedad de pactar en los contratos estatales, cláusulas excepcionales al derecho común, de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad del contrato, cuando dichos contratos tengan por objeto la explotación de un monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado, o cuando se trate de un contrato de obra. Según estos preceptos, una de las potestades excepcionales que el legislador ha conferido a favor de las entidades estatales es la de terminación unilateral del contrato que reviste varias connotaciones especiales y obedece a supuestos distintos. Así, se observa que el artículo 17 de la citada Ley 80, consagró la potestad de las entidades del Estado para terminar anticipadamente y de manera unilateral, el contrato celebrado con un particular, mediante la expedición de un acto

administrativo debidamente motivado, cuando el servicio público o la situación de orden público así lo requiera, como también, cuando sobrevengan situaciones que recaen directamente sobre el contratista, las cuales impidan o dificultan continuar con su ejecución. Por su parte el artículo 18 del mismo estatuto contractual, establece la potestad de la Administración para declarar la caducidad del contrato cuando se presenten hechos constitutivos de incumplimiento por parte del contratista, que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencien que puede conducir a su paralización, voluntad que se manifiesta mediante acto administrativo debidamente motivado en el cual se dará por terminado el contrato y se ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. Además de las potestades consagradas en las normas precedentes, el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, otorga al representante de la entidad pública contratante como funcionario a quien compete la celebración de los contratos estatales, la facultad de dar por terminado unilateralmente el contrato, cuando quiera que en él se presente una de las casuales de nulidad absoluta, previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 ibídem; terminación que se materializa mediante la expedición de un acto administrativo motivado.

### **CLAUSULAS EXCEPCIONALES - Tipología / CLAUSULAS EXCEPCIONALES - Obligatorias / CLAUSULAS EXCEPCIONALES - Facultativas / CLAUSULAS EXCEPCIONALES - Prohibidas**

Las facultades establecidas por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, no son comunes a todos los contratos, pues al tenor literal de esta norma las potestades excepcionales son en algunos contratos de obligatoria inclusión (aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación o la concesión de bienes del Estado y los de obra pública y la obligatoria de reversión en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado - ordinal segundo, inciso primero- ), en otros de inclusión facultativa (Contratos de suministro y prestación de servicios, -ordinal segundo, inciso segundo-) y en otros está prohibido incluirlas (En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales o de cooperación, ayuda y asistencia, en los interadministrativos, en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el ordinal 2º o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas, así como los contratos de seguro tomados por las Entidades Estatales), como se puede apreciar en esta última tipología, la prohibición obedece, en veces, al interés que se pretende amparar, al plano de igualdad entre los sujetos co-contratantes (convenios interadministrativos) o porque materialmente resulta imposible incluirlas, dados los efectos jurídicos que envuelve el ejercicio de dicha cláusula excepcional.

### **CAUSAL DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Efectos / REPRESENTANTE LEGAL - Terminación unilateral del contrato. Deber legal / TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Clases. Cláusula excepcional. Potestad Obligación legal / TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Cláusula excepcional / TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Deber legal / POTESTAD UNILATERAL - Diferente cláusula / CLAUSULA EXCEPCIONAL - Diferente a potestad excepcional / CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Finalidad**

El inciso segundo de la norma legal transcrita (artículo 45 de la Ley 80 de 1993) consagra el deber legal para el representante legal de la entidad contratante, de dar por terminado el contrato de manera unilateral y proceder a su liquidación en el

estado en que se encuentre, cuando se presente alguna de las precisas causales de nulidad absoluta del contrato que prevé la ley como determinantes de la declaratoria de terminación unilateral del contrato, esto es cuando los contratos se celebraron con violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o contra expresa prohibición constitucional o legal, o cuando se han declarado nulos los actos que sirvieron de fundamento para su celebración. La terminación unilateral prevista por el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, no constituye una prerrogativa excepcional de las entidades estatales en desarrollo de la actividad contractual, que implique ubicarla o analizarla en el mismo plano que las facultades establecidas por los artículos 14 a 19 ibídem, pues a pesar de que en ambos eventos se trata de potestades cuyo titular es, por regla general, el Estado, -entendida la potestad como el medio jurídico que habilita a su titular para imponer sobre otras personas determinados comportamientos o influirles, condicionando su actividad dentro del marco de las competencias atribuidas-, la terminación unilateral de que trata el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 constituye un deber legal a cargo de las Entidades Estatales que a la postre se traduce en la obligación de proceder en tal sentido, cuando quiera que se presente el hecho o supuesto de la norma, mientras que la terminación unilateral prevista por los artículos 14 y 17 de la misma normatividad, implica el ejercicio de una facultad por parte de la Administración que, por ende, conlleva al análisis del evento específico y, según la situación, podrá determinar la viabilidad de continuar con la ejecución del contrato o definitivamente disponer la terminación del mismo por las razones sobrevinientes establecidas por la normatividad. Obsérvese que la connotación de una y otra terminación unilateral, es completamente distinta y, por ende, el tratamiento en uno y otro evento es también diferente. La primera precisión que podría realizarse a este respecto es que si la obligación establecida por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 se equiparara a la facultad de terminación unilateral consagrada por el artículo 14 ibídem, la entidad estatal estaría supeditada al pacto contractual que en tal sentido acordaran las partes en los contratos donde la inclusión de las mismas resulta facultativa y, así mismo, se encontraría en la imposibilidad de ejecutar el mandato en aquellos contratos en los cuales estuviera expresamente prohibido introducir cláusulas excepcionales. Por consiguiente, la norma imperativa contenida en el inciso segundo del artículo 45 del Estatuto Contractual es una potestad -que no una cláusula- la cual deberá ejercer la entidad contratante en relación con los distintos tipos de contrato estatal, por ende, el problema se contrae al análisis de los eventos que se subsumen en la facultad, los efectos de la terminación y el procedimiento para adoptar la decisión. Al tenor de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, si se presentara un vicio diferente de los consagrados en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, es decir, cuando los hechos son constitutivos de alguna de las otras dos causales establecidas en la citada norma, el representante de la entidad estatal no estaría facultado para declarar la terminación unilateral del contrato, no obstante la existencia de una nulidad absoluta, puesto que la ley no le da tales prerrogativas; en esos precisos eventos, solo podrá intentarse la acción contractual de nulidad absoluta del contrato. Estos lineamientos (...) demuestran que la finalidad que busca el legislador al instituir las causales de nulidad absoluta del contrato, es la salvaguarda del interés general, el orden público y el interés jurídico, para lo cual dota de potestades a la Administración encaminadas a extinguir el contrato para que dicho acto que nació viciado de nulidad cese en sus efectos, mediante la declaratoria de su terminación unilateral, cada vez que encuentre fundada la existencia de alguna de las causales de nulidad absoluta expresamente previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sin que le sea posible ejercer tales atribuciones en situaciones diferentes a las expresamente previstas en la norma; es decir, cuando las causales sean otras. Nota de Relatoría: Ver sentencia de 2 de mayo de 2007, Exp. 15599, Consejero

Ponente Doctor Mauricio Fajardo Gómez; Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 1º de diciembre de 1999, radicación No. 1230; de la Corte Constitucional en la sentencia C-454/94. Magistrado Ponente Doctor Fabio Morón Díaz; Sentencia T-1341 de 2001; Corte Constitucional, Sentencia T-1341 de 11 de diciembre de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

**CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Finalidad / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Causales / CONTRATO ESTATAL - Vicios / CONTRATO ESTATAL - Nulidad absoluta / CONTRATO ESTATAL - Nulidad relativa. Saneamiento**

Con el fin de salvaguardar el principio de legalidad, el interés general, el orden público y de otorgar seguridad jurídica, la ley ha previsto algunas situaciones como constitutivas de nulidad absoluta de los contratos estatales, cuando quiera que no se cumplan los requisitos esenciales para su formación o existencia, las cuales acarrearán como consecuencia, la privación de los efectos jurídicos del negocio celebrado en tales condiciones. Las causales de nulidad absoluta del contrato, como en todo régimen de sanciones, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, razón por la cual respecto de ellas no cabe la aplicación por analogía, lo cual impone que se encuentren expresamente previstas en la ley. El artículo 44 de la Ley 80 de 1993, a más de las causales de nulidad absoluta previstas en el derecho común, consagra de manera expresa cinco causales que conllevan a la nulidad absoluta del contrato. Del contenido de dicho precepto legal se evidencia, que la Ley 80 de 1993, al establecer el régimen de nulidades absolutas del contrato estatal tomó como propias aquellas que se encuentran previstas en el derecho común, e igualmente estableció otras adicionales, privativas de la contratación estatal, lo cual impone acudir a las regulaciones de la ley civil a fin de consultar su contenido y finalidad y de esta manera apreciar en forma integral el régimen de causales de nulidad absoluta aplicable a los contratos del Estado. Por su parte, el artículo 46 de la misma Ley 80 de 1993 prescribe que los demás vicios que se presenten en los contratos, es decir, aquellos diferentes de los consagrados en el artículo 44 ibídem, serán constitutivos de nulidad relativa y podrán sanearse, bien por ratificación expresa de los interesados o por el simple transcurso del tiempo, fijado en el término de dos (2) años que se contarán a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio. Se advierte que el artículo 6º del C.C., consagra la causal de nulidad de los actos ejecutados contra expresa prohibición legal. Por su parte el artículo 1741 de la misma codificación, prescribe la nulidad absoluta de los actos y contratos, derivada del objeto o causa ilícita y de la pretermisión de formalidades previstas en la ley para su validez. Igualmente, el Código Civil, en varios de sus artículos, precisa las situaciones en las cuales se configura ilicitud en el objeto (artículo 1521, Artículos 1519, Artículo 1523) De conformidad con la legislación civil la nulidad absoluta de los actos o contratos pueden tener origen en: i) la celebración contra expresa prohibición legal; ii) la omisión de algún requisito que según la ley resulta esencial para el valor de los mismos y iii) la presencia de objeto o causa ilícita, teniendo como ilicitud en el objeto, la contravención de normas que forman parte del derecho público o la celebración de actos jurídicos prohibidos por la ley, caso éste último que lleva al primer supuesto constitutivo de esta clase de nulidad.

**TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Expresa prohibición legal. Presupuestos / CELEBRACION DE CONTRATOS CONTRA EXPRESA PROHIBICION CONSTITUCIONAL Y LEGAL - Contenido. Alcance / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Causales / SELECCION OBJETIVA - Procedimiento. Causal de nulidad absoluta / DESVIACION DE PODER -**

## **Procedimiento de selección objetiva / CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Interpretación**

La jurisprudencia de la Sala se ha ocupado de precisar el contenido y alcance de la causal contenida en el artículo 44-2 del Estatuto de Contratación, referida a la “celebración de contratos contra expresa prohibición constitucional y legal”, con el fin de impedir que se hagan interpretaciones que no corresponden al verdadero sentido que quiso darle el legislador. A la Luz de estos lineamientos se impone concluir que la Administración no podrá invocar la causal de nulidad prevista numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, para declarar la terminación unilateral del contrato, cuando quiera que se ha presentado la vulneración del ordenamiento jurídico por la omisión de cualquier requisito o formalidad establecida por la ley para el procedimiento de la selección objetiva del contratista o de los demás requisitos establecidos en el Estatuto de contratación, puesto que la prohibición contenida en el artículo 24-8 de la Ley 80, en realidad se ubica dentro de la causal 3ª del artículo 44 ibídem, referida a la celebración del contrato con abuso o desviación de poder y no dentro de la causal 2ª, cuando el contrato se celebra contra expresa prohibición legal. A lo anterior se agrega, que del contexto del numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, debe deducirse su necesaria correspondencia con el artículo 24.8 ibídem, como lo impone la interpretación sistemática de las normas del ordenamiento jurídico con el fin de otorgarles el sentido, finalidad y el efecto útil que pretende darles el legislador. En otras palabras, las normas referidas no pueden interpretarse como si se regularan temas independientes, con distinta finalidad, sino todo lo contrario, pues al intérprete le corresponde examinar su relación directa y consecencial, lo cual necesariamente conduce a entender que cuando los funcionarios eluden los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos y deberes indicados por la ley, pueden incurrir en abuso o desviación de poder al apartarse de los fines que se buscan con la contratación, que no son otros que el interés público y el bienestar de la comunidad, circunstancias que a la luz del citado Estatuto Contractual del Estado, configura la causal de nulidad absoluta del contrato consagrada en el numeral 3º del artículo 44.

## **CONTRATACION ESTATAL - Principios orientadores / SELECCION OBJETIVA - Principios orientadores / CONTRATACION DIRECTA - Principios orientadores / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Selección del contratista / CONTRATACION DIRECTA - Selección objetiva / CONTRATACION DIRECTA - Principio de transparencia**

La Ley 80, en su artículo 24, consagró el principio de transparencia como orientador de la actividad contractual, en virtud del cual se estableció como regla general para la selección del contratista la licitación pública o el concurso público y como excepción la contratación directa en aquellos casos específicamente determinados por el legislador. La contratación directa al igual que toda modalidad de escogencia del contratista que sea adelantada por la Administración, estará orientada por los principios inspiradores de la contratación pública y obedecerá a criterios objetivos y de interés público para seleccionar la oferta más conveniente a los intereses de la Administración, sin que motivaciones de índole subjetiva por parte de los funcionarios encargados de adelantar el procedimiento y la adjudicación, sean las determinantes en la contratación. Así lo consagra el artículo 24, párrafo segundo, de la Ley 80 de 1993 y lo desarrolla el artículo 2º del Decreto 855 de 1994, norma a cuyo tenor: “En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial el deber

de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993." Lo anterior significa que la Administración está obligada, aún en los eventos de contratación directa definidos en la ley, a garantizar la libre concurrencia de los participantes, fijar las bases de participación, determinar los criterios de evaluación de las ofertas, adelantar los análisis pertinentes de las propuestas presentadas, con criterios de objetividad y transparencia garantizando la igualdad e imparcialidad respecto de los oferentes, con el fin de adjudicar a aquel, cuya propuesta sea la más conveniente para el interés público y la satisfacción de las necesidades de la comunidad. Significa entonces que la modalidad de contratación directa prevista en la ley, no puede ser utilizada por la Administración para seleccionar a su arbitrio al contratista que le simpatiza, puesto que la ley le impone el deber de respetar los principios de transparencia, selección objetiva, economía, igualdad, imparcialidad, publicidad y libre concurrencia, como orientadores de la actividad contractual y de esta manera garantizar que la selección se cumpla en condiciones de igualdad para que la propuesta escogida sea la más favorable para los intereses de la entidad. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 14 de agosto de 2003, Exp. 22848, M.P. Ricardo Hoyos Duque; de 14 de abril de 2005, Exp. 01577-01; M.P. Germán Rodríguez Villamizar; de la Corte Constitucional Sentencia C-40 del 26 de enero de 2000, Exp. 2457, M.P. Fabio Morón Díaz; Sentencia C-508 de 3 de julio de 2002.

**ACTO ADMINISTRATIVO - Causa / ACTO ADMINISTRATIVO - Impugnación / ACTO ADMINISTRATIVO - Falsa motivación / FALSA MOTIVACION - Vicio de nulidad / FALSA MOTIVACION - Presupuestos**

En primer lugar habrá de establecerse que el motivo o causa del acto administrativo corresponde a las circunstancias de hecho y de derecho que en cada caso inducen a su expedición, o lo determinan, puesto que la Administración no puede actuar caprichosamente, es por esto que en las actuaciones fundamentalmente regladas, sus actos están casi totalmente determinados de antemano; en cambio en las actividades discrecionales la Administración tiene un margen más o menos amplio para decidir, pero debiendo tomar en cuenta aquellas circunstancias, así como los fines propios del servicio a su cargo. El artículo 84 del C.C.A. consagra la acción de nulidad para impugnar los actos administrativos cuando se encuentren viciados de nulidad; entre los vicios indicados por la norma se encuentra el de la falsa motivación del acto. Los lineamientos jurisprudenciales precedentes esbozan de manera clara que la falsa motivación del acto tiene ocurrencia cuando i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas; iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 4 de marzo de 2000, Exp. 9772, M. P. Daniel Manrique Guzmán; Sentencia de 21 de junio de 1980, M.P. Álvaro Lecompte Luna; Sección Segunda Sentencia de 19 de mayo de 1998, Exp. 10051, M.P. Clara Forero de Castro; sentencia de 8 de septiembre de 2005, Exp. 3644, M.P. Darío Quiñones.

**RESOLUCION DEL CONTRATO - Modalidades / RESOLUCION DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO - Disposición legal / CONDICION RESOLUTORIA TACITA - Incumplimiento contractual. Disposición legal / PACTO COMISORIO - Resolución del contrato. Convención / CONDICION RESOLUTORIA TACITA - Declaración judicial / CONTRATO - Derecho de resolución judicial / DERECHO DE RESOLUCION JUDICIAL DEL CONTRATO**

**- Diferente a condición resolutoria tácita / CONDICION RESOLUTORIA TACITA - Diferente a derecho de resolución judicial**

En cuanto a la figura de la resolución del contrato, es preciso señalar que éste podrá resolverse de mutuo acuerdo entre las partes, cuando ambas deciden ponerle fin, evento en el cual se está en presencia de la resolución convencional; también puede darse la resolución del contrato por disposición de la ley, cuando una de las partes de la relación contractual incumple sus obligaciones. El segundo de los supuestos enunciados, el cual interesa al sub lite, se encuentra consagrado en el artículo 1546 del Código Civil, norma que otorga el derecho al contratante cumplido, de solicitar la resolución del contrato en caso de presentarse el incumplimiento de las obligaciones por parte del otro contratante. El derecho de resolver el contrato también encuentra aplicación en otras disposiciones de la ley civil, tal como lo dispone el artículo 1882 del C.C., específicamente para el contrato de compraventa, al establecer en el inciso segundo que si el vendedor retarda la entrega de la cosa, el comprador podrá mantener el contrato o “desistir de él”, con la correspondiente indemnización de perjuicios. Por su parte el artículo 1930 de la misma codificación prescribe en relación con el incumplimiento en el pago del precio por parte del comprador, en el contrato de compraventa, el derecho del vendedor para exigir el precio o “la resolución de la venta”, con el correspondiente resarcimiento de perjuicios. El artículo 1983 del C.C., se refiere al incumplimiento en la entrega de la cosa arrendada por parte del arrendador; evento en el cual autoriza al arrendatario para desistir del contrato, igualmente con la respectiva indemnización de perjuicios. En todas las disposiciones antes referidas la ley otorga la opción al contratante cumplido, en aquellos eventos en los cuales la otra parte de la relación contractual incurra en el incumplimiento de sus obligaciones, de pedir la resolución del contrato con la respectiva indemnización de perjuicios, sin que tal situación deba ser previamente estipulada, es decir, que la condición resolutoria tácita, en virtud de la ley, se entiende incorporada al contrato celebrado así las partes contratantes no la hayan convenido. También podrán las partes pactar expresamente la resolución del contrato cuando alguna de ellas incumpla sus obligaciones, evento en el cual se está en presencia del pacto comisorio, figura que se encuentra consagrada en los artículos 1935 y 1937 del Código Civil para el contrato de compraventa pero que también podrá convenirse en otro tipo de contratos. La condición resolutoria que la ley ha previsto es el incumplimiento de lo pactado y por consiguiente la condición se realiza cuando una de las partes no cumple en absoluto la obligación contraída, o únicamente la cumple en una parte y deja de cumplirla en el resto, o tratándose de varias obligaciones cumple una de ellas y deja de cumplir las otras. Cumplida la condición, esto es el hecho del incumplimiento, el contrato no pierde su eficacia, sino que surge para el contratista cumplido e insatisfecho con la obligación contractual, el derecho de optar por uno de los dos caminos que la ley le otorga, o exigir el cumplimiento del contrato o pedir su resolución, en ambos casos, con la respectiva indemnización de perjuicios, pero para ello es necesario incoar la respectiva acción judicial. En efecto, la condición resolutoria tácita no opera por sí sola sino que es necesario solicitarla judicialmente, de tal suerte que aún ocurrido el incumplimiento, el contrato subsiste hasta tanto se dicte la sentencia y por lo mismo, subsisten los actos de disposición realizados en virtud del contrato. Como quiera, que resulta claro que la condición resolutoria tácita no opera de plano sino que es necesario acudir ante el juez para que declare la resolución del contrato, la doctrina ha considerado que el artículo 1546 del Código Civil, no consagra en estricto sentido una condición resolutoria tácita, sino el derecho de resolución judicial del contrato y como sustento de su tesis ha dado numerosas razones, las cuales esta Sala comparte.

**DERECHO DE RESOLUCION JUDICIAL - Presupuestos / CONDICION RESOLUTORIA - Presupuestos / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Noción / CONSTITUCION EN MORA - Noción / ACCION RESOLUTORIA - Presupuestos / PRINCIPIO LA MORA PURGA LA MORA - Excepción de contrato no cumplido / EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO - La mora purga la mora**

Lo cierto es que para que el contratista cumplido tenga la posibilidad de ejercer el derecho de resolución judicial, debe haberse configurado el supuesto de hecho, consistente en el incumplimiento de la obligación contractual por la otra parte de la relación negocial. En los precisos términos del artículo 1546 del C. C., tan solo los contratos bilaterales o sinalagmáticos en los cuales existen obligaciones correlativas y entonces cada una de las partes es a la vez acreedora y deudora, serían susceptibles de extinguirse por vía de la acción resolutoria, no obstante, por excepción, nada impide que la acción resolutoria opere para algunos contratos unilaterales, tal como lo admite la doctrina nacional y extranjera. Otro de los presupuestos que se deducen del artículo 1546 del C. C, para que se configure la condición resolutoria del contrato y se abra paso a la resolución o extinción del negocio jurídico, es el incumplimiento culposo del contratante que ha dejado voluntariamente de cumplir sus obligaciones, pues no habría lugar a ella en los eventos en que el incumplimiento se derive del acaecimiento de circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito. Sucede que el deudor tan solo se encuentra en situación de incumplimiento cuando ha retardado la satisfacción de sus obligaciones, una vez éstas se hayan hecho exigibles, esto es, cuando se encuentra constituido en mora, bien que se trate de una obligación pura y simple o sometida a plazo o condición. En el primer evento la obligación es exigible desde el momento mismo de su nacimiento, en el segundo, una vez vencido el plazo o cumplida la condición. Ocurridos estos eventos sin que el deudor satisfaga la obligación, el acreedor podrá a su arbitrio ejercer la acción para que el deudor acuda al cumplimiento de sus obligaciones o solicitar al juez la resolución del contrato. Resulta pertinente precisar que de conformidad con lo prescrito por el artículo 1608 del C.C., el deudor quedará constituido en mora en los siguientes eventos: en las obligaciones sometidas a plazo cuando llegado éste, no se ha cumplido la obligación o cuando el deudor dejó pasar el tiempo dentro del cual debía cumplir la obligación de dar o hacer, no siendo posible cumplirla dentro de otro término y en los demás casos cuando el deudor ha sido reconvenido judicialmente. También constituye presupuesto para la prosperidad de la acción resolutoria, que el actor esté libre de culpa, esto es, que no haya incurrido en incumplimiento de sus obligaciones, puesto que de lo contrario, estaría impedido para exigirle al deudor el cumplimiento de la obligación, toda vez que en virtud del principio según el cual, la mora purga la mora, consagrado en el artículo 1609 del Código Civil, al contratante demandado le asiste el derecho de proponer como medio de defensa la excepción de contrato no cumplido.

**RESOLUCION DEL CONTRATO - Efectos. Ex tunc. Ex nunc / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Resolución del contrato. Efectos / EFECTOS EX TUNC - Resolución del contrato / RESOLUCION DEL CONTRATO - Restituciones mutuas / RESTITUCIONES MUTUAS - Resolución del contrato / EFECTOS EX NUNC - Restituciones mutuas / RESILIACION - Noción**

Declarada por el juez, la resolución del contrato por ocurrencia del incumplimiento de uno de los contratantes, el contrato se extingue no solo hacia el futuro, sino con efectos retroactivos, es decir, que las cosas se retrotraen al estado que tenían antes de su nacimiento como si el contrato no hubiere existido jamás, (efectos ex



tunc) lo cual genera, como sucede con la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, el deber de las restituciones mutuas, deber que en algunas situaciones se torna imposible de cumplir por sustracción de materia, como cuando el objeto del contrato es el arrendamiento, evento en el cual no puede devolverse el uso de la cosa arrendada; o en la construcción de una carretera, en que las obras no pueden restituirse al contratista, situaciones en las cuales se extingue la obligación de restitución. En esta clase de contratos en que la resolución del contrato opera sólo para el futuro (efectos ex nunc), es decir, que no tiene efectos retroactivos, la figura se denomina resiliación o simplemente terminación.

**CONTRATO ESTATAL - Resolución / RESOLUCION DEL CONTRATO ESTATAL - Fundamento / ACCION CONTRACTUAL - Resolución del contrato / RESOLUCION DEL CONTRATO - Acción contractual / ACCION CONTRACTUAL - Finalidad / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Declaración judicial de resolución del contrato**

La resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, es aplicable a los contratos estatales con fundamento en el artículo 1546 del Código Civil, y podrá hacerse efectiva por vía de la acción de controversias contractuales, toda vez que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo al consagrar la referida acción establece como finalidad de ésta: i) la declaratoria de existencia o nulidad del contrato con sus consecuencias declaraciones condenas o restituciones; ii) que se ordene su revisión; iii) que se declare su incumplimiento; iv) que se condene a la indemnización de perjuicios y v) que se hagan otras declaraciones y condenas. Quiere, decir, que la declaratoria judicial de resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes de la relación negocial, en virtud de la denominada condición resolutoria tácita, consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, puede enmarcarse, sin reparo alguno, dentro de esta última finalidad prevista por la ley para el ejercicio de la acción contractual.

**FALSA MOTIVACION - Presupuesto de prosperidad / VICIO DE NULIDAD - Falsa motivación / TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Falsa motivación**

Para que el cargo por falsa motivación pueda prosperar debe acreditarse la discordancia entre la realidad fáctica y la motivación del acto que, a su turno, puede presentarse en dos escenarios. El primero por la inexistencia de los motivos que sirven de fundamento al acto o la discrepancia con la realidad y el segundo cuando existiendo el motivo, contiene una errada calificación jurídica del fenómeno, generando la existencia de errores de hecho o de derecho que vician de nulidad el acto. Examinado el acto administrativo acusado se observa que en efecto contiene una errada calificación jurídica del motivo que dio lugar a su expedición, pues no establece la norma prohibitiva que permita ubicar el supuesto hipotético dentro de la causal prevista por el artículo 44.2 de la Ley 80 de 1993, consistente en la celebración de contratos “contra expresa prohibición legal”. La Administración Departamental adujo que la competencia legal para proceder a la terminación unilateral del contrato, estaba determinada por el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, señalando que el contrato de suministro 549 de 1996, fue celebrado contra expresa prohibición legal, determinada por las irregularidades detectadas en el procedimiento de selección, señaladas de forma abstracta por la administración. (...) Las anteriores razones permiten concluir que los motivos expresados en el acto administrativo cuya nulidad se depreca, se alejaron de la realidad, puesto que las probanzas evidencian que necesariamente debió existir una invitación formulada por la Administración Departamental, para satisfacer las necesidades manifestadas por el Jefe de Asuntos Administrativos en la requisición

interna, lo cual se demuestra con la participación de varios oferentes quienes acudieron a la invitación con la presentación de sus ofertas puestas a disposición de la Administración, de tal suerte que la ausencia de la prueba documental referida al aviso de invitación pública, su fijación y desfijación reclamada por la propia Administración y que le sirvió de fundamento para dictar el acto administrativo de terminación unilateral del contrato, no determina per se, la inobservancia del procedimiento de selección del contratista. Lo anteriormente expuesto lleva a concluir que la motivación del acto acusado no es consecuente con la realidad fáctica en él consignada y por consiguiente se encuentra falsamente motivado, circunstancia que lo hace anulable y por lo tanto, determina la prosperidad del cargo. Nota de Relatoría: Ver sobre ERROR DE HECHO O DE DERECHO: Sentencia de fecha 17 de febrero de 2000, Exp. No. 5501

**PRINCIPIO DE SELECCION OBJETIVA - Terminación unilateral del contrato / TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Principio de selección objetiva / CAUSAL DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Procedimiento de selección de contratista. Abuso o desviación de poder**

Lo anterior pone en evidencia que el contrato se celebró con observancia del principio de selección objetiva y, por lo tanto, nació en condiciones de validez, razón por la cual la Administración no tenía fundamento jurídico o fáctico alguno para darlo por terminado unilateralmente, pero en el hipotético caso de que se hubiera incurrido en la pretermisión del procedimiento de selección del contratista, tales hechos darían lugar a configurar una causal muy diferente de nulidad absoluta del contrato, que es la que se encuentra prevista en el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, referida a la celebración del contrato con abuso o desviación de poder, que como se analizó precedentemente, no faculta a la Administración para dar por terminado el contrato unilateralmente, según lo prescrito por el inciso segundo del artículo 45 de la citada Ley 80 y por lo tanto, al hacerlo, excedió el límite de la competencia fijado por la ley.

**INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Aprobación de garantía de cumplimiento / GARANTIA DE CUMPLIMIENTO - Aprobación. Incumplimiento contractual / RESOLUCION DEL CONTRATO - Efectos. Incumplimiento contrato de suministro / CONTRATO DE SUMINISTRO - Resolución del contrato**

Como quedó demostrado en el caso sub lite, el contrato no se ejecutó en razón a que la entidad pública departamental no permitió la satisfacción de los requisitos previstos por la ley para iniciar su ejecución, hecho que evidentemente configura el incumplimiento del contrato. En efecto, la parte actora demostró haber constituido la póliza de garantía del contrato con el fin de dar cumplimiento a los requisitos de ejecución del mismo y efectuado el pago del impuesto de timbre y de la publicación en el Diario Oficial, documentos que fueron allegados al plenario y sin embargo, la Administración Departamental no procedió en igual forma, en la medida en que hizo caso omiso de sus obligaciones correlativas como lo era la aprobación de la garantía de cumplimiento, sin la cual el contratista debía abstenerse de iniciar la ejecución del contrato y posteriormente declaró la terminación unilateral del mismo. Se analizará si en el sub lite se cumplen los presupuestos para que pueda ordenarse la resolución del contrato con fundamento en el artículo 1546 del Código Civil. Se encuentra probado que el contrato de suministro de repuestos y lubricantes es un contrato bilateral en la medida de que surgen obligaciones para las dos partes contratantes; básicamente para el contratista hacer el suministro de los elementos que constituyen el objeto del contrato y para el Departamento el pago del precio pactado. Igualmente se

encuentra probado que la parte actora dio cumplimiento inmediato a sus obligaciones iniciales para que el contrato pudiera ejecutarse, tan cierto es, que al día siguiente de su suscripción había satisfecho el requisito de ejecución a su cargo -constitución de la póliza de garantía- así como los requisitos adicionales de pago del impuesto de timbre y de publicación del contrato, con lo cual se demuestra la ausencia de culpa. De otra parte, se encuentra demostrado el incumplimiento de la Administración Departamental, entidad que, sin justificación alguna, omitió negligentemente sus obligaciones y con este proceder impidió la ejecución del contrato, para luego darlo por terminado de manera unilateral; conducta que consolida la existencia de culpa por su parte. En este contexto, resulta claro que al reunirse, en el caso sub lite, los presupuestos exigidos por la ley, es procedente declarar la resolución del contrato y así se ordenará; sin embargo, y teniendo en cuenta los efectos retroactivos que se derivan de la declaratoria de esta decisión judicial, se examinará, si hay lugar a las restituciones mutuas. Como quiera que el contrato no se ejecutó, resulta claro que la Administración no realizó erogación alguna y el contratista, por su parte, no hizo entrega de los bienes contratados, razón por la cual no procede ordenar a las partes que se restituyan mutuamente las prestaciones ejecutadas, sencillamente por no existir objeto a restituir.

**CONDENA EN ABSTRACTO - Prueba pericial / PRUEBA PERICIAL - Condena en abstracto / PRIVACION INJUSTA DE LA EJECUCION DEL CONTRATO - Indemnización / UTILIDAD - Liquidación. Indemnización por privación injusta de la ejecución del contrato. Condena en abstracto**

Encuentra la Sala que el valor de la indemnización no ha sido determinado, toda vez que el medio idóneo para hacerlo era a través del dictamen pericial, prueba cuya práctica, como ya se dijo, fue denegada por el a quo, razón por la cual la Sala acudirá a la indemnización en abstracto y para concretar el valor de los perjuicios se ordenará la elaboración de un experticio que determine de manera precisa y sustentada, el valor de la ganancia que debía reportar el contratista de habersele permitido la ejecución normal de su contrato. El valor histórico de la suma, que por concepto de utilidad sea determinada por el perito, será actualizada desde el 18 de julio de 1996, fecha en que debían ser entregados los bienes y cancelado el valor total de los mismos hasta la fecha del fallo con base en el I.P.C. vigente, certificado por el DANE y devengará intereses legales corrientes del 6%, desde la misma fecha, esto es desde el 18 de julio de 1996, fecha en que debía cancelarse la obligación, hasta la fecha del fallo, valores que corresponden a los beneficios o frutos que produce el dinero.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de febrero de dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797)**

**Actor: SOCIEDAD TRACTO CASANARE LTDA.**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE**

**Referencia: CONTRATOS**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 3 de septiembre de 1998, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

### **1. Antecedentes.-**

#### **1.1 La demanda.**

La sociedad Tracto Casanare Ltda., actuando por conducto de apoderado judicial, presentó demanda el día 7 de marzo de 1997, en ejercicio de la acción de controversias contractuales consagrada por el artículo 87 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 1207 del 5 de septiembre de 1996 y 1575 del 17 de octubre del mismo año expedidas por el Departamento del Casanare mediante las cuales se ordenó la terminación del contrato No. 549 de 27 de junio de 1996 y la consecuencial condena al pago de los perjuicios que se estiman irrogados. (fls. 2 a 12, cd. Principal.)

##### **1.1.1. Las Pretensiones.**

La parte actora formuló las siguientes pretensiones:

***“PRIMERA.*** Declarar la nulidad de las resoluciones No. 1207 de fecha cinco de septiembre del corriente año (1.996) y No. 1575 del 17 de octubre del mismo año proferidas por el Gobernador de Casanare por medio de la cual se resolvió dar por terminado el contrato 549 del 27 de Junio de 1.996, suscrito por el Departamento de Casanare y la sociedad TRACTO CASANARE LTDA., y resolvió el recurso de reposición respectivamente.

***“SEGUNDA:*** Que como consecuencia de la declaración anterior se declare resuelto el contrato mencionado por el incumplimiento de la Administración Departamental.

***“TERCERA:*** Condenar al Departamento de Casanare a título de indemnización de perjuicios a pagar a la demandante TRACTO CASANARE LTDA., (sic) a quién (sic) sus derechos represente la suma de dinero que resulte probada y que le corresponda como rendimiento normal dejado de percibir por la inejecución del contrato.

**“CUARTA:** Disponer que la suma de dinero que resulte establecida y sea materia de condena se actualice conforme a la pérdida de poder adquisitivo de la moneda y de acuerdo a los índices de precios al consumidor o al por mayor. Asimismo que devenga (sic) intereses como lo establece el Art. 177 del C.C.A. y debe pagarse conforme al art. 176 y ss de la misma obra.”(fls. 2 a 3, cd. Principal.)

### 1.1.2. Hechos.

Como sustento de las pretensiones, el demandante expuso los hechos que a continuación se resumen:

- a) Entre la Sociedad TRACTO CASANARE LTDA, y el Departamento del Casanare, se celebró el contrato de SUMINISTRO No. 549 de 27 de Junio de 1.996, cuyo objeto consistió en el suministro de repuestos y lubricantes con destino a la maquinaria de Obras Públicas, de conformidad con las siguientes especificaciones:

<b>CANT.</b>	<b>DETALLE</b>	<b>V.UNIT.</b>	<b>V. TOTAL</b>
	<i>Canecas de aceite motor x55 galones</i>		
50	<i>Rimula 15w40</i>	\$ 508.000	\$25.400.000.00
20	<i>Canecas tellus oil 68x55 galones</i>	\$ 414.500	\$ 8.290.000.00
5	<i>Canecas grasa alta-presión E.P. 28180 k</i>	\$ 499.300	\$ 2.496.500.00
10	<i>Canecas sparis (sic) oil 140x55 galones</i>	\$ 540.600	\$ 5.406.000.00
10	<i>Canecas sparis (sic)oil 90x55 galones</i>	\$ 510.100	\$ 5.101.000.00
24	<i>Cajas líquidos para frenos</i>	\$ 65.000	\$ 1.560.000.00
24	<i>Cajas para batería</i>	\$ 24.000	\$ 576.000.00
5	<i>Cajas de aceite shell super 2T</i>	\$ 64.300	\$ 321.500.00
<b>VALOR</b>			<b>TOTAL</b>
.....			<b>\$</b>
<b>49.151.000.00</b>			

- b) El plazo del contrato se pactó en 15 días calendario, razón por la cual la demandante adelantó las diligencias pertinentes para dar cumplimiento a los requisitos de ejecución del contrato, tales como constitución de garantías, pago de timbre y publicación. No obstante lo anterior, el contrato fue devuelto por la Secretaría de Hacienda sin efectuar su registro presupuestal con el argumento, en principio, de no existir invitación pública, ni términos de referencia y menos el acto de adjudicación y luego, en la resolución que desató el recurso de reposición, se agregó la inexistencia de certificado de disponibilidad presupuestal previo, lo cual carece de verdad, pero que se convirtió en la excusa de la administración para negar la aprobación de pólizas y el desembolso del anticipo.

- c) En estas circunstancias la empresa contratista y ahora demandante, cumplió hasta donde le fue posible sus obligaciones contractuales, pero el Departamento le impidió seguir con los trámites para su ejecución, pese a los requerimientos verbales y escritos del contratista, hecho que se convirtió en un obstáculo insalvable para dar cumplimiento al contrato celebrado válidamente y generó la terminación del acto contractual con los consiguientes perjuicios ocasionados a la demandante, los cuales deberán ser resarcidos por la entidad pública demandada. (fls. 3 a 4, cd. Principal.)

### **1.1.3. Normas violadas y concepto de violación.**

Consideró como normas violadas los artículos 1602, 1603, 1546, 1613 y 1741 del Código Civil; artículo 4-9, 5-1, 17, 18, 25-8 26-1-2, 27, 30-11, 45, 49 y 77 de la Ley 80 de 1993; 2, 6, 25, 83 y 90 de la Constitución Política; 14, 28, 35, 36 y 74 del Código Contencioso Administrativo.

Sostuvo que el Departamento de Casanare, no podía dar por terminado el contrato, puesto que éste había sido válidamente celebrado y, por ende, constituía ley para las partes, de manera que la obligación de ellas era ejecutar las prestaciones de buena fe, pero que la Administración Departamental antes que cumplir con estos postulados, declaró la terminación unilateral del contrato, violando los artículos 14, 17 y 18 del Estatuto Contractual, con el argumento de la existencia de una causal de nulidad absoluta del contrato por haberse contratado contra expresa prohibición constitucional o legal, hecho que en realidad no ocurrió ni el contratista dio lugar a éste.

Destacó la responsabilidad de los servidores públicos en el cumplimiento de los fines de la contratación y en la protección de los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 27 siguiente.

Señaló que la Administración Departamental aplicó erróneamente el artículo 45 de la misma Ley 80, toda vez que no existía vicio de nulidad en el contrato que diera lugar a la causal invocada y por ende, a la terminación unilateral del contrato y si existiere alguna irregularidad, la misma sería de responsabilidad exclusiva de la Administración, pero tal hecho no se enmarcaría dentro de la celebración de

contratos contra expresa prohibición constitucional o legal, la cual hubiera podido tener solución aplicando el artículo 49 del citado Estatuto Contractual.

Como consecuencia de lo anterior, afirmó que la Administración Departamental optó por terminar el contrato para legitimar las actuaciones y omisiones imputables exclusivamente a su responsabilidad y en perjuicio de los intereses del contratista.

Contra los actos acusados formuló los cargos referidos a “*vicios de forma*”, “*falsa motivación*”, “*violación de las reglas de derecho de fondo*” y “*desviación de poder*”. (fls. 6 a 10, cd. Principal).

### **1.2. Actuación Procesal.**

Mediante auto de 14 de marzo de 1997, el Tribunal Administrativo del Casanare admitió la demanda, ordenó su notificación personal al Gobernador del Departamento y al Agente del Ministerio Público y dispuso la fijación en lista. Igualmente reconoció personería al apoderado judicial de la empresa demandante (fls. 32, cd. principal).

El proceso se abrió a pruebas, por auto de 9 de mayo de 1997. (fls. 65 a 67, cd. principal.)

### **1.3. La contestación de la demanda.**

La demanda fue contestada oportunamente por conducto de apoderado judicial debidamente constituido y reconocido como tal en el proceso, quien manifestó oponerse a la prosperidad de las pretensiones. En relación con los hechos admitió algunos, negó otros y pidió la prueba de los restantes.

Se opuso a los cargos de nulidad formulados por el demandante, para lo cual adujo que se dio oportunidad al contratista para que ejerciera el derecho de defensa, puesto que la notificación de la Resolución 1207 de 1996, permitió que la sociedad contratista impugnara por vía administrativa el acto que dispuso la terminación unilateral del contrato. De otra parte, sostuvo que los actos no adolecían de falsa motivación, pues los supuestos que dieron lugar a la terminación del contrato son ciertos y constituyeron causales de nulidad insaneable.

Propuso las excepciones que denominó: *“Falta de legitimación en la causa del poderdante”, “Inexistencia del demandante”, “Indebida representación del demandante”, “Acción contractual antes de tiempo”, “Legalidad de los actos administrativos de terminación del Contrato No. 549-96”, “Error de la parte actora en la comprensión de la realidad fáctico - jurídica para demandar”, “Falta de presupuesto de procedibilidad de haber constituido en mora previamente al demandado para solicitar el pago de perjuicios”*. (fls. 36 a 43 cd. principal).

#### **1.4 La Sentencia Recurrída.**

El Tribunal Administrativo de Casanare mediante Sentencia del 3 de septiembre de 1998, declaró no probadas las excepciones formuladas por la demandada y negó las pretensiones de la actora, con fundamento en que el procedimiento de selección del contratista debió surtir de conformidad con lo dispuesto por el literal a) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 3º del Decreto 855 de 1994, pero que no fue así.

Señaló que por la cuantía del contrato, debió adelantarse previamente una invitación pública para presentar propuestas mediante aviso colocado en lugar visible cuyas constancias de fijación y desfijación del mismo debían obrar en el expediente, establecerse las etapas que debían agotarse para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable para los intereses de la Administración y acreditarse la existencia de la respectiva disponibilidad presupuestal. Asimismo, debieron producirse por lo menos los conceptos previos para determinar cuál era la oferta más conveniente y, además, un concepto jurídico para determinar la capacidad de los oferentes para contratar.

Sostuvo que el procedimiento adelantado no estuvo precedido de un cronograma que permitiera establecer el agotamiento de las diferentes etapas del mismo; algunas ofertas fueron presentadas el día 16 de abril de 1996 y las restantes el 16 de mayo del mismo año, en consecuencia se desconocieron los principios de trato igualitario de los oferentes y economía establecidos por la Ley 80 de 1993.

A manera de conclusión, afirmó: *“... le asistió razón al Departamento de Casanare para dar por terminado el contrato 549-96, de conformidad con lo prescrito en los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, por lo que no se puede aceptar que*



*hubiere configuración de la causal de impugnación denominada por el actor como violación de las reglas de derecho de fondo...". (Fl. 114, cd. principal)*

El *a quo* desestimó el cargo formulado por falsa motivación del acto administrativo que declaró la terminación unilateral del contrato con el siguiente fundamento: “*Tampoco es cierto que los actos de terminación del contrato hubieren sido falsamente motivados, ya que del desarrollo contractual se infieren con claridad los vicios anotados en su parte sustentatoria; es más quedó corto el Departamento al citar en las motivaciones de las decisiones impugnadas los vicios que afectaron el procedimiento agotado por las partes para la contratación objeto de estudio..."* (Fl 114, cd. Principal)

En relación con el cargo formulado por vicios de forma del acto impugnado sostuvo que “*...no se lesionó el derecho de defensa del actor por cuanto las decisiones de terminación del contrato le fueron debida y oportunamente notificadas al actor y éste tuvo a su alcance los medios de impugnación ofrecidos por la ley, de los cuales hizo uso en su oportunidad..."* (Fl 114, cd. Principal)

Afirmó que el cargo formulado por desviación de poder no estaba llamado a prosperar, puesto que de las pruebas válidamente allegadas al proceso, no se puede inferir tal circunstancia.

Finalmente precisó que los vicios en la formación del contrato no son atribuibles exclusivamente a la Administración pública, toda vez que los particulares que participan en la contratación tienen la obligación de cumplir las normas establecidas para el efecto (fls. 102 a 116, cd. Principal).

## **1.5 El recurso de apelación.**

Inconforme con la sentencia, la parte actora la apeló mediante escrito radicado el día 11 de septiembre de 1998(fl. 119 cd. principal). La alzada fue concedida por el *a quo* el 1º de octubre de 1998. (fls. 120 a 121 cd. principal).

El recurso interpuesto fue admitido por esta Corporación mediante providencia de 12 de marzo de 1999, como quiera que fue oportunamente sustentado (fl. 132 cd. Principal).

En su escrito solicitó la revocatoria de la sentencia apelada para que en su lugar se accediera a las pretensiones de la demanda. Como sustento de su petición expuso lo siguiente:

Discrepó de la sentencia del Tribunal en cuanto en ella se afirmó que la modalidad de selección adoptada por el Departamento no se ajustó al procedimiento determinado para los contratos de menor cuantía, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 855 de 1994, pues si bien es cierto el procedimiento para la selección del contratista está determinado con base en el presupuesto de la entidad contratante, las cuantías para el efecto debieron ser acreditadas por la demandada con el documento que diera cuenta del valor del mismo.

Señaló, igualmente, que “... *el aviso debió existir y encontrarse en poder del ente demandado porque fue la fuente que sirvió de fundamento para obtener las propuestas o tres cotizaciones que obran en el proceso...*”, de lo contrario no tendría explicación que hubieran concurrido al proceso los distintos oferentes.

Manifestó no compartir la apreciación del Tribunal en cuanto señaló que previamente a adelantarse la invitación pública debió contarse con la existencia de los certificados de disponibilidad presupuestal, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, pues no se trataba de un proceso licitatorio sino de una contratación directa, sin que se presentara irregularidad alguna por haberse expedido el certificado de disponibilidad presupuestal No. 1875 después de hacerse la invitación, pero con anterioridad a la celebración del contrato. (fls. 127 a 129, cd. Principal).

#### **1.6 Alegatos de conclusión en segunda instancia.**

**De La parte demandada.** Solicitó mantener incólume la providencia recurrida, por considerar que se encuentra acreditado en el proceso que el contrato No. 549 del 27 de junio de 1996, fue celebrado contra expresa prohibición legal, por no haber estado precedido de los requisitos exigidos por la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 855 de 1994, para la formación de los contratos, en razón a la cuantía del mismo, de manera que los actos administrativos proferidos por la Administración para dar por terminado el contrato estuvieron ajustados al ordenamiento jurídico (fls. 145 y 146 cd. Principal).

La parte actora guardó silencio en esta etapa procesal.

### **1.7 Concepto del Ministerio Público.**

Dentro del término del traslado la representante del Ministerio Público rindió concepto solicitando la confirmación del fallo apelado.

En su vista de fondo sostuvo que de conformidad con las pruebas allegadas válidamente al proceso, se deducía que el contrato celebrado entre las partes en litigio se ubicaba dentro del rango de la menor cuantía, conforme a lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y, por ende, el procedimiento de selección era el de contratación directa. No obstante, como la cuantía del contrato superaba los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de celebración y además el 50% de la menor cuantía de la Entidad territorial, la Administración, previamente a la celebración del contrato, debió efectuar la “*convocatoria pública a presentar propuestas*”, mediante la fijación del correspondiente aviso por un término no inferior a dos días en un lugar visible de la entidad.

Señaló que en el sub lite, la Administración terminó unilateralmente el contrato mediante el acto acusado, aduciendo la celebración del mismo contra expresa prohibición legal, circunstancia que, en su criterio, se encuentra corroborada con los medios de prueba obrantes en el proceso y que vician el negocio jurídico de nulidad absoluta, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por consiguiente, la conducta de la administración estuvo ajustada a lo prescrito por el artículo 45 ibídem. (fls. 148 a 157, cd. principal).

## **2. CONSIDERACIONES.**

Se cuestiona en el presente proceso la legalidad del acto administrativo mediante el cual el Departamento de Casanare declaró la terminación unilateral del contrato No. 549 de 1996, celebrado entre este Departamento y la empresa TRACTO CASANARE LTDA., demandante en el presente proceso y se ordenó su liquidación, por encontrar que se había incurrido en una de las causales de nulidad absoluta consistente en la celebración del contrato contra expresa prohibición legal.

La Sala abordará los temas planteados en el siguiente orden: *i)* La competencia de la Sala; *ii)* El acto administrativo acusado; *iii)* La facultad de la Administración para declarar la terminación unilateral del contrato con fundamento en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993; *iv)* La causal de nulidad absoluta del contrato contenida en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 *v)* El acatamiento de los principios orientadores de la contratación estatal, en la selección del contratista mediante el procedimiento de contratación directa; *vi)* La falsa motivación del acto administrativo; *vii)* La resolución del contrato por incumplimiento; *viii)* Los hechos probados; *ix)* El caso concreto; *x)* La pretensión de resolución del contrato; *xi)* La indemnización de perjuicios reclamada por la parte actora.

## **2.1 La competencia de la Sala.**

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

## **2.2 El acto administrativo acusado.**

Por Resolución No. 1207 de 5 de septiembre de 1996, el Departamento del Casanare dio por terminado el contrato No. 549 de 1996, celebrado entre dicho departamento y la firma TRACTO CASANARE LTDA., y ordenó su liquidación en el estado en que se encontrara.

Como razones de su decisión, el Gobernador del Departamento, en la parte motiva de la citada Resolución, expuso las siguientes:

*“2. Que la nueva Administración Departamental, en el estudio y verificación de los soportes de los contratos suscritos y de las cuentas que cursaban para el pago del anticipo, como también en los estudios técnicos realizados, se encontraron sendas irregularidades en algunos contratos, en el procedimiento de contratación, lo que desde luego, imposibilita su legalización, para el caso presente, y su ejecución, por cuanto se transgredía abiertamente el estatuto de contratación vigente para las entidades estatales.*

*3. No aparece una invitación pública para recibir ofertas de las personas interesadas en el suministro o venta real y efectiva de repuestos lubricantes con destino para la maquinaria de Obras Públicas del Departamento del Casanare, ni términos de referencia contraviniendo en (sic) el artículo 25*

*numeral 6 de la Ley 80 de 1993 “Principios de Economía”, que dispone que las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos cuando existan las respectivas disponibilidades.*

*4. Se advierte que no existe el aviso de convocatoria y consecuentemente tampoco tiene constancia de fijación ni de desfijación. Aparecen dos propuestas, sin fecha de presentación como tampoco ninguna de las propuestas tiene fecha de recibido por la Administración, lo que no permite establecer si se cumplió con lo reglamentado en el inciso 5º del artículo tercero del Decreto 855 de 1994, para la selección objetiva del contratista.*

*Otra irregularidad que se establece, no menos importante que las anteriores es que (sic) acto de adjudicación no existe, vicio de procedimiento insaneable en este momento.*

*De lo anterior se infiere que el contrato 549 de 1996, suscrito el 27 de junio de 1996 entre el Departamento de Casanare y la empresa TRACTO CASANARE LTDA, representada legalmente por el señor JOSE EMILIO RIVEROS RIAÑO, en su condición de Gerente, fue celebrado con expresa prohibición legal, por tanto se halla viciado de nulidad, por lo que habrá de procederse conforme a lo previsto en los artículos 44 numeral 2º y segundo inciso del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, que dispone terminar el contrato por el Jefe o representante legal de la entidad respectiva cuando se adviertan irregularidades de las anteriormente descritas (...)(fls. 20 a 21 , cd. principal).*

De conformidad con lo plasmado en el acto administrativo expedido por la Administración Departamental claramente se infiere que la decisión de dar por terminado el contrato No. 549 de 1996, cuyo objeto consistía en “*suministrar a venta real y efectiva la adquisición de repuestos y lubricantes con destino a la maquinaria de obras públicas*” estuvo fundada en las siguientes razones: i) La ausencia de invitación pública; ii) La falta de términos de referencia con indicación de la disponibilidad presupuestal; iii) Inexistencia de aviso de convocatoria y constancia de su fijación y desfijación; iv) ausencia de fecha de presentación de las propuestas; v) Inexistencia de acto administrativo de adjudicación; omisiones que en criterio de la entidad estatal configuraron la causal de nulidad absoluta del contrato, prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor “*los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: (...) 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.*”

Resulta determinante establecer si los supuestos de hecho indicados en el acto administrativo, los cuales sirvieron de fundamento al Gobernador del Departamento para dar por terminado unilateralmente el contrato, realmente ocurrieron y si los mismos configuran la causal de nulidad consagrada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

### **2.3 La facultad de la Administración para declarar la terminación unilateral del contrato con fundamento en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.**

El artículo 3º de la Ley 80 de 1993, establece que los servidores públicos tendrán 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 la consecución de tales fines, precepto éste que se encuentra íntimamente ligado con la disposición contenida en el ordinal 1º del artículo 14 *ibídem*<sup>1</sup>, en la medida en que ordena a las entidades estatales ejercer la dirección general del contrato al igual que les atribuye la responsabilidad de ejercer el control y la vigilancia del mismo, para el cumplimiento de dichas finalidades.

Los anteriores preceptos justifican la existencia de las potestades y de las cláusulas excepcionales que en todos los casos son materia de previsión legal y que en la mayoría de los eventos están conferidas a favor de las Entidades Estatales y excepcionalmente a favor de los contratistas, como sucede, por vía de ejemplo, con la potestad que se confiere al contratista de terminar unilateralmente el contrato y que el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 80 de 1993<sup>2</sup> enuncia como facultad de renunciar unilateralmente a la ejecución del mismo cuando, como consecuencia

---

<sup>1</sup> La norma dispone lo siguiente: "Art. 14.- Para el cumplimiento de los fines de la contratación, la entidades estatales al celebrar un contrato:

1º.- Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2º de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de las potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley."

<sup>2</sup> "ARTÍCULO 16. DE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo."

de la facultad excepcional conferida a favor de la Entidad Estatal, ésta decide modificar unilateralmente el contrato en más del 20% de su valor.

Las facultades excepcionales y las que algunos doctrinantes llaman cláusulas de privilegio,<sup>3</sup> son preceptuadas y desarrolladas, en gran parte, por los artículos 14, a 19 de la Ley 80 de 1993, aun cuando algunas de tales potestades se encuentran reguladas por otros preceptos contenidos en la misma normatividad, pero en todo caso responden a la finalidades de la contratación estatal y propenden por la protección de los intereses generales y la prestación de los servicios públicos, razón por la cual puede entenderse que, en veces, los co-contratantes en este tipo de relaciones negociales no se encuentran en un plano de igualdad pues dadas las especiales circunstancias señaladas, el particular se ubica en una relación de subordinación respecto de su co-contratante, que es el Estado.

Así el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 1º establece la potestad excepcional de las entidades estatales para interpretar, modificar o terminar unilateralmente los contratos estatales, mediante actos administrativos debidamente motivados que serán susceptibles de impugnación mediante el recurso de reposición y por vía judicial mediante la acción contractual.

La misma norma en su numeral 2º establece la obligatoriedad de pactar en los contratos estatales, cláusulas excepcionales al derecho común, de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad del contrato, cuando dichos contratos tengan por objeto la explotación de un monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado, o cuando se trate de un contrato de obra.

Según estos preceptos, una de las potestades excepcionales que el legislador ha conferido a favor de las entidades estatales es la de terminación unilateral del contrato que reviste varias connotaciones especiales y obedece a supuestos distintos.

---

<sup>3</sup> Se trata de las cláusulas especiales establecidas por el legislador de obligatoria inclusión en algún tipo de contrato, como sucede con la reversión. Son llamadas de privilegio porque aun cuando denotan cierta ventaja a favor de las Entidades Estatales, lo cierto es que no son ajenas completamente al derecho privado.

Así, se observa que el artículo 17<sup>4</sup> de la citada Ley 80, consagró la potestad de las entidades del Estado para terminar anticipadamente y de manera unilateral, el contrato celebrado con un particular, mediante la expedición de un acto administrativo debidamente motivado, cuando el servicio público o la situación de orden público así lo requiera, como también, cuando sobrevengan situaciones que recaen directamente sobre el contratista, las cuales impidan o dificultan continuar con su ejecución.

Por su parte el artículo 18<sup>5</sup> del mismo estatuto contractual, establece la potestad de la Administración para declarar la caducidad del contrato cuando se presenten hechos constitutivos de incumplimiento por parte del contratista, que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencien que puede conducir a su paralización, voluntad que se manifiesta mediante acto administrativo

---

<sup>4</sup> La norma es del siguiente tenor literal: “**ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL.** La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

- 1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
- 2o. <Aparte subrayado del numeral 2o. **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE**> Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
- 3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
- 4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.  
Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.

<sup>5</sup> “**ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS.** La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.  
La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.



debidamente motivado en el cual se dará por terminado el contrato y se ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

Además de las potestades consagradas en las normas precedentes, el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, otorga al representante de la entidad pública contratante como funcionario a quien compete la celebración de los contratos estatales, la facultad de dar por terminado unilateralmente el contrato, cuando quiera que en él se presente una de las casuales de nulidad absoluta, previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 ibídem; terminación que se materializa mediante la expedición de un acto administrativo motivado.

Específicamente, interesa en el evento sub lite, analizar la potestad de terminación unilateral del contrato, consagrada en el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, que constituye la esencia del debate sustancial planteado por las partes, para efectos de establecer si se configura o no el cargo de nulidad por violación al debido proceso.

La norma es del siguiente tenor literal:

***“Artículo 45. De la nulidad absoluta: La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes por el agente del ministerio público, por cualquier persona<sup>6</sup>, o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.***

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

El inciso segundo de la norma legal transcrita consagra el deber legal para el representante legal de la entidad contratante, de dar por terminado el contrato de manera unilateral y proceder a su liquidación en el estado en que se encuentre, cuando se presente alguna de las precisas causales de nulidad absoluta del contrato que prevé la ley como determinantes de la declaratoria de terminación unilateral del contrato, esto es cuando los contratos se celebraron con violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o contra expresa prohibición

---

<sup>6</sup> Esta norma se entiende modificada por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que reformó el artículo 87 del C.C.A., en la cual se suprimió la expresión “cualquier persona” y se reemplazó por “cualquier tercero que acredite un interés directo”

constitucional o legal, o cuando se han declarado nulos los actos que sirvieron de fundamento para su celebración.

La terminación unilateral prevista por el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, no constituye una prerrogativa excepcional de las entidades estatales en desarrollo de la actividad contractual, que implique ubicarla o analizarla en el mismo plano que las facultades establecidas por los artículos 14 a 19 ibídem, pues a pesar de que en ambos eventos se trata de potestades cuyo titular es, por regla general, el Estado, -entendida la potestad como el medio jurídico que habilita a su titular para imponer sobre otras personas determinados comportamientos o influirles, condicionando su actividad dentro del marco de las competencias atribuidas-<sup>7</sup>, la terminación unilateral de que trata el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 constituye un deber legal a cargo de las Entidades Estatales que a la postre se traduce en la obligación de proceder en tal sentido, cuando quiera que se presente el hecho o supuesto de la norma, mientras que la terminación unilateral prevista por los artículos 14 y 17 de la misma normatividad, implica el ejercicio de una facultad por parte de la Administración que, por ende, conlleva al análisis del evento específico y, según la situación, podrá determinar la viabilidad de continuar con la ejecución del contrato o definitivamente disponer la terminación del mismo por las razones sobrevinientes establecidas por la normatividad<sup>8</sup>.

Por otra parte, las facultades establecidas por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, no son comunes a todos los contratos, pues al tenor literal de esta norma las potestades excepcionales son en algunos contratos de obligatoria inclusión (aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación o la concesión de bienes del Estado y los de obra pública y la obligatoria de reversión en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado - ordinal segundo, inciso primero- ), en otros de inclusión facultativa (Contratos de suministro y prestación de servicios, -ordinal segundo, inciso segundo-) y en otros está prohibido incluirlas (En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales o de cooperación, ayuda y asistencia, en los interadministrativos, en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades

---

<sup>7</sup> BLAQUER David. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. El fin y los medios. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2006.

<sup>8</sup> Es el sentido que le imprime a la norma la Corte Constitucional en la sentencia C-454/94. Magistrado Ponente Doctor Fabio Morón Díaz.

comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el ordinal 2º o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas, así como los contratos de seguro tomados por las Entidades Estatales), como se puede apreciar en esta última tipología, la prohibición obedece, en veces, al interés que se pretende amparar, al plano de igualdad entre los sujetos co-contratantes (convenios interadministrativos) o porque materialmente resulta imposible incluirlas, dados los efectos jurídicos que envuelve el ejercicio de dicha cláusula excepcional.

Obsérvese que la connotación de una y otra terminación unilateral, es completamente distinta y, por ende, el tratamiento en uno y otro evento es también diferente.

La primera precisión que podría realizarse a este respecto es que si la obligación establecida por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 se equiparara a la facultad de terminación unilateral consagrada por el artículo 14 ibídem, la entidad estatal estaría supeditada al pacto contractual que en tal sentido acordaran las partes en los contratos donde la inclusión de las mismas resulta facultativa y, así mismo, se encontraría en la imposibilidad de ejecutar el mandato en aquellos contratos en los cuales estuviera expresamente prohibido introducir cláusulas excepcionales.

Por consiguiente, la norma imperativa contenida en el inciso segundo del artículo 45 del Estatuto Contractual es una potestad -que no una cláusula- la cual deberá ejercer la entidad contratante en relación con los distintos tipos de contrato estatal, por ende, el problema se contrae al análisis de los eventos que se subsumen en la facultad, los efectos de la terminación y el procedimiento para adoptar la decisión.

A las anteriores diferencias se suman otras tantas que la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado, en detalle, en otras oportunidades<sup>9</sup>.

Al tenor de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, si se presentara un vicio diferente de los consagrados en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, es decir, cuando los hechos son constitutivos de alguna de las otras dos causales establecidas en la citada norma, el

---

<sup>9</sup> Ver entre otras, la sentencia de 2 de mayo de 2007, Exp. 15599. Consejero Ponente Doctor Mauricio Fajardo Gómez.

representante de la entidad estatal no estaría facultado para declarar la terminación unilateral del contrato, no obstante la existencia de una nulidad absoluta, puesto que la ley no le da tales prerrogativas; en esos precisos eventos, solo podrá intentarse la acción contractual de nulidad absoluta del contrato.

Sobre el tema, resulta pertinente traer a colación el pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al referirse a la facultad de la Administración para ordenar la terminación unilateral del contrato como consecuencia de haberse configurado las causales de nulidad absoluta, previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del Estatuto Contractual, la Sala precisó lo siguiente:

*“Si bien la nulidad, esto es, la declaratoria de pérdida de validez del contrato o de alguna de sus cláusulas es materia de definición jurisdiccional<sup>10</sup>, como quiera que la ley ha radicado bajo la competencia del juez administrativo la decisión sobre la nulidad absoluta o relativa del contrato celebrado por las entidades estatales (Código Contencioso Administrativo arts. 87 y 136 numeral 10º letras e) y f)), el legislador ha impuesto a la administración el deber legal de dar por terminado el contrato estatal, según el artículo 45 inciso 2º de la ley 80, mediante acto administrativo debidamente motivado del jefe o representante legal de la entidad respectiva, cuando se presenten los hechos prefijados en los numerales 1o., 2o. y 4o. del citado artículo 44. Además, se ordena la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre.*

*En estos eventos, señalados expresamente por la ley y correspondientes a algunas de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, la entidad debe acudir a sus atribuciones excepcionales para dictar actos administrativos unilaterales, adicionales a aquellos que la ley prevé para la terminación unilateral de los contratos.*

*En la actividad contractual de las entidades estatales, como es propio en este tipo de relaciones en que concurren voluntades para la creación de obligaciones, procede el ejercicio de la autoridad administrativa manifestada en forma unilateral mediante la expedición de actos administrativos debidamente motivados, susceptibles de impugnación por vía gubernativa y del ejercicio de las acciones contenciosas pertinentes (nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y contractual), de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo (art.87) y ley 80 de 1993 (art.77).*

*Como la entidad estatal tiene la dirección general, el control y vigilancia administrativos de la ejecución del contrato, ella puede interpretar los documentos y estipulaciones contractuales, modificar los contratos y*

---

<sup>10</sup> “La nulidad de un acto o contrato es en el derecho colombiano un asunto de definición jurisdiccional. Es el juez del contrato (administrativo o civil) o del acto administrativo el que puede anularlo por razones de ilegalidad. Si la administración lo hace queda la decisión viciada de incompetencia”. (Sentencia de 10 del julio de 1990. Sección Tercera del Consejo de Estado. Exp.5.782).” (Nota original del concepto.)

*“cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado”, con el objeto de evitar la paralización o afectación grave de un servicio público y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación (ley 80 de 1993, art. 14.1.).*

*La procedencia de la expedición del acto administrativo de terminación unilateral y anticipada del contrato estatal está prevista por el legislador cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga; por muerte o incapacidad física permanente del contratista si es persona natural, por disolución de la persona jurídica del contratista; por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista o por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten el cumplimiento del contrato (art. 17).*

*Ha dicho la Corte Constitucional, sobre la previsión legal de la terminación unilateral del contrato:*

*“ En cuanto hace a la terminación unilateral del contrato, la ley 80 de 1993 establece los casos en que ésta podrá darse, ya que la administración expresa el interés público y éste debe prevalecer en caso de conflicto con el interés contractual y meramente económico; claro está, las correspondientes causales deben ser taxativamente señaladas por la ley, ya que obedecen a circunstancias de interés colectivo, o situaciones sobrevinientes que impiden la continuación en la ejecución del contrato y afectan los derechos de los contratistas”. (Sentencia del 20 de octubre de 1994).*

*Fuera de los eventos contenidos en el artículo 17 de la ley 80 de 1993, se acude a la terminación unilateral cuando se presenta alguna de las causales de nulidad absoluta del contrato, que la ley prevé y a las que ya se ha hecho referencia (ley 80 de 1993 artículo 44 numerales 1º, 2º y 4º, y artículo 45 inciso 2º). En este caso, además de constituir un vicio de nulidad declarable por la autoridad judicial para desvirtuar la presunción de validez del acto jurídico contractual, se permite a la administración hacer cesar los efectos jurídicos del contrato viciado, utilizando la modalidad de la terminación unilateral, en ejercicio de sus poderes excepcionales como organismo estatal.*

*De otra parte, debe advertirse que la administración carece de competencia para declarar la nulidad, total o parcial, absoluta o relativa, de un contrato celebrado por una entidad estatal. Su declaratoria es materia de competencia de la autoridad judicial (Código Contencioso Administrativo arts. 87 y 136 numeral 10. letras e) y f)).*

*Materia diferente es que la existencia de algunas de las causales establecidas por la ley para provocar la nulidad del contrato estatal, impongan a la administración el deber legal de darlo por terminado, hecho que debe ser cumplido por ésta tan pronto tenga certeza jurídica y fáctica de la configuración de las causales de nulidad que obligan a la terminación, sin perjuicio del ejercicio de la acción contenciosa pertinente incoada incluso por parte de la misma administración, toda vez que al ser parte del contrato está revestida de legitimidad para su ejercicio, al poder ser alegada la nulidad absoluta por las partes*

contratantes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona interesada, o declarada de oficio.

Debe distinguirse el carácter imperativo para la administración de dar por terminado el contrato, ante la existencia de causales de nulidad señaladas por la ley, del derecho de acción en el que se faculta a la misma administración, igual que a otras personas, para iniciar la acción pertinente y alegar la nulidad del contrato del que forma o formó parte. Esta facultad para buscar restablecer la legalidad de la gestión contractual es optativa, allí no se conmina imperativamente a la entidad estatal al ejercicio de la acción, como sí ocurre con la obligación de terminar el contrato.

El legislador no condiciona la expedición del acto administrativo de terminación del contrato por existencia de causales de nulidad, al ejercicio de la acción contractual de nulidad, ni viceversa, de modo que el cumplimiento del deber legal o el ejercicio del derecho de acción, se asumen independientemente. En el caso de que se alegue nulidad absoluta el término de caducidad de la acción es de dos 2) años, contados a partir de su perfeccionamiento o máximo de cinco cuando el término de vigencia es superior a dos años (Código Contencioso Administrativo art. 136 numeral 10 letras e) y f)), margen de tiempo del que no goza la entidad para la terminación del contrato.

En todo caso, y con prescindencia del mencionado factor temporal de oportunidad procesal, si la entidad estatal tiene por existentes algunas de las causales de nulidad que la obligan a dar por terminado el contrato y, en consecuencia, procede a la expedición del acto administrativo correspondiente, la misma valoración la conduciría, así la ley contractual no la constriña a hacerlo, a incoar la acción contractual de nulidad destinada a obtener la declaratoria judicial correspondiente.”<sup>11</sup>

La Corte Constitucional, en Sentencia T-1341 de 2001, también se pronunció sobre el ejercicio de la potestad excepcional de terminación unilateral de los contratos atribuida a la Administración, cuando se presenten situaciones de nulidad absoluta del contrato. Así discurrió la Corte:

“4.3. En términos generales, las nulidades absolutas constituyen vicios e imperfecciones en las que puede incurrir el proceso de formación de los contratos, de tal gravedad, que impiden que éstos se celebren o se continúen ejecutando. Su declaración pretende proteger el interés jurídico que rodea a la materia contractual, dando lugar a normas imperativas o de orden público que no pueden ser desconocidas ni discutidas por las partes. Por ello, las nulidades absolutas pueden ser demandadas por las partes, el ministerio público y cualquier persona. Además, atendiendo a la afectación que producen en el orden jurídico no son susceptibles de reparación, enmienda o saneamiento por las partes; por el contrario, imponen la terminación de forma inmediata del contrato que las contiene.

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 1º de diciembre de 1999, radicación No. 1230.

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

“Las causales de nulidad absoluta que permiten el ejercicio de la potestad excepcional contenida en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, a la cual se viene haciendo alusión, operan cuando la celebración del contrato estatal se efectúa con personas incursoas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, o contra expresa prohibición constitucional o legal o cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente el respectivo contrato. Esto significa que se refieren a situaciones de orden estrictamente jurídico que vicien el contrato, afectando su validez jurídica e impidiendo que se inicie o se continúe ejecutando”.<sup>12</sup>

Estos lineamientos demuestran que la finalidad que busca el legislador al instituir las causales de nulidad absoluta del contrato, es la salvaguarda del interés general, el orden público y el interés jurídico, para lo cual dota de potestades a la Administración encaminadas a extinguir el contrato para que dicho acto que nació viciado de nulidad cese en sus efectos, mediante la declaratoria de su terminación unilateral, cada vez que encuentre fundada la existencia de alguna de las causales de nulidad absoluta expresamente previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sin que le sea posible ejercer tales atribuciones en situaciones diferentes a las expresamente previstas en la norma; es decir, cuando las causales sean otras.

#### **2.4 La causal de nulidad absoluta del contrato contenida en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.**

Con el fin de salvaguardar el principio de legalidad, el interés general, el orden público y de otorgar seguridad jurídica, la ley ha previsto algunas situaciones como constitutivas de nulidad absoluta de los contratos estatales, cuando quiera que no se cumplan los requisitos esenciales para su formación o existencia, las cuales acarrearán como consecuencia, la privación de los efectos jurídicos del negocio celebrado en tales condiciones.

---

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1341 de 11 de diciembre de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

Las causales de nulidad absoluta del contrato, como en todo régimen de sanciones, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, razón por la cual respecto de ellas no cabe la aplicación por analogía, lo cual impone que se encuentren expresamente previstas en la ley.

El artículo 44 de la Ley 80 de 1993, a más de las causales de nulidad absoluta previstas en el derecho común, consagra de manera expresa cinco causales que conllevan a la nulidad absoluta del contrato, norma cuyo texto literal es el siguiente:

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

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

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

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

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

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

Del contenido de dicho precepto legal se evidencia, que la Ley 80 de 1993, al establecer el régimen de nulidades absolutas del contrato estatal tomó como propias aquellas que se encuentran previstas en el derecho común, e igualmente estableció otras adicionales, privativas de la contratación estatal, lo cual impone acudir a las regulaciones de la ley civil a fin de consultar su contenido y finalidad y de esta manera apreciar en forma integral el régimen de causales de nulidad absoluta aplicable a los contratos del Estado.

Por su parte, el artículo 46 de la misma Ley 80 de 1993 prescribe que los demás vicios que se presenten en los contratos, es decir, aquellos diferentes de los consagrados en el artículo 44 ibídem, serán constitutivos de nulidad relativa y podrán sanearse, bien por ratificación expresa de los interesados o por el simple transcurso del tiempo, fijado en el término de dos (2) años que se contarán a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio.



Se advierte que el artículo 6º del C.C., consagra la causal de nulidad de los actos ejecutados contra expresa prohibición legal; el texto de la norma es el siguiente: *“En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.*

Por su parte el artículo 1741 de la misma codificación, prescribe la nulidad absoluta de los actos y contratos, derivada del objeto o causa ilícita y de la pretermisión de formalidades previstas en la ley para su validez: *“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas...”.*

Igualmente, el Código Civil, en varios de sus artículos, precisa las situaciones en las cuales se configura ilicitud en el objeto<sup>13</sup> así:

Artículos 1519: *“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”.*

Artículo 1523: *“Hay objeto ilícito cuando los actos jurídicos se encuentren prohibidos por las leyes.”*

De conformidad con la legislación civil la nulidad absoluta de los actos o contratos pueden tener origen en: **i)** la celebración contra expresa prohibición legal; **ii)** la omisión de algún requisito que según la ley resulta esencial para el valor de los mismos y **iii)** la presencia de objeto o causa ilícita, teniendo como ilicitud en el objeto, la contravención de normas que forman parte del derecho público o la celebración de actos jurídicos prohibidos por la ley, caso éste último que lleva al primer supuesto constitutivo de esta clase de nulidad.

---

<sup>13</sup> El artículo 1521 de la citada codificación señala que también *“Hay un objeto ilícito cuando se enajenan cosas que no están en el comercio, como los bienes de uso público; cuando se enajenan derechos y privilegios que no pueden transferirse a otra personas, como en los bienes gravados, o con limitaciones en el ejercicio de la propiedad; o en la disposición de cosas embargadas por decreto judicial.”*

Como quiera que el acto administrativo de terminación unilateral del contrato, cuya legalidad se cuestiona, se fundamentó en la causal consagrada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, norma según la cual, los contratos del Estado son absolutamente nulos cuando “se celebren contra **expresa prohibición constitucional o legal**”, la Sala abordará el estudio de esta precisa causal.

La jurisprudencia de la Sala se ha ocupado de precisar el contenido y alcance de la causal contenida en el artículo 44-2 del Estatuto de Contratación, referida a la “*celebración de contratos contra expresa prohibición constitucional y legal*”, con el fin de impedir que se hagan interpretaciones que no corresponden al verdadero sentido que quiso darle el legislador.

Así en sentencia de 2 de mayo de 2007<sup>14</sup> determinó que para que se configurara esta causal de nulidad absoluta del contrato, se requería de dos presupuestos, de una parte, “*la violación del régimen de prohibiciones consagrado en **normas constitucionales o en normas legales o en cualesquiera otras con fuerza de ley**; por lo tanto, la violación de otro tipo de normas en cuanto no tengan rango constitucional o carezcan de fuerza de ley, no genera vicio de nulidad en el contrato*”, y de otra, “*que la prohibición establecida en la Constitución Política o en la Ley debe ser **expresa.***”

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

En anterior oportunidad la Sala había determinado que “*no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato “contra expresa prohibición constitucional o legal.” Y por lo tanto, “Es necesario analizar, en cada caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene*

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 2 de mayo de 2007, Exp. 15599, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente”<sup>15</sup>

Al respecto, la Sala, en sentencia de 29 de agosto de 2007, Exp. 15324, también se ocupó de establecer si la prohibición general en materia contractual, consagrada en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80, se enmarcaba dentro de la causal de nulidad absoluta consagrada en el citado numeral 2º del artículo 44 de la misma Ley 80.

Sobre el contenido, alcance y límites de la prohibición consagrada en el artículo 24-8 de la Ley 80 de 1993 la Sala precisó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp. 31480.

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

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

La conclusión a la cual ha arribado la Sala encuentra apoyo adicional en una consideración más, consistente en destacar que las prohibiciones expresas que, de manera imperativa, recoge el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80, según las cuales las autoridades administrativas no actuarán con desviación o abuso de poder y no podrán eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el Estatuto de Contratación Pública, por su contenido genérico y abstracto no están prohibiendo, de manera expresa y concreta, la celebración de un determinado contrato como se requeriría para que su violación o desconocimiento configure la causal de nulidad absoluta establecida en el aludido numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80.

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

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

facultad y tan solo podrá acudir por vía judicial a demandar la nulidad absoluta del contrato.<sup>16</sup> (Subrayado fuera del texto)

A la Luz de estos lineamientos se impone concluir que la Administración no podrá invocar la causal de nulidad prevista numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, para declarar la terminación unilateral del contrato, cuando quiera que se ha presentado la vulneración del ordenamiento jurídico por la omisión de cualquier requisito o formalidad establecida por la ley para el procedimiento de la selección objetiva del contratista o de los demás requisitos establecidos en el Estatuto de contratación, puesto que la prohibición contenida en el artículo 24-8 de la Ley 80, en realidad se ubica dentro de la causal 3ª del artículo 44 ibídem, referida a la celebración del contrato con abuso o desviación de poder y no dentro de la causal 2ª, cuando el contrato se celebra contra expresa prohibición legal.

A lo anterior se agrega, que del contexto del numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, debe deducirse su necesaria correspondencia con el artículo 24.8 ibídem, como lo impone la interpretación sistemática de las normas del ordenamiento jurídico con el fin de otorgarles el sentido, finalidad y el efecto útil que pretende darles el legislador. En otras palabras, las normas referidas no pueden interpretarse como si se regularan temas independientes, con distinta finalidad, sino todo lo contrario, pues al intérprete le corresponde examinar su relación directa y consecencial, lo cual necesariamente conduce a entender que cuando los funcionarios eluden los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos y deberes indicados por la ley, pueden incurrir en abuso o desviación de poder al apartarse de los fines que se buscan con la contratación, que no son otros que el interés público y el bienestar de la comunidad, circunstancias que a la luz del citado Estatuto Contractual del Estado, configura la causal de nulidad absoluta del contrato consagrada en el numeral 3º del artículo 44.

## **2.5 El acatamiento de los principios orientadores de la contratación estatal, en la selección del contratista mediante el procedimiento de contratación directa.**

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, Exp. 15324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

La Ley 80, en su artículo 24, consagró el principio de transparencia como orientador de la actividad contractual, en virtud del cual se estableció como regla general para la selección del contratista la licitación pública o el concurso público y como excepción la contratación directa en aquellos casos específicamente determinados por el legislador.

La contratación directa al igual que toda modalidad de escogencia del contratista que sea adelantada por la Administración, estará orientada por los principios inspiradores de la contratación pública y obedecerá a criterios objetivos y de interés público para seleccionar la oferta más conveniente a los intereses de la Administración, sin que motivaciones de índole subjetiva por parte de los funcionarios encargados de adelantar el procedimiento y la adjudicación, sean las determinantes en la contratación.

Así lo consagra el artículo 24, parágrafo segundo, de la Ley 80 de 1993 y lo desarrolla el artículo 2º del Decreto 855 de 1994, norma a cuyo tenor: *“En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial el deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993.”*

Lo anterior significa que la Administración está obligada, aún en los eventos de contratación directa definidos en la ley, a garantizar la libre concurrencia de los participantes, fijar las bases de participación, determinar los criterios de evaluación de las ofertas, adelantar los análisis pertinentes de las propuestas presentadas, con criterios de objetividad y transparencia garantizando la igualdad e imparcialidad respecto de los oferentes, con el fin de adjudicar a aquel, cuya propuesta sea la más conveniente para el interés público y la satisfacción de la necesidades de la comunidad.

Son reiterados los pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre el deber que le asiste a la Administración de acoger los principios de transparencia y selección objetiva, aun en aquellos casos en los cuales adelante la selección del contratista mediante el procedimiento de contratación directa. Así lo ha expresado:

*“La contratación directa, en los términos de la Ley 80 de 1993, se entiende como aquella que celebran las entidades estatales en los casos estrictamente señalados (art. 24 num. 1º), sin necesidad de*

*realizar previamente licitación o concurso y se caracteriza por hacer más simplificado y abreviado el trámite de contratación. Debe, sin embargo, atender los mismos principios que la ley dispuso para la licitación o concurso y así lo indica la norma que la reglamenta: “En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva, establecidos en la ley 80 de 1993” (art. 2º Decreto 855 de 1994). (Resaltado fuera del texto) <sup>17</sup>*

La Corte Constitucional también se ha pronunciado respecto de la obligatoriedad que le asiste a la Administración de acatar los principios de economía, transparencia, selección objetiva, igualdad y libre concurrencia, cuando adopte como modalidad de selección el procedimiento de contratación directa. Así se pronunció:

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

*Se reitera que la potestad de contratación directa debe ejercerse con estricta sujeción al reglamento de contratación directa, actualmente consignado en el Decreto 855 de 1994, cuyas disposiciones, conforme al párrafo del artículo 24 de la Ley 80, precisamente, buscan garantizar y desarrollar los principios de economía, transparencia y, en especial, el deber de selección objetiva establecidos en el Estatuto Contractual.”<sup>18</sup>*

Este criterio fue reiterado por la misma Corte, en posterior pronunciamiento, cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

*“Ello significa, que los principios de la contratación estatal que el legislador enuncia, precisa de manera concreta y regula en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice. Es decir, que tanto en el caso de la contratación*

---

<sup>17</sup> Sentencia de 14 de agosto de 2003, Exp. 22848, M.P. Ricardo Hoyos Duque; en el mismo sentido puede consultarse la sentencia de Sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 01577-01; M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-40 del 26 de enero de 2000, Exp. 2457, M.P. Fabio Morón Díaz.

*mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son, la transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa.”<sup>19</sup>*

Significa entonces que la modalidad de contratación directa prevista en la ley, no puede ser utilizada por la Administración para seleccionar a su arbitrio al contratista que le simpatiza, puesto que la ley le impone el deber de respetar los principios de transparencia, selección objetiva, economía, igualdad, imparcialidad, publicidad y libre concurrencia, como orientadores de la actividad contractual y de esta manera garantizar que la selección se cumpla en condiciones de igualdad para que la propuesta escogida sea la más favorable para los intereses de la entidad.

## **2.6 La falsa motivación del acto administrativo.**

Como quiera que uno de los cargos formulados contra el acto administrativo mediante el cual se declaró la terminación unilateral del contrato 549 de 1996, se concreta en la falsa motivación del mismo, conviene precisar los aspectos fundamentales del vicio alegado.

En primer lugar habrá de establecerse que el motivo o causa del acto administrativo corresponde a las circunstancias de hecho y de derecho que en cada caso inducen a su expedición, o lo determinan, puesto que la Administración no puede actuar caprichosamente, es por esto que en las actuaciones fundamentalmente regladas, sus actos están casi totalmente determinados de antemano; en cambio en las actividades discrecionales la Administración tiene un margen más o menos amplio para decidir, pero debiendo tomar en cuenta aquellas circunstancias, así como los fines propios del servicio a su cargo.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 3 de julio de 2002.

<sup>20</sup> SAYAGUEZ LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, octava edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, Pág., 444.



El artículo 84 del C.C.A.<sup>21</sup> consagra la acción de nulidad para impugnar los actos administrativos cuando se encuentren viciados de nulidad; entre los vicios indicados por la norma se encuentra el de la falsa motivación del acto.

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha ocupado de definir y establecer el contenido y alcance de la falsa motivación del acto administrativo como constitutivo de vicio de nulidad. Así, en sentencia de 8 de septiembre de 2005 precisó lo siguiente:

*“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se entiende que la existencia real de los motivos de un acto administrativo constituye uno de sus fundamentos de legalidad, al punto de que cuando se demuestra que los motivos que se expresan en el acto como fuente del mismo no son reales, o no existen, o están maquillados, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación.*

*En síntesis, el vicio de falsa motivación es aquel que afecta el elemento causal del acto administrativo, referido a los antecedentes de hecho y de derecho que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, facultan su expedición y, para efectos de su configuración, corresponderá al impugnante demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad.”<sup>22</sup>*

También ha dicho que la falsa motivación, *“es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad.*

23

---

<sup>21</sup> ARTICULO 84. ACCION DE NULIDAD. Subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989. Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

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

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

<sup>22</sup> Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de 8 de septiembre de 2005, Exp. 3644, M.P. Darío Quiñones.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de 4 de marzo de 2000, Exp. 25000 - 23 - 27- 000 - 1998 - 0503 - 01 - 9772, M. P. Daniel Manrique Guzmán.

En otra oportunidad, la jurisprudencia de esta Corporación, determinó que se presentaba falsa motivación en el acto administrativo, cuando los motivos esgrimidos en el acto no tenían el carácter jurídico que se les otorgó o no justificaban la medida tomada, así se pronunció:

*“... para que una motivación pueda ser calificada de “falsa”, para que esa clase de ilegalidad se de en un caso determinado, es necesario que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el autor les ha dado, o sea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, por una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada<sup>24</sup>.*

En sentencia de 19 de mayo de 1998, puntualizó sobre la falsa motivación de los actos administrativos, lo siguiente:

*“La falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable.”<sup>25</sup>*

Los lineamientos jurisprudenciales precedentes esbozan de manera clara que la falsa motivación del acto tiene ocurrencia cuando *i)* se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública; *ii)* los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas; *iii)* porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y *iv)* porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión.

## **2.7 La Resolución del contrato por incumplimiento.**

Pretende el demandante que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 1207 de 5 de septiembre de 1996 y 1575 de 17 de octubre del mismo año, se declare la resolución del contrato por presentarse incumplimiento

---

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 21 de junio de 1980, M.P. Álvaro Lecompte Luna.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda Sentencia de 19 de mayo de 1998, Exp. 10051, M.P. Clara Forero de Castro.

de la Administración Departamental en sus obligaciones correlativas, encaminadas a cumplir con los requisitos de ejecución.

Resulta pertinente precisar que ante la posible prosperidad de la pretensión encaminada a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que dieron lugar a la terminación unilateral del contrato, el negocio jurídico recobraría los efectos jurídicos entre las partes que lo celebraron, razón por la cual, la parte actora solicitó como pretensión consecuencial la declaratoria de la resolución del contrato dado el incumplimiento en que incurrió la Administración Departamental.

En cuanto a la figura de la resolución del contrato, es preciso señalar que éste podrá resolverse de mutuo acuerdo entre las partes, cuando ambas deciden ponerle fin, evento en el cual se está en presencia de la resolución convencional; también puede darse la resolución del contrato por disposición de la ley, cuando una de las partes de la relación contractual incumple sus obligaciones.

El segundo de los supuestos enunciados, el cual interesa al sub lite, se encuentra consagrado en el artículo 1546 del Código Civil, norma que otorga el derecho al contratante cumplido, de solicitar la resolución del contrato en caso de presentarse el incumplimiento de las obligaciones por parte del otro contratante. La norma citada reza lo siguiente:

*“**Artículo 1546.** En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

*Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.”*

El derecho de resolver el contrato también encuentra aplicación en otras disposiciones de la ley civil, tal como lo dispone el artículo 1882 del C.C.<sup>26</sup>, específicamente para el contrato de compraventa, al establecer en el inciso segundo que si el vendedor retarda la entrega de la cosa, el comprador podrá

---

<sup>26</sup> El inciso segundo del artículo 1882 del C.C. prescribe:

“(…) Si el vendedor por el hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él y en ambos casos con derecho a ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales.”

mantener el contrato o "desistir de él", con la correspondiente indemnización de perjuicios.

Por su parte el artículo 1930<sup>27</sup> de la misma codificación prescribe en relación con el incumplimiento en el pago del precio por parte del comprador, en el contrato de compraventa, el derecho del vendedor para exigir el precio o "la resolución de la venta", con el correspondiente resarcimiento de perjuicios.

El artículo 1983 del C.C., se refiere al incumplimiento en la entrega de la cosa arrendada por parte del arrendador; evento en el cual autoriza al arrendatario para desistir del contrato, igualmente con la respectiva indemnización de perjuicios.

En todas las disposiciones antes referidas la ley otorga la opción al contratante cumplido, en aquellos eventos en los cuales la otra parte de la relación contractual incurra en el incumplimiento de sus obligaciones, de pedir la resolución del contrato con la respectiva indemnización de perjuicios, sin que tal situación deba ser previamente estipulada, es decir, que la condición resolutoria tácita, en virtud de la ley, se entiende incorporada al contrato celebrado así las partes contratantes no la hayan convenido.

También podrán las partes pactar expresamente la resolución del contrato cuando alguna de ellas incumpla sus obligaciones, evento en el cual se está en presencia del pacto comisorio, figura que se encuentra consagrada en los artículos 1935 y 1937 del Código Civil para el contrato de compraventa pero que también podrá convenirse en otro tipo de contratos.

La condición resolutoria que la ley ha previsto es el incumplimiento de lo pactado y por consiguiente la condición se realiza cuando una de las partes no cumple en absoluto la obligación contraída, o únicamente la cumple en una parte y deja de cumplirla en el resto, o tratándose de varias obligaciones cumple una de ellas y deja de cumplir las otras<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> El artículo 1930 reza:

*"Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicio."*

<sup>28</sup> CLARO SOLAR, Luis, Derecho Civil Chileno y comparado, Obligaciones y Contratos, T. I, Imprenta Nascimento, Santiago de Chile, 1936, Pág. 158

Cumplida la condición, esto es el hecho del incumplimiento, el contrato no pierde su eficacia, sino que surge para el contratista cumplido e insatisfecho con la obligación contractual, el derecho de optar por uno de los dos caminos que la ley le otorga, o exigir el cumplimiento del contrato o pedir su resolución, en ambos casos, con la respectiva indemnización de perjuicios, pero para ello es necesario incoar la respectiva acción judicial. En efecto, la condición resolutoria tácita no opera por sí sola sino que es necesario solicitarla judicialmente, de tal suerte que aún ocurrido el incumplimiento, el contrato subsiste hasta tanto se dicte la sentencia y por lo mismo, subsisten los actos de disposición realizados en virtud del contrato<sup>29</sup>.

Como quiera, que resulta claro que la condición resolutoria tácita no opera de plano sino que es necesario acudir ante el juez para que declare la resolución del contrato, la doctrina ha considerado que el artículo 1546 del Código Civil, no consagra en estricto sentido una condición resolutoria tácita, sino el derecho de resolución judicial del contrato<sup>30</sup> y como sustento de su tesis ha dado numerosas razones<sup>31</sup>, las cuales esta Sala comparte.

Al margen de estos conceptos, lo cierto es que para que el contratista cumplido tenga la posibilidad de ejercer el derecho de resolución judicial, debe haberse configurado el supuesto de hecho, consistente en el incumplimiento de la obligación contractual por la otra parte de la relación negocial.

---

<sup>29</sup> CLARO SOLAR, Luis, obra citada, Pág. 196.

<sup>30</sup> Son de esta opinión los tratadistas Arturo Valencia Zea en su obra "De las Obligaciones" y Guillermo Ospina Fernández en su obra "Teoría General del Contrato y del negocio Jurídico" al referirse al artículo 1546 del Código Civil.

<sup>31</sup> Al respecto **Valencia Zea** sostiene que "el derecho de resolución judicial consagrada en el artículo 1546 del C.C. no es condición resolutoria tácita por las siguientes razones: a) porque el incumplimiento de las condiciones obra de plano, y el derecho de resolución del artículo 1546 requiere la intervención del juez; **b)** porque las condiciones deben pactarse, pues la regla general enseña que los contratos nacen pura y simplemente a la vida jurídica, salvo que los contratantes en forma expresa los sometan a modalidades; en cambio el derecho de resolución del artículo 1546 no necesita pactarse; **c)** porque cuando los contratantes negocian sin someter el nacimiento de sus obligaciones a condiciones, aquellas se producen simple y llanamente. Esto es lo que sucede con el artículo 1546. Por lo tanto el artículo 1546, a pesar de sus términos, reglamenta un derecho autónomo de resolución judicial del contrato, que el contratante a quien se incumple puede ejercer o abstenerse de ello" (Editorial Temis, Novena Edición, Tomo III, 2004, Bogotá, Pág. 128). **Ospina Fernández** considera que "La redacción del texto legal transcrito abona la tesis doctrinaria de que la acción resolutoria es un derecho de los acreedores, tan principal como lo son la acción ejecutiva y la indemnización de perjuicios, con la cual se conjuga" (obra editada por TEMIS en el año 2005, séptima edición. Bogotá, Pág. 540)

En los precisos términos del artículo 1546 del C. C., tan solo los contratos bilaterales o sinalagmáticos<sup>32</sup> en los cuales existen obligaciones correlativas y entonces cada una de las partes es a la vez acreedora y deudora, serían susceptibles de extinguirse por vía de la acción resolutoria, no obstante, por excepción, nada impide que la acción resolutoria opere para algunos contratos unilaterales<sup>33</sup>, tal como lo admite la doctrina nacional y extranjera.<sup>34</sup>

Otro de los presupuestos que se deducen del artículo 1546 del C. C, para que se configure la condición resolutoria del contrato y se abra paso a la resolución o extinción del negocio jurídico, es el incumplimiento culposo del contratante que ha dejado voluntariamente de cumplir sus obligaciones, pues no habría lugar a ella en los eventos en que el incumplimiento se derive del acaecimiento de circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito.

Sucede que el deudor tan solo se encuentra en situación de incumplimiento cuando ha retardado la satisfacción de sus obligaciones, una vez éstas se hayan hecho exigibles, esto es, cuando se encuentra constituido en mora<sup>35</sup>, bien que se trate de una obligación pura y simple o sometida a plazo o condición. En el primer evento la obligación es exigible desde el momento mismo de su nacimiento, en el segundo, una vez vencido el plazo o cumplida la condición. Ocurridos estos eventos sin que el deudor satisfaga la obligación, el acreedor podrá a su arbitrio ejercer la acción para que el deudor acuda al cumplimiento de sus obligaciones o solicitar al juez la resolución del contrato.

Resulta pertinente precisar que de conformidad con lo prescrito por el artículo 1608 del C.C., el deudor quedará constituido en mora en los siguientes eventos: en las obligaciones sometidas a plazo cuando llegado éste, no se ha cumplido la obligación o cuando el deudor dejó pasar el tiempo dentro del cual debía cumplir la

---

<sup>32</sup> Son contratos bilaterales aquellos en los cuales ambas partes se obligan recíprocamente según lo dispone el artículo 1496 del C.C. En el contrato unilateral, aunque concurren las voluntades de dos personas, tan solo se generan obligaciones para una de ellas.

<sup>33</sup> En el contrato de comodato, si el comodatario que ha recibido la cosa modifica el uso o destino de la misma, el comodante podrá pedir la restitución inmediata del bien entregado en comodato, aunque se encuentre sometido a plazo y éste no haya vencido, con lo cual se resolvería el contrato.

<sup>34</sup> Este lineamiento se encuentra abonado por los tratadistas Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, en la obra citada, páginas 536 y 540, y también por Claros Soler, en la obra citada, Pág. 173.

<sup>35</sup> La mora deudora ha sido definida como "el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de su obligación, unido a la reconvención de parte del acreedor."

obligación de dar o hacer, no siendo posible cumplirla dentro de otro término y en los demás casos cuando el deudor ha sido reconvenido judicialmente.

También constituye presupuesto para la prosperidad de la acción resolutoria, que el actor esté libre de culpa, esto es, que no haya incurrido en incumplimiento de sus obligaciones, puesto que de lo contrario, estaría impedido para exigirle al deudor el cumplimiento de la obligación, toda vez que en virtud del principio según el cual, la mora purga la mora, consagrado en el artículo 1609 del Código Civil, al contratante demandado le asiste el derecho de proponer como medio de defensa la excepción de contrato no cumplido.

Declarada por el juez, la resolución del contrato por ocurrencia del incumplimiento de uno de los contratantes, el contrato se extingue no solo hacia el futuro, sino con efectos retroactivos, es decir, que las cosas se retrotraen al estado que tenían antes de su nacimiento como si el contrato no hubiere existido jamás, (efectos *ex tunc*) lo cual genera, como sucede con la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, el deber de las restituciones mutuas, deber que en algunas situaciones se torna imposible de cumplir por sustracción de materia, como cuando el objeto del contrato es el arrendamiento, evento en el cual no puede devolverse el uso de la cosa arrendada; o en la construcción de una carretera, en que las obras no pueden restituirse al contratista, situaciones en las cuales se extingue la obligación de restitución. En esta clase de contratos en que la resolución del contrato opera sólo para el futuro (efectos *ex nunc*), es decir, que no tiene efectos retroactivos, la figura se denomina resiliación o simplemente terminación.

La resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, es aplicable a los contratos estatales con fundamento en el artículo 1546 del Código Civil, y podrá hacerse efectiva por vía de la acción de controversias contractuales, toda vez que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo al consagrar la referida acción establece como finalidad de ésta: *i)* la declaratoria de existencia o nulidad del contrato con sus consecuenciales declaraciones condenas o restituciones; *ii)* que se ordene su revisión; *iii)* que se declare su incumplimiento; *iv)* que se condene a la indemnización de perjuicios y *v)* que se hagan otras declaraciones y condenas. Quiere, decir, que la declaratoria judicial de resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes de la relación negocial, en virtud de la denominada condición resolutoria tácita, consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, puede enmarcarse, sin reparo alguno, dentro de esta última finalidad prevista por la ley para el ejercicio de la acción contractual.

## 2.8 Los hechos probados.

Para acreditar los supuestos fácticos de la demanda y de la defensa se allegaron los siguientes medios de prueba:

1.- Copia auténtica del contrato No. 549 del 27 de junio de 1996, celebrado entre el Departamento de Casanare y la Sociedad Tracto Casanare Ltda., el primero en calidad de contratante y el segundo en calidad de contratista con el objeto de "... suministrar a venta real y efectiva la adquisición de repuestos y lubricantes con destino para la maquinaria de Obras Públicas, de acuerdo a las siguientes especificaciones:"

"CAN T.	DETALLE	V.UNIT.	V. TOTAL
50	Canecas de aceite motor x55 galones Rimula 15w40	\$ 508.00 0	\$ 25.400.000. 00
20	Canecas tellus oil 68x55 galones	\$ 414.50 0	\$ 8.290.000.0 0
5	Canecas grasa alta-presión E.P. 28180 k	\$ 499.30 0	\$ 2.496.500.0 0
10	Canecas sparis (sic) oil 140x55 galones	\$ 540.60 0	\$ 5.406.000.0 0
10	Canecas sparis (sic)oil 90x55 galones	\$ 510.10 0	\$ 5.101.000.0 0
24	Cajas líquidos para frenos	\$ 65.000	\$ 1.560.000.0 0
24	Cajas para batería	\$ 24.000	\$ 576.000.00
5	Cajas de aceite shell super 2T	\$ 64.300	\$ 321.500.00
<b>VALOR TOTAL.....\$49.151.000.00"</b>			

La cláusula segunda, referente al valor señala:

*"... VALOR. Para efectos legales y fiscales, el valor del presente Contrato será la suma de CUARENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y UN MIL PESOS (\$49.151.000.00) M/CTE incluido el diez y seis (sic) por ciento (16%) al valor agregado IVA., si a ello hubiere lugar. PARAGRAFO PRIMERO: Dentro del valor total de este*



*contrato está incluido el transporte, según cotización presentada por el CONTRATISTA, el día 14 de junio de 1996.”*

Respecto de la forma de pago acordaron:

*“CUARTA FORMA DE PAGO. El valor del presente Contrato se cancelará al Contratista con el CINCUENTA (50%) A título de anticipo y el (50%) restante una vez recibidos los elementos en el Almacén del Departamento a su entera satisfacción y acreditado esta circunstancia, además, mediante certificación expedida pro el mismo...”*

A través de la cláusula sexta las partes indicaron la imputación presupuestal señalando que la erogación que causara la ejecución del contrato se haría con cargo al rubro 22.001.001.1.002 (fls. 17 a 19, cd. Principal).

2.- Copia auténtica de la Resolución No. 01207 del 5 de septiembre de 1996, “por la cual se termina un contrato”, proferida por el Gobernador del Departamento de Casanare (fl. 20 1 22 cd. principal). En la misma fecha el acto administrativo fue notificado personalmente al representante legal de la sociedad contratista (fls 22 vto. cd. Principal).

3.- Copia del memorial contentivo del recurso de reposición interpuesto por la sociedad Tracto Casanare Ltda., contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 01207 de 5 de septiembre de 1996. (fls. 23 a 25 cd. principal).

4.- Resolución No. 01575 del 17 de octubre de 1996, proferida por el señor Gobernador del Departamento de Casanare mediante la cual resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Tracto Casanare Ltda., contra la Resolución No. 01207 del 5 de septiembre de 1996, confirmándola en su integridad. Se observa la constancia de notificación personal efectuada al recurrente el día 18 de octubre de 1996 (fls. 26 a 29 cd. Principal).

5. Oficio SG-OJ 2443 de 1º de agosto de 1997, suscrito por el Director de la Oficina Jurídica del Departamento de Casanare, mediante el cual responde el requerimiento efectuado por el Tribunal en relación con algunos aspectos del contrato 549 de 1996; en dicho oficio señaló que revisada la carpeta del contrato no se observaba invitación o convocatoria pública para presentar propuestas de manera previa a la celebración del contrato, por consiguiente no es posible especificar la fecha de fijación y desfijación del aviso pertinente. Afirmó que la cuantía del contrato celebrado requería invitación pública con la presentación de varias propuestas.

Igualmente precisó que la tabla de cuantías para la contratación del Departamento de Casanare para la fecha de los hechos era la siguiente:

<b>DEPARTAMENTO DE CASANARE</b>		<b>PRESUPUESTO RANGO</b>	<b>796.128.22 SMLMV 500.000 a 1'000.000</b>
DE \$1	HASTA \$5.685.000	ORDEN ESCRITA.	PRECIOS DEL MERCADO
SUPERIOR \$ 5.685.000	INFERIOR \$8.527.500	CONTRATO F.P.	NO REQUIERE VARIAS PROPUESTAS
DE \$42.637.500	HASTA \$ 85.275.000	CONTRATO F.P.	PREVIA INVITACIÓN PÚBLICA
SUPERIOR A \$85.275.000		CONTRATO F.P.	LICITACIÓN O CONCURSO

Adicionalmente señaló que no existía constancia de que se tratara de una contratación por urgencia manifiesta (fls. 7 y 8 cd. No. 3).

6. Oficio de fecha 1º de agosto de 1997, mediante el cual el Director de la Oficina Jurídica del Departamento remite al Tribunal los antecedentes administrativos del contrato 549 de 1996. (fls. 9, 10 y 11 C. No. 2). Se destacan las siguientes:

6.1. Copia auténtica de las cotizaciones presentadas por las firmas “Filtros y Lubricantes”, “Servífull Serviteca” y “Tracto Casanare Ltda.”, a la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Casanare. (fls. 9 a 11, cd. 2)

Las cotizaciones pueden resumirse así:

<b>Elementos</b>	<b>Cotizante</b>	<b>Valor total</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 50 Barriles de aceite para motor de 55 Gls. Multigrado.</li> <li>• 20 Barriles de 55 Gls. “Tellus oil”</li> </ul>	Filtro y lubricantes	\$52.000.425.00
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 5 Canecas de grasa de alta presión.</li> <li>• 10 Canecas de aceite</li> </ul>	Servifull Serviteca	\$52.150.530.00

<p>“Spirax” Sae 90 de 55 Gls.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 10 Canecas de aceite “Spirax” Sae 140 de 55 Gls.</li> <li>• 24 Cajas de líquido de frenos.</li> <li>• 24 Cajas de agua para batería.</li> <li>• 5 Cajas de aceite 2T.</li> </ul>	<p>Tracto Casanare Ltda.</p>	<p>\$49.151.000.oo</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------	------------------------

6.2.- Copia auténtica del documento denominado la “*Requisición interna*” de abril de 1996 (fecha parcialmente ilegible), visada por el Secretario de Obras Públicas de Casanare a través de la cual el Jefe de División de Asuntos Administrativos solicita al Jefe de Compras y Suministros, despachar con destino a la Secretaría de Obras Públicas algunos elementos, documento en el cual se indica que tales compras se harán con cargo al siguiente rubro “CAP. 6.1.1.1.2, adquisición repuestos y lubricantes”. (fl. 12 cd. No. 2).

6.3.- Copia de la garantía única de cumplimiento tomada por la sociedad Tracto Casanare, para amparar los riesgos de buen manejo del anticipo y cumplimiento derivados del contrato de suministro No. 549 de 1996. El cubrimiento de los amparos comienza el 28 de junio de 1996 y culmina el 13 de octubre y 13 de julio del mismo año, respectivamente (fl. 13 cd. 2).

6.4- Copia del certificado de pago del impuesto de timbre, expedido por la Dirección de Impuestos Nacionales, causado con ocasión del contrato 549-96, expedido el 2 de julio de 1996, en el cual figura como contribuyente la sociedad Tracto Casanare Ltda. (fl. 14 cd. No .2).

6.5.- Copia auténtica del Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 1875 del 26 de junio de 1996, emitido por la Secretaría de Hacienda del Departamento de Casanare por valor de \$49.151.000.oo con cargo al rubro egresos, cuenta No. 26.001.001.1.002 “Adq. Rep. Lub. Comb, Llantas. Maq y E. compra de repuestos y lubricantes y equipo para la maquinaria de la Secretaría de Obras Públicas”. (fl. 19 cd. No.2).

7.- En el proceso se recibió el testimonio del señor Héctor Medina Pascuas, el deponente manifestó conocer al señor Emilio Riveros, quien de acuerdo con la prueba documental que obra en el proceso es el representante legal de la

sociedad Tracto Casanare Ltda. Afirmó que el señor Riveros le comentó que por haber colaborado con la Administración del Doctor Jorge Prieto y no con la del Doctor Miguel Ángel Pérez, se abstuvieron de concederle un contrato de suministro de lubricantes (fls. 20 a 22 C. No.2).

Del material probatorio allegado al proceso y haciendo un análisis comparativo de tales medios de convicción (artículo 187 del C. de P.C), encuentra la Sala acreditado lo siguiente: i) que entre el Departamento de Casanare y la sociedad comercial Tracto Casanare Ltda, fue celebrado el Contrato No. 549 de 1996, cuyo objeto se hizo consistir en la compraventa de lubricantes y líquidos para maquinaria; ii) que, previamente a la celebración del contrato, la Administración Departamental tenía un rubro presupuestal destinado para sufragar los costos de la adquisición de los elementos, tal como se advierte de la requisición interna en la cual se solicita el suministro de bienes con cargo al rubro “CAP. 6.1.1.1.2, adquisición repuestos y lubricantes”; iii) que antes de proceder a la celebración del contrato la Administración Departamental recibió tres cotizaciones de distintos proponentes en las cuales se ofrecen los elementos que finalmente son contratados; iv) que mediante Resolución No. 1207 del 5 de septiembre de 1996, el Gobernador del Departamento de Casanare terminó unilateralmente el Contrato No. 549 del 27 de junio de 1996, pues no se había llevado a cabo el proceso de selección que atendiera la naturaleza y cuantía del contrato y no se contaba con el certificado de disponibilidad presupuestal requerido para ello; iv) que el anterior acto administrativo fue recurrido por el contratista y confirmado por la Administración mediante Resolución No. 01575 del 17 de octubre de 1996; v) que la terminación del contrato impidió que el mismo se ejecutara, de manera que la Administración no realizó erogación alguna y el contratista, por su parte, no hizo entrega de los bienes.

## **2.9 El caso concreto.**

Procede la Sala a analizar los cargos formulados contra los actos administrativos acusados.

Dada la estrecha relación existente entre dos de los cargos formulados relacionados con la falsa motivación del acto administrativo y la violación de las reglas del derecho de fondo, éstos se analizarán en conjunto.

### **2.9.1 Falsa motivación de los actos administrativos que ordenaron la terminación del contrato y la violación de las reglas del derecho de**

## fondo.

Como fundamento del cargo de falsa motivación del acto enjuiciado, aduce el demandante que en las resoluciones cuya nulidad se deprecia, la Administración consignó razones de hecho carentes de veracidad, lo cual implica que los actos administrativos se encuentran falsamente motivados.

A tal efecto sostiene que:

*“Esta causal se contrae a la situación fáctica o presupuestos necesarios para sustentar todo acto administrativo, ya que debe reposar sobre motivos justificados y en situaciones de hecho existentes al momento de tomar la decisión...”*

*“...en las resoluciones que se pide anular se consignaron situaciones de hecho que carecen de veracidad, es decir, existe falsa motivación, pues el hecho de no haberse iniciado la ejecución del contrato en ningún caso es endilgable a la demandante contratista.”*

*...Finalmente la consideración que se expone como regla de la competencia para dar por terminado el contrato fundado en vicios de nulidad insaneables, no es justificable ni mucho menos cierto por que (sic) todo cuanto allí se dice debe fundarse en una norma sustantiva que no aparece citada en dicho acto administrativo, por tanto su motivación es falsa”. (fl. 8 a 9, cd. ppal)*

La entidad demandada contravirtió el cargo, aduciendo que la motivación del acto era cierta y que las situaciones consignadas justificaban la terminación unilateral del contrato. Reiteró la vulneración del principio de selección objetiva, por no haberse realizado invitación pública para la recepción de propuestas, trámite indispensable en razón de la cuantía del contrato, dada por el presupuesto del Departamento de Casanare.

Para que el cargo por falsa motivación pueda prosperar debe acreditarse la discordancia entre la realidad fáctica y la motivación del acto que, a su turno, puede presentarse en dos escenarios. El primero por la inexistencia de los motivos que sirven de fundamento al acto<sup>36</sup> o la discrepancia con la realidad<sup>37</sup> y el segundo cuando existiendo el motivo, contiene una errada calificación jurídica del fenómeno,

---

<sup>36</sup> Aunque valga aclarar que algunos doctrinantes señalan que la inexistencia de los motivos dan lugar a la inexistencia del acto.

<sup>37</sup> ESCOLA Héctor Jorge. Compendio de Derecho Administrativo. Volumen I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984. Págs. 523 y 524.

generando la existencia de errores de hecho o de derecho<sup>38</sup> que vician de nulidad el acto<sup>39</sup>.

Examinado el acto administrativo acusado se observa que en efecto contiene una errada calificación jurídica del motivo que dio lugar a su expedición, pues no establece la norma prohibitiva que permita ubicar el supuesto hipotético dentro de la causal prevista por el artículo 44.2 de la Ley 80 de 1993, consistente en la celebración de contratos "*contra expresa prohibición legal*"

La Administración Departamental adujo que la competencia legal para proceder a la terminación unilateral del contrato, estaba determinada por el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, señalando que el contrato de suministro 549 de 1996, fue celebrado contra expresa prohibición legal, determinada por las irregularidades detectadas en el procedimiento de selección, señaladas de forma abstracta por la administración.

Cabe precisar que para la época en que fue celebrado el Contrato No. 549 del 27 de junio de 1996, la Ley 80 de 1993 establecía que la escogencia de los contratistas debía efectuarse por licitación pública o concurso público (ordinal 1º artículo 24),<sup>40</sup> salvo en los eventos previstos por la misma norma,<sup>41</sup> en los cuales las entidades podrían contratar directamente.

Analizado el material probatorio allegado al proceso, encuentra la Sala que el presupuesto del Departamento de Casanare para el año 1996 era de 796.128.22 salarios mínimos legales mensuales, equivalentes a \$113.149'723.267.5, de manera que el rango para contratar directamente era el señalado por el inciso cuarto del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, esto es, hasta 600 salarios mínimos legales mensuales vigentes,<sup>42</sup> por consiguiente, abarcaba aquellos contratos cuyo

---

<sup>38</sup>. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Sentencia de fecha 17 de febrero de 2000, Exp. No. 5501.

<sup>39</sup> Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

<sup>40</sup> Para el año 1996 el texto original del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 había sido modificado por el artículo 38 del Decreto – Ley 2150 de 1995, publicado en el Diario Oficial No. 42.137 del 6 de diciembre de 1995. Posteriormente la norma fue corregida por el artículo 1º del Decreto 62 del 5 de enero de 1996, publicado en el Diario Oficial No. 42.690 del 17 de enero de 1996.

<sup>41</sup> Es de anotar que actualmente el ordinal 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentra derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>42</sup> Lo anterior obedece a que el presupuesto del Departamento del Casanare se encontraba en el rango de "superior o igual 500.000 e inferior a 1'000.000 de salarios mínimos legales mensuales".

valor fuera hasta de \$ 85'275.000 debiendo sujetarse en estos eventos, al reglamento contenido por el Decreto 855 de 1994.

No obstante, la entidad estatal no estaba relevada de cumplir los principios que rigen la contratación Estatal y el deber de selección objetiva de los contratistas, razón por la cual se hallaba en la obligación de acatar los procedimientos y las obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto 855 de 1994, por regla general la contratación directa requería la obtención previa de dos propuestas como mínimo; la entidad estatal podía solicitarlas verbalmente o por escrito, pero, en todo caso, la oferta debía constar siempre por escrito.

Sin embargo, en los contratos cuyo valor fuera igual o superior a 100 salarios mínimos legales mensuales, para la fecha de los hechos equivalentes a \$14'212.500.00 y que, de manera concurrente superara el equivalente al 50% de la menor cuantía de la respectiva entidad, es decir, para el evento específico, la suma de \$42'637.000.00, la entidad estatal, además de cumplir las demás previsiones contenidas en el Decreto Reglamentario debía invitar públicamente a presentar propuestas a través de un aviso que se debía fijar en un lugar visible de la entidad por el término mínimo de dos días, salvo que la necesidad inminente del bien o del servicio no permitiera agotar tal exigencia, de lo cual se dejaría constancia por escrito.

Al expediente no se allegó copia de la invitación y constancia de fijación y desfijación de los avisos, pero entre las pruebas aportadas al plenario, por parte de la entidad pública departamental, referidas a los antecedentes administrativos del contrato 549 de 1996, se encuentran tres propuestas, presentadas por las firmas "Filtros y Lubricantes", "Servifull Serviteca" y "Tracto Casanare LTDA.", documentos indicativos de que la entidad demandada sí hizo una invitación, puesto que no otra explicación tiene el hecho de la existencia de las citadas ofertas, con lo cual se garantizó la pluralidad de proponentes en el proceso de selección.

Igualmente, entre los documentos aportados al proceso, por parte de la entidad pública demandada, obra copia auténtica de la solicitud formulada por el Jefe de Asuntos Administrativos, dirigida al Jefe de Compras con el fin de adquirir los elementos que fueron objeto del contrato de suministro No. 549 de 1996, dicho

documento data del mes de abril de 1996, aunque el día es ilegible, pero en él se indicó el rubro presupuestal que debía ser afectado, lo cual prueba la existencia de disponibilidad presupuestal, previamente a adelantar el procedimiento de selección, así el certificado correspondiente no haya sido allegado al proceso.

Debe destacarse que en los archivos de la Administración Departamental debía reposar copia de los documentos de invitación y convocatoria, (aviso público y constancia de fijación y desfijación) que se echan de menos en el presente proceso, en cuanto que se trata de documentos que deben estar bajo su custodia pero que no los remitió al Tribunal, sencillamente porque la motivación del acto administrativo acusado, se sustentó precisamente en el hecho de la inexistencia de la invitación y de la fijación y desfijación de los avisos correspondientes.

Lo realmente representativo es que en las propuestas presentadas por los oferentes se observan de manera uniforme y ordenada los mismos ítems, las cantidades de los bienes objeto del suministro y sus valores unitarios y totales, circunstancia reveladora de que los proponentes debieron contar con una información básica suministrada por la Administración, con unas cantidades de los bienes requeridos por ella, pues no de otra manera se explica que hubieran podido determinarlas en las cotizaciones presentadas y, que además, tales cantidades resultaran coincidentes en las tres propuestas presentadas y con los ítems plasmados en el contrato 549 de 1996.

Las anteriores razones permiten concluir que los motivos expresados en el acto administrativo cuya nulidad se depreca, se alejaron de la realidad, puesto que las probanzas evidencian que necesariamente debió existir una invitación formulada por la Administración Departamental, para satisfacer las necesidades manifestadas por el Jefe de Asuntos Administrativos en la requisición interna, lo cual se demuestra con la participación de varios oferentes quienes acudieron a la invitación con la presentación de sus ofertas puestas a disposición de la Administración, de tal suerte que la ausencia de la prueba documental referida al aviso de invitación pública, su fijación y desfijación reclamada por la propia Administración y que le sirvió de fundamento para dictar el acto administrativo de terminación unilateral del contrato, no determina *per se*, la inobservancia del procedimiento de selección del contratista.

Lo anteriormente expuesto lleva a concluir que la motivación del acto acusado no es



consecuente con la realidad fáctica en él consignada y por consiguiente se encuentra falsamente motivado, circunstancia que lo hace anulable y por lo tanto, determina la prosperidad del cargo.

Ahora bien, en cuanto a la “Violación de las reglas de derecho de fondo” la parte actora para sustentar el cargo sostuvo lo siguiente:

*“...La Administración demandada violó varias normas de derecho en forma tanto directa como indirecta, tal como se consignó en el análisis de cada una de ellas al tratar el capítulo sobre el concepto de violación, especialmente y para esta causal al aplicar el art. 45 de la Ley 80 de 1993, como (sic) fundamento en el Num. 2º del art. 44 ibídem, no siendo aplicable al caso como lo pueden contratar (sic) en razón de no haberse citado la norma especial que prohíbe contratar en la forma y términos que (sic) se celebró el contrato de marras...”*

El cargo se concreta en la aplicación equivocada del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, toda vez que los supuestos esgrimidos en el acto impugnado (violación del procedimiento de selección) como sustento de la causal de nulidad contenida en el numeral 2º del artículo 44 de la citada ley, consistente en la celebración de contratos “*contra expresa prohibición constitucional o legal*”, invocada para dar terminación unilateral del contrato, no configuran tal causal y que, por esta razón, el acto también se encontraba falsamente motivado, además señaló que si se presentara alguna irregularidad, la misma sería exclusivamente de responsabilidad de la Administración.

La demandada se opuso al cargo argumentando que no se presentaba violación “*de derecho de fondo*”, al aplicar el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 con fundamento en el artículo 44-2 ibídem, pues la norma que prohíbe efectuar la contratación para el caso particular es el inciso 5º del artículo 3º del Decreto 855 de 1994.

A juicio de la Sala, el contrato de suministro No. 549 de 1996, no se celebró contra la expresa prohibición consagrada por el ordinal 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el cual preceptúa: “... *Las autoridades no actuarán con desviación 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*”, puesto que como quedó demostrado en el análisis del cargo por falsa motivación, en el caso sub lite, no se

pretermitió el procedimiento de selección de escogencia del contratista establecido por el Decreto 855 de 1994, vigente para la época de ocurrencia de los hechos, sencillamente porque se permitió la pluralidad de oferentes al haberse presentado tres ofertas, contentivas todas de los mismos ítems, lo cual evidencia que la Administración Departamental efectivamente hizo una invitación a presentar ofertas.

Lo anterior pone en evidencia que el contrato se celebró con observancia del principio de selección objetiva y, por lo tanto, nació en condiciones de validez, razón por la cual la Administración no tenía fundamento jurídico o fáctico alguno para darlo por terminado unilateralmente, pero en el hipotético caso de que se hubiera incurrido en la pretermisión del procedimiento de selección del contratista, tales hechos darían lugar a configurar una causal muy diferente de nulidad absoluta del contrato, que es la que se encuentra prevista en el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, referida a la celebración del contrato con abuso o desviación de poder, que como se analizó precedentemente, no faculta a la Administración para dar por terminado el contrato unilateralmente, según lo prescrito por el inciso segundo del artículo 45 de la citada Ley 80 y por lo tanto, al hacerlo, excedió el límite de la competencia fijado por la ley.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, el cargo formulado contra el acto administrativo que terminó unilateralmente el contrato de suministro No. 549 de 1996, debe prosperar.

Como prosperan dos de los cargos formulados y ellos son suficientes para declarar la nulidad del acto administrativo, resulta innecesario analizar los demás.

#### **2.10 La pretensión de resolución del contrato.**

La parte actora solicitó como pretensión consecuencial de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que dieron lugar a la terminación unilateral del contrato No. 549 de 27 de junio de 1996, la declaratoria de la resolución del mismo, para poner fin a sus efectos, dada la circunstancia que ante la prosperidad de los cargos que se endilgan al acto administrativo que ordenó la terminación unilateral del contrato, éste recobraría sus efectos jurídicos, siendo viable declarar su resolución.

Como quedó demostrado en el caso sub lite, el contrato no se ejecutó en razón a que la entidad pública departamental no permitió la satisfacción de los requisitos previstos por la ley para iniciar su ejecución, hecho que evidentemente configura el incumplimiento del contrato.

En efecto, la parte actora demostró haber constituido la póliza de garantía del contrato con el fin de dar cumplimiento a los requisitos de ejecución del mismo y efectuado el pago del impuesto de timbre y de la publicación en el Diario Oficial, documentos que fueron allegados al plenario (Fls. 13, 14 y 15, cd. 2) y sin embargo, la Administración Departamental no procedió en igual forma, en la medida en que hizo caso omiso de sus obligaciones correlativas como lo era la aprobación de la garantía de cumplimiento, sin la cual el contratista debía abstenerse de iniciar la ejecución del contrato y posteriormente declaró la terminación unilateral del mismo.

Se analizará si en el sub lite se cumplen los presupuestos para que pueda ordenarse la resolución del contrato con fundamento en el artículo 1546 del Código Civil.

Se encuentra probado que el contrato de suministro de repuestos y lubricantes es un contrato bilateral en la medida de que surgen obligaciones para las dos partes contratantes; básicamente para el contratista hacer el suministro de los elementos que constituyen el objeto del contrato y para el Departamento el pago del precio pactado.

Igualmente se encuentra probado que la parte actora dio cumplimiento inmediato a sus obligaciones iniciales para que el contrato pudiera ejecutarse, tan cierto es, que al día siguiente de su suscripción había satisfecho el requisito de ejecución a su cargo -constitución de la póliza de garantía- así como los requisitos adicionales de pago del impuesto de timbre y de publicación del contrato, con lo cual se demuestra la ausencia de culpa.

De otra parte, se encuentra demostrado el incumplimiento de la Administración Departamental, entidad que, sin justificación alguna, omitió negligentemente sus obligaciones y con este proceder impidió la ejecución del contrato, para luego darlo por terminado de manera unilateral; conducta que consolida la existencia de culpa por su parte.

En este contexto, resulta claro que al reunirse, en el caso sub lite, los presupuestos exigidos por la ley, es procedente declarar la resolución del contrato y así se ordenará; sin embargo, y teniendo en cuenta los efectos retroactivos que se derivan de la declaratoria de esta decisión judicial, se examinará, si hay lugar a las restituciones mutuas.

Como quiera que el contrato no se ejecutó, resulta claro que la Administración no realizó erogación alguna y el contratista, por su parte, no hizo entrega de los bienes contratados, razón por la cual no procede ordenar a las partes que se restituyan mutuamente las prestaciones ejecutadas, sencillamente por no existir objeto a restituir.

### **Conclusión.**

Las probanzas anteriores llevan a concluir que el contrato 0549 de 1996, celebrado entre el Departamento del Casanare y la empresa demandante, no adolecía de vicio de nulidad absoluta, por las siguientes razones: i) La Administración contó, con tres propuestas que son coincidentes en los ítems ofrecidos lo cual explica que necesariamente debió existir una invitación que fue dada a conocer públicamente, antes de proceder a la suscripción del contrato; ii) En el procedimiento de contratación directa previsto por el Decreto Reglamentario 855 de 1994, vigente para la época en que ocurrieron los hechos, no se exigía la expedición de un acto administrativo de adjudicación, debidamente motivado, como si se tratara de una licitación o concurso públicos en los términos del artículo 30 de la Ley 80 de 1993; por lo tanto, la ausencia del acto administrativo de adjudicación en la selección del contratista mediante el procedimiento de contratación directa, no vicia de nulidad el contrato.

Bajo estos presupuestos resulta claro que el acto administrativo acusado, contenido en la Resolución No. 01207 de 5 de septiembre de 1996, mediante el cual se declaró la terminación unilateral del contrato 549 de junio de 1996, con fundamento en la segunda causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, está viciado de nulidad, de una parte, porque se encuentra sustentado en hechos que no son consecuentes con la realidad y de otra, porque la Administración les ha dado a tales supuestos fácticos una interpretación y alcance para estructurar una causal de nulidad que realmente

nunca se configuró. Estas razones conducen a revocar la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda y en su lugar declarar la nulidad del acto impugnado.

Como consecuencia de esta determinación procede también acceder a la pretensión formulada por la parte actora en el sentido de declarar la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones contraídas por el Departamento del Casanare.

#### **2.11. La indemnización de los perjuicios reclamados por la parte actora.**

La empresa demandante solicitó a título de indemnización por los perjuicios causados con la expedición del acto administrativo que declaró la terminación unilateral del contrato No. 549 de 27 de junio de 1996, lo siguiente: i) el reconocimiento y pago de la suma de dinero que resulte probada y que corresponda como rendimiento normal dejado de percibir por la inejecución del contrato ii) la actualización de la condena con el I.P.C. y iii) el reconocimiento de intereses de conformidad con lo establecido en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

La Sala analizará las peticiones formuladas con el fin de determinar cuáles son los valores que deben ser reconocidos.

Examinada la oferta o cotización presentada por el contratista se advierte que en ella no se determinó el valor de la utilidad que la empresa demandante esperaba reportar por el suministro de elementos al Departamento. En la demanda tampoco se estableció cuál era el monto de la utilidad o beneficio que el contratista esperaba recibir con ocasión de la venta de los elementos solicitados, sin embargo, la parte actora con el fin de que se determinara el valor de la ganancia efectiva que hubiese podido obtener de haberse ejecutado el contrato en el lugar y por el valor y tiempo convenido, solicitó como prueba, ante el Tribunal, que se decretara la práctica de un dictamen pericial.

La prueba fue denegada injustificadamente, en auto de 9 de mayo de 1997; (fl. 65, cd. principal) por considerar el Magistrado Ponente que el dictamen pericial era impertinente, cuando en verdad, constituía el medio probatorio idóneo para determinar el valor de la utilidad que reportaría el contratista de habersele permitido la ejecución del contrato. Contra dicho auto la parte actora interpuso en

tiempo, el recurso de reposición y en subsidio el de apelación (fl. 68 a 69, cd. principal), los cuales fueron rechazados por improcedentes, mediante auto de 27 de junio de 1997, dictado por el Ponente (fls. 70 a 71, cd. principal), con lo cual se impidió toda posibilidad de establecer el monto de la ganancia o utilidad a que tenía derecho el contratista de habersele permitido la ejecución del contrato de suministro de bienes No. 549 de 1996, que había celebrado con el Departamento.

En la sustentación del recurso de apelación, la parte actora estimó el valor de la utilidad en un 10% calculado sobre el monto determinado en la propuesta como valor del suministro, sin que hubiere establecido cuál era el fundamento de esta cuantificación.

Encuentra la Sala que el valor de la indemnización no ha sido determinado, toda vez que el medio idóneo para hacerlo era a través del dictamen pericial, prueba cuya práctica, como ya se dijo, fue denegada por el a quo, razón por la cual la Sala acudirá a la indemnización en abstracto y para concretar el valor de los perjuicios se ordenará la elaboración de un experticio que determine de manera precisa y sustentada, el valor de la ganancia que debía reportar el contratista de habersele permitido la ejecución normal de su contrato.

El valor histórico de la suma, que por concepto de utilidad sea determinada por el perito, será actualizada desde el 18 de julio de 1996<sup>43</sup>, fecha en que debían ser entregados los bienes y cancelado el valor total de los mismos hasta la fecha del fallo con base en el I.P.C. vigente, certificado por el DANE y devengará intereses legales corrientes del 6%, desde la misma fecha, esto es desde el 18 de julio de 1996, fecha en que debía cancelarse la obligación, hasta la fecha del fallo, valores que corresponden a los beneficios o frutos que produce el dinero.

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

---

<sup>43</sup> De conformidad con la cláusula sexta del contrato la duración del contrato se pactó en 15 días hábiles, contados desde la fecha de perfeccionamiento del mismo, el cual se alcanzó con su firma el 27 de junio de 1996. Los 15 días hábiles vencieron el 18 de julio de 1996, fecha en la cual debía cancelarse el valor total de los bienes, según lo acordado en la cláusula segunda del contrato en la cual se estipuló el valor y la forma de pago.

## **F A L L A:**

**PRIMERO.- REVÓCASE** la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare el día 3 de septiembre de 1998.

**SEGUNDO.- DECLÁRASE** la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. 01207 del 5 de septiembre de 1996 y 01575 del 17 de octubre del mismo año, proferidos por el Gobernador del Departamento de Casanare, por las razones expuestas en la parte motiva.

**TERCERO: DECLÁRASE** que el Departamento del Casanare incumplió las obligaciones surgidas del contrato No. 0549 de 27 de junio de 1996, celebrado con la empresa TRACTO CASANARE LTDA., cuyo objeto consistía en suministrar a venta real y efectiva la adquisición de repuestos y lubricantes con destino para la maquinaria de Obras Públicas del Departamento.

**CUARTO: DECLÁRASE** la resolución del contrato No. 0549 de 27 de junio de 1996, celebrado, entre el Departamento del Casanare y la empresa TRACTO CASANARE LTDA, cuyo objeto consistía en suministrar a venta real y efectiva la adquisición de repuestos y lubricantes con destino para la maquinaria de Obras Públicas del Departamento.

**QUINTO: CONDÉNASE** en abstracto Departamento del Casanare a pagar, a título de indemnización de perjuicios en favor de la firma TRACTO CASANARE LTDA, el valor de la utilidad que debía reportar por la ejecución normal del contrato, monto que será cuantificado con la realización de un estudio técnico o pericial, en los términos señalados en la parte motiva de este proveído con su respectiva indexación e intereses.

**SEXTO:** Sin condena en costas.

**SEPTIMO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**  
**Presidente de la Sala**

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

**ENRIQUE GIL BOTERO**

**MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**