



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION "C"**

Consejera Ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 44001-23-31-000-2000-00540-01 (25.744)

**Actor: Nación - Procuraduría General de la Nación
Demandado: Departamento de la Guajira
Referencia: Acción Contractual**

Tema: Nulidad absoluta de los contratos demandados – Ministerio Público – Legitimación en la causa - Régimen de Nulidades – Causales de Nulidad Absoluta – Contrato celebrado por el Gobernador excede el margen de la autorización de la Asamblea Departamental – Diferencia del contrato de concesión con el contrato de obra – Cuenta y riesgo por parte del concesionario – Régimen de las Regalías – Destinación – Publicidad en la actividad contractual – Obligación de publicar en medios de amplia circulación – Vulneración grave al principio de publicidad – Valor del Contrato excede el autorizado por la Asamblea Departamental – Restituciones Mutuas – Condena en Abstracto – Compulsa de copias

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante Y por el Ministerio Público, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira del 14 de julio de 2004 por medio de la cual se decidió:



“1. Denegar las súplicas de la demanda, de conformidad con las precedentes consideraciones.

2. Sin condena en costas.”¹

I. Antecedentes

1. La Demanda

La Nación – Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de la acción contractual, el catorce (14) de agosto de dos mil (2000)², presentó demanda contra el Departamento de la Guajira, con el objeto de que se declaren las siguientes pretensiones:

“a) Que son nulos absolutamente los siguientes Contratos Estatales, celebrados por el Departamento de la Guajira, por la causal prevista en el numeral 2º y 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993:

1.- Concesión No. LIC – 005 de 2000, celebrado con la UNION TEMPORAL MALLA VIAL DE LA GUAJIRA, el 25 de mayo de 2000.

2.- Consultoría No. LIC – SOP 01/2000 suscrito con CONSULTORES DEL DESARROLLO S.A. el 10 de marzo de 2000.

3.- Consultoría No. 002 de 2000 suscrito con CONSULTORES REGIONALES LIMITADA – CORE – el 11 de abril de 2000.

b). Como consecuencia, se ordene su terminación y liquidación en los términos y efectos establecidos en los artículos 45 y 48 de la Ley 80 de 1993, y se aplique la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Noviembre 15 de 1991, expediente 6672 M.P. DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

c). Se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 175 y 176 del C.C.A.”

2. Hechos

2.1. *“El Departamento de la Guajira suscribió los siguientes contratos estatales: a) Contrato de Concesión No. LIC – 005 de 2000, con la*

1 Folios 455 a 568 del cuaderno principal.

2 Folios 1 a 17 del cuaderno 1 del Tribunal



Unión Temporal MALLA VIAL DE LA GUAJIRA, el día 25 de mayo de 2000, cuyo objeto es la adecuación, rehabilitación, operación y mantenimiento de 88.5 km. De la red vial secundaria y terciaria del Departamento de la Guajira; b) Contrato de Consultoría No. LIC.SOP 01/2000 suscrito con CONSULTORES DEL DESARROLLO S.A., el día 10 de Marzo de 2000, cuyo objeto es la consultoría para la gerencia de proyectos de las obras prioritarias contempladas en el Plan de Desarrollo a ejecutarse en los años 2000 y 2001 que incluyen las labores de estudios y diseños, interventoría y asesoría profesional, técnica y jurídica en los procesos licitatorios; c) Contrato de Consultoría No. 002 de 2000 suscrito con CONSULTORES REGIONALES LTDA. – CORE, el día 11 de abril de 2000, y cuyo objeto es la Supervisión del Contrato de Consultoría No. LIC-SOP 001 DEL 2000.

- 2.2.** *Los anteriores contratos fueron celebrados contra expresa prohibición constitucional o legal, por parte del representante legal del Departamento de la Guajira, incurriendo en la causal prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, y además resultan ser lesivos para los intereses patrimoniales del Estado, lo cual sustentaré a continuación.”*

El concepto de violación se expuso de la siguiente manera:

Frente al Contrato de Concesión Nro. LIC – 005 de 2000, celebrado con la Unión Temporal Malla Vial de la Guajira:

Cargo de Violación de la Ordenanza Nro. 0034 de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999). (Artículo 300 de la Constitución Política y artículo 25, numeral 11 de la Ley 80 de 1993).

Indicó que en el pliego de condiciones de esta licitación y en las estipulaciones del contrato, se desconoció el artículo 5º de la Ordenanza Nro. 0034/99, debido a que en el pliego de condiciones se señalaron los tramos objeto de la licitación, y en algunos de ellos la extensión era disímil a la autorizada en la citada ordenanza, además de incluirse un tramo no autorizado.



Cargo de indebida tipificación del contrato celebrado como contrato de concesión, siendo un contrato de obra a precios unitarios con pago a largo plazo.

Adujo que no se configuraron todos los elementos del contrato de concesión, en virtud de que no se estipuló que el plazo de la concesión pudiera disminuir hasta tanto el concesionario privado tuviera el retomo del capital invertido; se fijó un valor por interventoría de dos mil ochocientos dieciocho millones ochocientos quince mil quinientos cuarenta y seis pesos (\$2.818.815.546) y se señaló que esta será ejercida por el interventor en representación del Departamento, sin indicar quién lo designa, las funciones específicas, deduciéndose que probablemente el interventor sería nombrado y pagado por el contratista, desdibujándose la naturaleza del contrato de concesión, ya que la vigilancia y control deben estar en cabeza de la entidad concedente; la remuneración del contratista consistió en una suma fija determinada en salarios mínimos durante diecinueve años, proveniente de la sobretasa a la gasolina y al ACPM del Departamento, y si no alcanzara, de las regalías por la explotación de carbón y gas del departamento; en los anexos de la licitación y de la propuesta del contratista se fijaron los precios unitarios, las cantidades de obras a realizar y los tramos a ejecutar, así como las actividades de mantenimiento y conservación, deduciéndose que se trata de un contrato de obra pública de rehabilitación y mantenimiento de vías a precios unitarios.

Cargo de falta de publicidad de la Licitación Nro. 005 de 2000.

La falta de publicidad de la licitación en cita, habida cuenta que los avisos no se publicaron en diarios de amplia circulación en el territorio de la jurisdicción de la entidad, sino en los Diarios Oficiales de fechas 3,5, y 7 de febrero de 2000, suceso que no permitió su conocimiento por el público interesado en participar en la licitación.

Cargo de falta de relación entre el presupuesto oficial del contrato, el valor de la propuesta del contratista, el valor del contrato y la remuneración asegurada del contratista.

Esbozó también que no existió relación entre el presupuesto oficial del contrato, el valor de la propuesta del contratista, el valor del contrato, y la



remuneración asegurada del contratista, ya que en los pliegos se fijó un presupuesto oficial de veinticuatro mil dieciséis millones trescientos ocho mil trescientos setenta y cinco pesos (\$24.016.308.375); en la oferta del contratista, cotizó el valor de las obras de rehabilitación de veintiún mil cuatrocientos veintidós millones novecientos noventa y ocho mil ochenta y un pesos con veinte centavos (\$21.422.998.081.20); en la cláusula cuarta del contrato, se fijó como valor estimado una cifra indeterminada, señalando en el párrafo valores parciales que suman cuarenta y cinco mil trescientos treinta y seis millones noventa y nueve mil cuatrocientos noventa y cinco pesos (\$45.336.099.495); y en la cláusula quinta, sobre la forma de pago, se precisó un ingreso garantizado para el contratista en salarios mínimos, repartidos en diecinueve (19) años, que a la fecha corresponderían a noventa y cinco mil seiscientos veinticinco millones ciento veintidós mil setecientos cuarenta pesos (\$95.625.122.740).

Cargo relativo a las pólizas del contrato o garantía única.

Finalmente, precisó que los montos asegurados y los plazos de la garantía única de cumplimiento, no correspondieron a los rangos establecidos en el Decreto Nro. 679 de 1994 ni en la Ley 80 de 1993.

Respecto del Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP 01/2000 suscrito con Consultores del Desarrollo S.A. el diez (10) de marzo de dos mil (2000):

Cargo de violación de la Ordenanza Nro. 0034 de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999). (Artículo 300 de la Constitución Política y artículo 25, numeral 11 de la Ley 80 de 1993).

Señaló que la violación de la Ordenanza Nro. 00034 de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999) se dio, al haberse desconocido el tope presupuestal autorizado en el artículo 34 *ibídem*.

Cargo de falta de publicidad de la Licitación Nro. LIC – SOP 01 de 2000.

La falta de publicidad de la licitación Nro. LIC – SOP 01/2000, ya que sus avisos no se publicaron en diarios de amplia circulación en el territorio de la jurisdicción de la entidad, sino en el Diario Oficial, por lo que el público interesado en participar la desconoció, vulnerando el principio de publicidad.



Cargo de violación del principio de selección objetiva y de igualdad al establecer en los términos de referencia del concurso de méritos la negociación previa de la propuesta económica con el Departamento.

La violación del principio de selección objetiva y de igualdad, en razón a que se había establecido que el Departamento haría una negociación económica con quien haya ocupado el primer lugar en el orden de elegibilidad, con fundamento en la propuesta económica que este hubiese presentado, y si no hubiese acuerdo, se continuaría la negociación con el proponente en segundo lugar del orden de elegibilidad y así sucesivamente, desconociéndose el artículo 29 de la Ley 90 de 1993, que determinó la selección objetiva cuando se elige en igualdad de condiciones, de acuerdo con la ponderación precisa, detallada y concreta de los factores de evaluación precisados en los términos de referencia, no permitiendo que estos factores fueran determinantes, ya que el representante de la entidad podría escoger subjetivamente al contratista entre los que participaren en el concurso.

En lo referente al Contrato de Consultoría Nro. 002 del 2000, suscrito con Consultores Regionales Limitada – CORE – el once (11) de abril de dos mil (2000), cuyo objeto fue la supervisión del Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP 001 de 2000:

Cargo de violación de la Ordenanza Nro. 0034 de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999). (Artículo 300 de la Constitución Política y artículo 25, numeral 11 de la Ley 80 de 1993).

La violación de la citada Ordenanza Nro. 0034 de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), en virtud del desconocimiento parcial del artículo 5º *ejusdem*, por violarse el tope presupuestal estatuido en el numeral 4.1.2.

Cargo de imposibilidad de desarrollar el objeto contractual.

La imposibilidad de desarrollar el objeto contractual, habida cuenta que en caso de declararse la nulidad absoluta o la terminación unilateral del Contrato de Consultoría LIC SOP 001/2000, se debería decretar la nulidad del contrato de la referencia, no solo por las antepuestas causales, sino



también, porque desaparece el objeto contractual del mismo, debido a que este último fue suscrito para ejercer la supervisión del anterior.

3. Trámite en primera instancia

El dieciocho (18) de agosto de dos mil (2000)³, el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira profirió auto admisorio de la demanda, y se ordenó oficiar al Departamento de la Guajira para que remitiera copias de los antecedentes administrativos de los contratos demandados.

El veintisiete (27) de septiembre de dos mil (2000)⁴, el Magistrado Ponente dispuso notificar personalmente a las contratistas de los contratos demandados del auto admisorio, en razón a que en el mismo se había omitido esta notificación.

El siete (7) de noviembre de dos mil (2000)⁵, la apoderada de la Unión Temporal Malla Vial de la Guajira, allegó escrito en el que solicitó que el Tribunal de primera instancia decretara varias pruebas para que obraran en el expediente.

En la misma data⁶, el apoderado de Consultores del Desarrollo S.A., presentó escrito de contestación del libelo introductorio, en el que se opuso a la pretensión de la declaratoria de nulidad del contrato Nro. LIC – SOP 01/2000.

En lo atinente a la violación de la Ordenanza 034, sostuvo que en el citado negocio jurídico bilateral existió un error aritmético, por querer simplificar o reducir los ceros de las cifras los expertos en números se idearon colocar en la parte superior “miles de pesos, millones de pesos”, para referirse a cifras que señalaban al lado de cada ítem cuyo valor se estaba señalando, y dicho error no se encontraba señalado en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 como causal de nulidad absoluta.

Además, el Secretario de Hacienda Departamental profirió la Resolución Nro. 022 de 2000, en la que corrigió el citado yerro aritmético cometido en la ordenanza en mención, por lo que con un presupuesto oficial de dos mil cincuenta millones de pesos (\$2.050.000.000), pudo de forma legal el

3 Folio 78 del cuaderno 1 del Tribunal.

4 Folios 80 y 81 del cuaderno 1 del Tribunal.

5 Folios 110 a 113 del cuaderno 1 del Tribunal.

6 Folios 122 a 131 del cuaderno 1 del Tribunal.



Departamento contratar por mil setecientos veinte millones cuatrocientos sesenta y un mil ochocientos ochenta y seis pesos (\$1.720.461.886).

Sobre la falta de publicidad de la Licitación Nro. LIC – SOP 001/2000, argumentó que el aviso de prensa en el Diario Oficial apareció el jueves treinta (30) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), fecha en la que estaba vigente el Decreto 1122 de 1999, el cual estipuló en su artículo 21 que las entidades pertenecientes a la Administración Pública anunciarían únicamente la apertura de los procesos de contratación administrativa mediante su publicación en el Diario Oficial. Aunado a lo anterior, este diario ofrecía el servicio de publicidad de primera página a unos costos más bajos que cualquier periódico privado, y en los términos de la Ley 109 de 1994, que transformó la Imprenta Nacional en Empresa Industrial y Comercial del Estado, la colocó en igualdad de condiciones que cualquier empresa dedicada a esa actividad. Finalmente, agregó que es obligación de toda empresa que quiera contratar con el Estado de estar inscrita en la Cámara de Comercio, y por consiguiente, cualquier empresa pudo estar informada del presente proceso de licitación, ya sea por la Cámara de Comercio o por la publicación en el Diario Oficial.

En lo que atañe a la violación al principio de selección objetiva, adujo que la entidad elegiría sin mirar el factor económico, al que mayor puntaje en ofrecimientos de índole técnico, intelectual y de trabajo haya logrado, para posteriormente una vez elaborado un orden de elegibilidad de la mejor oferta técnica y que ha sobrepasado un puntaje que permitía satisfacer la necesidad requerida por el ente estatal, se entraba a negociar un justo precio, de conformidad con los precios indicados en resoluciones de uso común, de tal suerte que si solo uno es al que técnicamente se le podría adjudicar el contrato, y no se acordare económicamente con el Departamento, se tendría que declarar desierta la licitación.

El siete (7) de noviembre de dos mil (2000)⁷, el apoderado del Departamento de la Guajira contestó la demanda de la referencia, oponiéndose a las súplicas de la misma. En su escrito afirmó que la parte actora confundió el régimen constitucional y legal de las limitaciones legales con los requisitos esenciales para la existencia de los negocios jurídicos, y no se configuró

7 Folios 147 a 184 del cuaderno 1 del Tribunal.



ninguno de los requisitos estatuidos en el artículo 1740 del Código Civil alusivos a la nulidad; agregando que los requisitos para la existencia del contrato no fueron cuestionados, y de llegar a cuestionarse, no configurarían una nulidad absoluta sino una inexistencia, y en consecuencia, los negocios jurídicos bilaterales no podrían demandarse en esta sede porque todavía no son contratos.

De los cargos efectuados por la Procuraduría General de la Nación contra el Contrato de Concesión Nro. LIC – 005 de 2000, fundamentó:

De la supuesta violación del principio de legalidad al desconocerse la Ordenanza Nro. 0034 de diciembre de 1999 y otras normas, sostuvo que se le dio cabal cumplimiento a estas disposiciones, y los artículos 1º y 2º *ibídem*, le otorgaron al Gobernador la facultad para realizar los contratos que se necesiten con el fin de desarrollar las obras prioritarias en el Departamento y para entregar en concesión la red vial secundaria, de tal manera que esta red objeto del contrato no estaba conformada solamente por los once (11) tramos indicados en dicha disposición, ni en el contrato se incluyó un tramo no autorizado en el artículo 5º *ejusdem*, ya que ese tramo quedó incluido en la concesión de acuerdo a una hermenéutica holística de la Ordenanza Nro. 0034 de 1999. En caso que el Tribunal coligiere de manera diversa, la nulidad absoluta sería parcial, encaminada solo a aquellos aspectos en que se hubiese excedido la citada ordenanza.

De la misma manera se habla de violación del principio de legalidad por indebida tipificación del contrato de concesión, esbozó que el legislador determinó unas características de este contrato que no constituyeron un margen rígido que les impidiera a las entidades moldearlo a sus necesidades, en yuxtaposición con un pronunciamiento del Consejo de Estado en mil novecientos noventa y siete (1997). En el contrato de la referencia, se conservó integralmente todos aquellos elementos esenciales del contrato de concesión consagrados en el artículo 32, numeral 4º de la Ley 80 de 1993, y las obras públicas que se pactaron en el mismo correspondieron a actividades complementarias naturales que debieron ser desarrolladas por el contratista para dar cumplimiento a la concesión.



De otra parte se dice que hubo violación del principio de publicidad por la publicación de avisos de la licitación en el Diario Oficial, el numeral 3 del artículo 30 de la aludida Ley 80, estatuyó que los avisos de la información sobre el objeto y las características de la licitación deberán ser publicados en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad o a falta de estos, en otros medios de comunicación social con la misma difusión, y no se diferenció entre diarios privados o públicos, y esta norma es de carácter especial para efectos de la licitación, frente al artículo 95 del Decreto 2150 de 1995. Además, el Diario Oficial ha constituido un medio de comunicación social de las más amplias proporciones en el territorio nacional, y su valor de difusión lo ha establecido la propia Ley cuando ordenó que ellas sean publicadas en el citado diario.

De la posible violación del principio de legalidad por incongruencias en la cuantía del presupuesto y el valor del contrato, refirió que la obligación del contratista en el contrato de la referencia era la de rehabilitar, mantener y operar la red vial del Departamento durante el tiempo de la concesión, y para cumplir con su objeto era necesario realizar varias actividades. En los pliegos de condiciones se estableció como el presupuesto oficial el valor de veinticuatro mil diez y seis millones trescientos ocho mil trescientos setenta y cinco pesos (\$24.016.308.375), y también se precisó que los valores utilizados por el proponente para la elaboración de su propuesta de rehabilitación, estudios, etc., son de su exclusiva responsabilidad, siendo los valores de interventoría y de aseguramiento de calidad los ya estipulados. En la cláusula cuarta del contrato se especificó que el valor del proyecto era indeterminado, en razón a que las concesiones por ser a tan largo plazo se le daba un tratamiento de conformidad al artículo 24 del Decreto 3050 de 1997.

Respecto a la posible violación del principio de legalidad por irregularidades en la póliza del contrato o garantía única, sustentó que estas irregularidades no afectan la legalidad o validez de un contrato, sino que tienen relación directa con los procedimientos de legalización del mismo que son ulteriores a su perfeccionamiento. La garantía de cumplimiento y su consecuente aprobación son requisitos de ejecución del contrato y no de su validez, a voces del inciso 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.



Frente a los cargos efectuados por la parte actora contra el Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP 01 de 2000, sustentó lo siguiente:

Con relación a la violación al principio de legalidad por desconocimiento de la Ordenanza 0034 de 1999, relató que el artículo 3º y el numeral 4.1.1. del artículo 4º *ibídem*, autorizaron para contratar una gerencia de proyectos, y la primera no estableció limitación ni determinación presupuestal previamente fijada, por consiguiente, el Gobernador podía combinar recursos ordinarios con vigencias futuras. Así mismo, el contrato se celebró por la cifra de mil setecientos veinte millones cuatrocientos sesenta y un mil ochocientos ochenta y seis pesos (1.720.461.886), por debajo de lo determinado en el artículo 3º *ejusdem*.

De la violación del principio de publicidad por la publicación de avisos de la licitación en el diario oficial, manifestó que se debían tener los mismos argumentos expuestos frente al Contrato de Concesión Nro. LIC – 005 de 2000.

En lo concerniente a la supuesta violación del principio de selección objetiva por incorporación de etapa de negociación económica en los pliegos, advirtió que no estaba llamado a prosperar dicho cargo ya que la negociación del precio no se incorporó como una regla para descartar propuestas, sino como un mecanismo para definir con el contratista elegido, luego de la depuración del proceso licitatorio, el precio real del contrato, el cual hacía referencia a lo que a la luz de los estudios de la administración, mejor se aproximaba a los precios del mercado.

En lo alusivo a los cargos efectuados por la parte demandante contra el Contrato de Consultoría Nro. 002 de 2000, señaló:

De la supuesta violación al principio de legalidad por desconocimiento de la Ordenanza 0034 de 1999, refirió que se había incurrido en un yerro aritmético, el cual, a su vez, había sido subsanado.

El siete (7) de febrero de dos mil uno (2001)⁸, el Magistrado Sustanciador dispuso abrir a pruebas el proceso.

8 Folios 191 a 194 del cuaderno 1 del Tribunal.



En auto del veintiuno (21) de marzo de dos mil tres (2003)⁹, se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión.

El siete (7) de abril de dos mil tres (2003)¹⁰, la parte actora allegó sus alegatos de conclusión.

El nueve (9) del mismo mes y año¹¹, el apoderado del Departamento de la Guajira alegó de conclusión en el caso *sub judice*, y en la misma fecha¹², presentó su escrito de alegatos la Unión Temporal Malla Vial de la Guajira, mediante apoderado judicial.

El treinta (30) de abril de dos mil tres (2003)¹³, el agente del Ministerio Público rindió su concepto, en donde solicitó que se accediera a las pretensiones de la demanda, se declarara la nulidad absoluta de los contratos demandados, y que se compulsaran copias para lo penal y lo disciplinario por las conductas desplegadas a título de dolo por la contratante.

4. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, en sentencia proferida el treinta y uno (31) de julio de dos mil tres (2003), negó las súplicas del libelo genitor.

Sostuvo el *a quo* que frente al cargo alusivo a que en el contrato se incluyeron obras relativas a la red vial terciaria del departamento y se adicionaron tramos, los cuales no fueron autorizados por la asamblea en la Ordenanza 0034 de diciembre de 1999, la autorización que se le concede al gobernador para celebrar contratos no conlleva la modalización, circunstancias y condiciones propias de la contratación misma, en razón a que estos aspectos habían de ser regulados en los pliegos de condiciones o en los términos de referencias, y en consecuencia, el texto de la ordenanza que autoriza la contratación no establece las circunstancias de la ejecución de la obra, sino que estas vienen determinadas en los estudios, diseños y pliegos o términos de referencia, de conformidad a la Ley 80 de 1993.

9 Folio 347, ib.

10 Folios 349 a 358, ib.

11 Folios 359 a 383, ib.

12 Folios 384 a 445, ib.

13 Folios 447 a 454 del cuaderno 1 del Tribunal.



Frente al cargo de la indebida tipificación del contrato de concesión celebrado, indicó que al cotejarse el texto del numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 con la cláusula primera del contrato Nro. LIC – 005 de 2000, en la que se dilucidó su objeto, era diáfano que tuvieron correspondencia, y en ese orden, el contrato tuvo la tipificación y nominación como de concesión.

En lo alusivo al cargo de no estipulación de terminación anticipada del contrato por retoma del capital invertido, en el evento de darse antes del fenecimiento del plazo acordado, precisó que pactar la terminación anticipada del negocio jurídico configuraba solamente un requisito accidental del mismo, y no un esencial o sustancial.

En lo que atañe a la desproporción en la utilidad que obtendría el contratista en el término del contrato (19 años) y su inversión, adujo el Tribunal de primera instancia que el actor no arrió medios probatorios que estribaran sus afirmaciones, de lo que se desprendía la ausencia de elementos de juicio que permitieran establecer una desproporción entre la inversión y la retribución estipulada por las partes en el negocio jurídico bilateral.

En lo referente a que la suma de nueve mil doscientos setenta y siete millones trescientos veinte mil pesos (\$9.277.320.000), imputables en el contrato a gastos generales de la operación, se encontraron incluidos en la suma de cuarenta y cinco mil trescientos treinta y seis millones ciento nueve mil cuatrocientos noventa y cinco pesos (\$45.336.109.495) destinados a la inversión, cuando aquella debió afectar la utilidad del contratista, concluyó que en la cláusula cuarta del contrato de concesión se pactó la primera cifra como gastos generales de operación, pero no se previó en ninguna parte que esta debía ser imputada a las utilidades que debería percibir el concesionario, y como el concepto de utilidad se ha entendido como lo que percibe una persona como contraprestación al desarrollo de una actividad, diferente a los gastos de operación, lo que constituye las erogaciones que debe realizar el contratista en cumplimiento del contrato, este gasto no configuró utilidad para el contratista.

En el estudio del cargo relativo a que en el contrato se pactó una suma de dos mil ochocientos dieciocho millones ochocientos quince mil ciento



cuarenta y seis pesos (\$2.818.815.546), imputable al pago de la interventoría que se ejercería, pero que no se precisó quién lo designaría, lo pagaría ni las funciones específicas a desarrollar por el interventor, deduciéndose que sería designado y pagado por el contratista, resaltó que el Departamento de la Guajira desplegó la correspondiente convocatoria para la escogencia del consultor e interventor de la obra y del contrato, y lo publicó en el Diario Oficial, concurriendo dos (2) proponentes, Consultores del Desarrollo S.A., quien obtuvo 987 puntos, y la firma Hidroestudios S.A., con 902 puntos, siendo adjudicado el concurso al proponente con mayor puntaje, en los términos de la Resolución Nro. 244 del 9 de marzo de 2000, esclareciéndose que la entidad contratante es quien debía designar el interventor, y el contratista concesionario quien pondrá los recursos dinerarios para sufragar el valor de la interventoría, con la obligación del concedente de reembolsarlos dentro de los términos y condiciones convenidas en la concesión u otro documento que lo hubiese integrado.

En lo que toca con la ilegalidad del contrato por preverse en el mismo que la remuneración del contratista se haría con recursos provenientes de las regalías del carbón, gas, etc., cuando el pago debería provenir de recursos productos de las obras o servicios públicos concesionados, afirmó que el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 contempló la posibilidad de remunerar al concesionario en cualquier forma o modalidad de prestación que las partes acuerden.

Frente al cargo de la falta de publicidad de la Licitación Nro. 005 de 2000, afirmó que en cumplimiento del numeral 30 del artículo 30 *ejusdem*, el Departamento de la Guajira realizó tres (3) publicaciones del aviso de apertura de la anterior licitación en el Diario Oficial. De acuerdo con lo anterior, estimó que no se cumplió a cabalidad con el mandato legal ni con la finalidad declarada para los efectos, sin embargo, tampoco se incurrió en una omisión que generase la invalidación del contrato de concesión, habida cuenta que concurrieron varios proponentes al proceso licitatorio convocado.

En lo relativo al cargo de falta de correspondencia entre el valor o presupuesto oficial del contrato, el de la propuesta, el del contrato y el de la



remuneración del contratista, señaló que en los pliegos de condiciones se consignó como presupuesto oficial estimado para la inversión inicial del proyecto, la suma de veinticuatro mil dieciséis millones trescientos ocho mil trescientos setenta y cinco pesos (\$24.016.308.375), y no se indicó si la frase “inversión inicial” refiriéndose a la cifra anotada, era relativa a la inversión que debía hacerse durante el primer año de ejecución del contrato, de lo que se deriva que al fenecer el término de duración del negocio jurídico bilateral, el cual conlleva gastos de operación y mantenimiento, no existía correspondencia entre el monto del presupuesto oficial estimado, el del contrato y el de la remuneración del contratista. Aunado a lo anterior, agregó que en razón de las contingencias propias del objeto de los contratos de concesión, la misma Ley 80 de 1993, previó la posibilidad de la variación de precios durante la ejecución del mismo.

En lo que concierne al cargo de que la póliza o garantía única de cumplimiento a que se refería la cláusula décima sexta (16) del contrato no correspondía con los rangos previstos en el Decreto Nro. 679 de 1994 y en la Ley 80 de 1993, sostuvo que el actor no sustentó el cargo formulado, y que además, como el concesionario era el responsable del mantenimiento y operación de la obra concesionada, cualquier gasto que se requiera durante la vigencia del contrato, sería de su responsabilidad.

En el estudio de los cargos elevados contra el Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP – 01 de 2000, suscrito entre el Departamento de la Guajira con la sociedad Consultores del Desarrollo S.A., cuyo objeto fue la “Consultoría para la gerencia de proyectos de las obras prioritarias contempladas en el Plan de Desarrollo a ejecutarse en los años 2000 y 2001 que incluyen las labores de estudios y diseños, interventoría y asesoría profesional técnica y jurídica en los procesos licitatorios”, coligió lo siguiente:

En lo que compete al desconocimiento del tope fijado en la Ordenanza Nro. 0034 de diciembre de 1999, que le otorgó facultades al Gobernador para celebrar los contratos, y a la falta de publicidad, se estuvo a los argumentos expuestos frente al Contrato de Concesión ya analizado, en relación con la autorización ordenanzal y la falta de publicidad.



En lo que toca con el cargo de la violación al principio de la selección objetiva del contratista, por haberse previsto en los pliegos que la contratante, una vez realizada la evaluación de las propuestas, procedería a negociar con el proponente de la oferta más favorable económicamente, y de no obtener acuerdo se entraría a negociar con el que hubiera obtenido el segundo puesto y así sucesivamente, dedujo el Tribunal la legitimidad de las partes para poder negociar aspectos básicos de esa contratación a partir de lo instituido en los pliegos, y además, el menor precio no podía constituir elemento de juicio para la selección del contratista. Por otro lado, precisó que el mandato legal es el de ajustar el valor del contrato, o aproximarlos a los precios del mercado, de lo que se deriva que el contratante podría negociar con el segundo o tercero en la lista, siempre que cumplan con los parámetros básicos.

De los cargos elevados contra el Contrato de Consultoría Nro. 002 de 2000, cuyo objeto fue la “supervisión del Contrato de Consultoría No. LIC – SOP – 001 de 2000”, se estuvo a lo resuelto frente a los otros dos (2) negocios jurídicos bilaterales demandados.

Uno de los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión salvó el voto en la sentencia de la referencia. El cuatro (4) de agosto de dos mil tres (2003)¹⁴, se allegó al expediente el aludido salvamento, en el que se afirmó que la celebración de los contratos objeto del litigio, careció en su etapa previa de publicidad, teniendo de presente lo insólito de la orden de su inclusión en el denominado Diario Oficial, periódico que tuvo circulación muy restringida y además tardía, y en su concepto se debió acceder a las súplicas de la Nación - Procuraduría General de la Nación y declarar la nulidad de los convenios demandados.

5. Recursos de apelación

Inconforme con la anterior decisión, la parte accionante¹⁵ impetró y sustentó recurso de alzada, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

¹⁴ Folio 469 del cuaderno principal.

¹⁵ Folios 471 a 482, ib.



Argumentó el recurrente, que la Ordenanza Nro. 034 de 1999 en su artículo 1º facultó al Gobernador del Departamento de la Guajira para realizar obras prioritarias en el Departamento y la concesión de la red vial secundaria, de lo que se avizora la ausencia de autorización al mismo para contratar con base en la adecuación, rehabilitación, operación y mantenimiento de la red vial terciaria, como ocurrió con la contratación realizada para el trayecto de Camarones La Boca, 4.0 kilómetros, ya que en el artículo 5º *ejusdem* se autorizó para la entrega de concesión de la adecuación y/o rehabilitación de la red vial secundaria del Departamento, excluyéndose el anterior trayecto, el cual fue incluido en el ítem 2.1 del pliego de condiciones de la Licitación Pública Nro. 005 de 2000.

Además, hubo varios trayectos que fueron autorizados en la mencionada ordenanza, pero que en el pliego de condiciones se extendió el tramo de la obra, desconociéndose el artículo 300 de la Carta Política, el numeral 11 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, y configurándose el negocio jurídico bilateral en una nulidad absoluta, en razón a que los contratos estatales son absolutamente nulos en los casos dispuestos en el derecho común, aparte de encuadrarse el *sub judice* en la causal 2ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, habida cuenta que hubo una trasgresión legal.

Adujo en lo que concierne al segundo cargo, referente a la indebida tipificación del contrato, que uno de los elementos principales del contrato de concesión, es que el concesionario asuma, por su propio riesgo y cuenta la contratación, a voces del numeral 4º del artículo 32 *ibídem*, situación que no se presentó en el caso *sub examine*, debido a que de la lectura de la cláusula quinta del contrato de concesión en cita, se observa la configuración de un contrato de obra a precios unitarios con pago a largo plazo, determinándose un cronograma de ejecución de obras y como contraprestación una remuneración en sumas fijas mensuales garantizadas ligadas al incremento del salario mínimo legal mensual vigente durante diecinueve (19) años.

En ese sentido, afirmó que al no contemplarse en el contrato ninguna clase de riesgo, sino que se garantizó todo en pagos mensuales y en salarios mínimos mensuales, se celebró con un objeto ilícito, al salirse de los límites de la Ley 80 de 1993, y de la Ordenanza 034 de 1999, que autorizó un



contrato de concesión de obra, no un contrato de obra a precio unitario.

En lo atinente al cargo de la falta de publicidad de la Licitación Nro. 005 de 2000, reiteró que en los términos del Estatuto Contractual de la Administración Pública, no era procedente la publicación de la licitación en cita en los diarios oficiales datados el tres, (3) cinco (5) y siete (7) de febrero de dos mil (2000), toda vez que los mismos debieron haber sido publicados en diarios de amplia circulación en el Departamento de la Guajira, verbigracia, el Pilón, el Heraldo, el Tiempo, el Espectador, etc. A *contrario sensu*, el Diario Oficial, a pesar de dar a conocer las leyes en la verdad material, no es de amplia circulación en la Nación, y menos en el Departamento de la Guajira.

A su turno, trajo a colación el salvamento de voto de la sentencia de primera instancia, afirmando que en el Diario Oficial era tardía su publicación, y alegó que el Departamento de la Guajira no demostró, teniendo la carga de la prueba, que sí era de amplia circulación, encausándose en la 2ª causal de nulidad absoluta del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Como corolario de lo anterior, cuestionó la posición del *a quo*, en el sentido de dar a entender como si aquello fuese una omisión diminuta, debido a que esta tampoco tuvo consecuencias invalidantes de la contratación celebrada.

Frente al cargo de la celebración de la contratación con abuso de poder, señaló que del texto del contrato en el que se plasmó: *“SE FACULTA AL SEÑOR GOBERNADOR DE DEPARTAMEETO (sic) DE LA GUAJIRA PARA REALIZAR LOS TRAMITES INDISPENSABLES Y COMPROMETER LAS VIGENCIAS FUTURAS QUE SEAN NECESARIAS DE LOS RECURSOS PROVENIENTES DE LAS REGALIAS POR EXPLOTACIÓN DE CARBON Y GAS, sobretasa a la gasolina y al A.C.P.M. y demás fuentes de financiación necesarias...”*, se evidencia que dicha facultad contraría el ordenamiento jurídico vigente, en virtud de que se desconoció la destinación específica del 50% de regalías para los sectores que determina el artículo 14 de la Ley 141 de 1994. Aunado a lo anterior, la fuente de financiación sería solamente las regalías, comoquiera que la sobretasa de la gasolina y el A.C.P.M., en un departamento fronterizo donde el combustible se consumía prácticamente de contrabando a través de pimpina, su recaudación sería irrisoria.



Añadió que lo anterior no se compadeció con la situación de las comunidades pluriétnicas en el Departamento de la Guajira, en el que las acciones populares en un 90% están encaminadas al mejoramiento y cobertura del saneamiento básico y al proporcionamiento de agua potable.

Finalmente, indicó que los demás contratos correrían la suerte del principal. El quince (15) de agosto de dos mil tres (2003)¹⁶, por otro lado, allegó escrito de apelación el Agente del Ministerio Público, con el objeto de que el Consejo de Estado revocara la sentencia de primera instancia y accediera a las súplicas del libelo introductorio.

Sustentó que el fallo de primera instancia no analizó los argumentos de las partes, habida cuenta que solo se limitó a aludir los hechos y pretensiones de la demanda, pero omitiendo entrelazarles con las posturas de la parte pasiva.

Pregonó que con la celebración de los negocios jurídicos bilaterales demandados, el contratante lo primero que hizo fue desconocer la autorización para contratar obtenida, erigiéndose la causal 2ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, e iteró las razones expuestas por la Procuraduría General de la Nación como parte actora en el escrito de apelación.

En relación con el contrato de Concesión Nro. LIC – 005 de 2000, indicó que de la comparación del mismo con la Ordenanza 0034 de 1999, se vislumbraba en su pliego de condiciones que en algunos tramos contratados se desconoció por completo lo estatuido en la citada ordenanza, y que esta no autorizó de manera genérica la adecuación y/o rehabilitación de la red vial secundaria del Departamento, sino que a *contrario sensu*, la Asamblea quiso otorgar prerrogativas precisas, detallando en forma específica unos proyectos con características definidas. Aunado a lo anterior, se realizó la contratación de un nuevo tramo, el de Camarones – La Boca, y el desarrollo de obras para la red vial terciaria, que tampoco figuraban entre los autorizados en la ordenanza.

Respecto de los otros cargos, adujo que en el citado Contrato de Concesión no se estipularon los aspectos concernientes a la línea regresiva según el plazo de concesión establecido, que permitiera al concesionario obtener el

16 Folios 485 a 494 del cuaderno principal.



retorno del capital invertido; la inversión para el desarrollo de las actividades de ejecución alcanzó una suma estimada de cuarenta y cinco mil trescientos treinta y seis millones ciento nueve mil cuatrocientos noventa y cinco pesos (\$45.336.109.945.00), equivalentes a ciento setenta y cuatro mil doscientos noventa y ocho pesos con seis centavos (\$174.298.6), inversión por la que al cabo de los diecinueve (19) años fijados como plazo, el concesionario percibiría una retribución de trescientos sesenta y siete mil seiscientos treinta y nueve pesos con cinco centavos (367.639.05), lo que resultaría extremadamente lesivo para los intereses del Departamento.

En la cláusula cuarta del contrato se previó dentro del costo total estimado, la suma de dos mil ochocientos dieciocho millones ochocientos quince mil quinientos cuarenta y seis pesos (\$2.818.815.546), correspondientes a la interventoría de las obras, y en la cláusula séptima se acordó que la vigilancia de la ejecución será ejercida por el interventor, quien representaría al Departamento ante el concesionario, desnaturalizándose la esencia del contrato de concesión, en el cual la vigilancia y control de las actividades deben ser asumidas por la entidad concedente.

Al concesionario se le garantizó una suma estable durante diecinueve (19) años, pagadera con recursos de la sobretasa a la gasolina y al ACPM del Departamento, y en caso de no alcanzar estos recursos se tomarían las regalías del gas y el carbón, sometiéndose a la comunidad del Departamento a quedar privada de acceder al mejoramiento de la calidad de vida y al bienestar general como fines del Estado, y configurándose de esa manera un contrato de obra pública a precios unitarios.

En lo que atañe a la publicidad de la licitación Nro. 005 de 2000, esbozó que los avisos de la misma fueron poco conocidos por el público, lo que cercenó la oportunidad de que firmas y empresas idóneas e interesadas participaran en la escogencia del contratista, ya que del acervo probatorio se denotó que los avisos no fueron publicados en diarios de amplia circulación en el territorio del Departamento de la Guajira. Además, recalcó que a voces del artículo 95 del Decreto 2150 de 1995, no se publican en el Diario Oficial, ni los avisos de las licitaciones públicas, ni los extractos de los contratos estatales.



Agregó que hubo una falta de coherencia en el contrato demandado, toda vez que en los pliegos, como en la oferta del contratista, se observa un valor diferente, los cuales son a su vez disímiles con los estimativos descritos en la cláusula 4ª del mismo, teniéndose en consecuencia un valor desproporcionado del negocio jurídico bilateral.

Por último, solicitó que en el fallo de segunda instancia se diera aplicación a los artículos 51 y 54 de la Ley 80 de 1993, en el sentido de que se compulsaran copias para lo penal y lo disciplinario, y que se ejerciera la acción de repetición por las conductas imputables a la contratante a título de dolo.

Los recursos de alzada fueron concedidos por el Tribunal *a quo* el cuatro (4) de septiembre de dos mil tres (2003).¹⁷

6. Trámite en segunda instancia

El treinta (30) de octubre de dos mil tres (2003)¹⁸, se admitieron los recursos interpuestos.

El doce (12) de noviembre de dos mil tres (2003)¹⁹, se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que se sirvieran a alegar de conclusión y a rendir su concepto por escrito.

El quince (15) de enero de dos mil cuatro (2004)²⁰, el apoderado del demandado Departamento de la Guajira allegó sus alegatos de conclusión, al igual que el dieciséis (16) del mismo mes²¹ y año el apoderado de la Unión Temporal Malla Vial de la Guajira.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

El proceso ingresó para elaborar proyecto de sentencia el veintiuno (21) de enero de dos mil cuatro (2004).²²

El diez (10) de marzo de dos mil catorce (2014)²³, se fijó audiencia para llevar a cabo audiencia de reconstrucción del expediente para el veinticuatro (24)

17 Folio 495 del cuaderno principal.

18 Folio 499 del cuaderno principal.

19 Folio 501, ib.

20 Folios 502 a 524, ib.

21 Folios 525 a 551, ib.

22 Folio 552, ib.

23 Folio 574, ib.



de abril de la misma anualidad, frente a la cual hubo solicitud de aplazamiento del Ministerio Público, por lo que se reprogramó para el veintiséis (26) de enero de dos mil quince (2015).²⁴

El seis (06) de marzo de dos mil quince (2015)²⁵, el Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, manifestó estar impedido para conocer del caso *sub examine*, de conformidad con el numeral 12º del artículo 141 del Código General del Proceso, en virtud de que había emitido concepto sobre cuestiones fuera de la actuación judicial en temas relacionados con la materia del proceso.

El veinticinco (25) de marzo del año en curso²⁶, se declaró fundado el impedimento manifestado por el Consejero Ponente en el proceso de la referencia.

El siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015)²⁷, la Sala de Decisión profirió auto en el que dispuso solicitar al Tesorero del Departamento de la Guajira certificación acerca de los dineros que se hayan pagado dentro de los contratos demandados, así como la documentación que soportaba esos pagos.

El veintiocho (28) de octubre de dos mil quince (2015)²⁸, el Tesorero General del Departamento de la Guajira remitió la información solicitada en el auto *ut supra*.

II. Consideraciones

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del caso *sub judice*, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora y por el Agente del Ministerio Público contra la sentencia proferida en primera instancia, en los términos del artículo 37 de la Ley 446 de 1998.²⁹

24 Folio 579, ib.

25 Folio 591, ib.

26 Folios 593, ib.

27 Folios 606 y 607, ib.

28 Folios 610 a 659 del cuaderno principal.

29 **ARTÍCULO 37.** El artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

"**Artículo 129.** Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se



Se advierte que si bien las pretensiones de la demanda no tienen contenido pecuniario, habida cuenta que se pretende la declaratoria de la nulidad absoluta de los contratos demandados, estos tenían un valor que sobrepasaba con creces los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

2. Identificación del problema jurídico.

Se tiene que lo pretendido por la parte demandante y por el Agente del Ministerio Público, es que se revoque la sentencia de primera instancia, se acceda a las súplicas de la demanda, en el sentido de declarar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión Nro. LIC – 005 de 2000, del Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP 01 de 2000, y del Contrato de Consultoría Nro. 002 de 2000, y que se procediera a ordenar su terminación y liquidación, así como la compulsación de copias a las autoridades competentes.

Bajo esta óptica, se plantea la Sala lo siguiente: los Contratos de Concesión Nro. LIC – 005 de 2000, celebrado entre el Departamento de la Guajira con la Unión Temporal Malla Vial de la Guajira del veinticinco (25) de mayo de dos mil; Consultoría Nro. LIC – SOP 01 de 2000, suscrito con Consultores del Desarrollo S.A. el diez (10) de marzo de dos mil (2000); y Consultoría Nro. 002 de 2000, acordado con Consultores Regionales LTDA el once (11) de abril de dos mil (2000), ¿estuvieron afectados de alguna irregularidad que derivaría necesariamente en la declaratoria de la nulidad absoluta de los mismos?

Para ventilar el anterior planteamiento, se procederá a estudiar: i) la legitimación en la causa para demandar en este proceso, ii) el contrato administrativo, iii) el régimen de nulidades, iv) el régimen de nulidades en la contratación estatal, v) acervo probatorio, vi) la resolución del caso, vii) restituciones mutuas, viii) compulsas de copias y ix) condena en costas.

3. Legitimación en la causa para demandar en este proceso.

Estar legitimado en la causa es un presupuesto anterior a la sentencia favorable, del cual se desprende que aquel que de conformidad con la ley

conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.

El grado jurisdiccional de consulta se surtirá en los eventos de que trata el artículo 184 de este Código."



material tiene la prerrogativa para demandar o ser demandado en un proceso, al ser sujeto de la relación sustancial objeto de la *Litis*, es quien está legitimado materialmente en la causa, ya sea por activa o por pasiva: “*La legitimación en la causa es la calidad que le permite a una persona que hace parte de una relación jurídica, formular demandas u oponerse a las pretensiones que en su contra se formulen.*”³⁰

El Decreto 01 de 1984, en su artículo 87, en el que se reguló la acción de controversias contractuales, con las respectivas modificaciones del artículo 17 del Decreto 2304 de 1989 y el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, prescribió que el Ministerio Público y cualquier tercero con interés directo podrá pedir que se declare la nulidad absoluta de un contrato estatal.³¹

De donde se desprende, que la acción de controversias contractuales solo puede ser ejercida por las partes suscribientes de un contrato estatal. Sin embargo, existe una excepción a dicha regla, consistente en la pretensión de declaratoria de la nulidad absoluta del contrato, en razón a que esta podía ser solicitada por el Ministerio Público o por un tercero que demuestre tener un interés directo en el mismo.³²

4. Régimen de las nulidades.

El Código Civil colombiano, en su artículo 6º, previó:

ARTICULO 6o. SANCION Y NULIDAD. (...)

30 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Sentencia del 13 de junio de 2013, Radicación Nro. 19001-23-31-000-1999-00984-01, Nro. Interno 24108, CONSEJERA PONENTE OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ.

31 Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.

32 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Sentencia del 29 de julio de 2015, Radicación Nro. 25000-23-26-000-2001-01170-02, Nro. Interno 32983, CONSEJERA PONENTE OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ.



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.

Del anterior precepto legal, se desprende, que la nulidad está atada a la ilegalidad del acto, de tal manera que, si se ejecuta el mismo desconociendo directamente una prohibición legal, y si en esta no se previó otra cosa, estará revestido de nulidad.

El artículo 1740 *ejusdem*, a su turno, estableció que es nulo todo contrato o acto al que le falte cualquiera de los requisitos que la legislación requiriera para el valor del mismo, de acuerdo con su especie y calidad o estado de las partes.³³

Los artículos subsiguientes se encargaron de cobijar todo lo que concierne a la nulidad en el derecho civil, y esta fue clasificada en nulidad absoluta y nulidad relativa.

Al ordenamiento jurídico le interesa más la validez del acto o contrato que su nulidad, por lo que se crearon mecanismos como la conversión del acto jurídico, que da la posibilidad de que un acto viciado de nulidad se pueda convertir en otro, teniendo el supuesto de que las partes hubieran querido celebrar este segundo, de haber conocido la nulidad.³⁴

Sin embargo, cuando se trata de la nulidad absoluta, esta no podrá ser subsanada, en virtud a que aquella tiene como finalidad la guarda del orden público, es decir, razones de interés general, y el acto o contrato en consecuencia nunca producirá efectos jurídicos.

La doctrina nacional ha precisado las diferencias entre la nulidad absoluta y la relativa, de la siguiente manera:

- La nulidad absoluta debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca, *prima facie*, en el contrato, cuando este haya

³³ **ARTICULO 1740. CONCEPTO Y CLASES DE NULIDAD.** Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.

³⁴ Derecho Civil, General y de las Personas, de Jorge Parra Benítez, Segunda Edición, Editorial LEYER, página 184.



sido invocado en un proceso y tengan calidad de partes quienes lo hayan suscrito; la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a petición de parte.

- La nulidad absoluta puede ser alegada por quien tenga interés en ello; la nulidad relativa solo puede alegarse por aquél en cuyo beneficio lo determinó el legislador.
- La nulidad absoluta, por el solo interés de la ley, puede ser pedida por el Ministerio Público; la nulidad relativa no puede ser solicitada por el Ministerio Público por el mismo motivo.
- La nulidad absoluta puede sanearse al ser ratificada por las partes y por prescripción extintiva de diez (10) años, a menos que provenga de un objeto o causa ilícitos; la nulidad relativa puede sanearse por la ratificación de las partes o por prescripción de cuatro (4) años.³⁵

En el Código de Comercio colombiano, en su artículo 899³⁶, se señalaron las causales de nulidad absoluta del negocio jurídico cuando se contraríe una norma imperativa, a menos que la ley disponga otra cosa; cuando su objeto y su causa sean ilícitos; y cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

La nulidad relativa, por su parte, fue regulada en el artículo 900³⁷ *ibídem*, bajo el nombre de anulabilidad, aunque las causales consagradas coincidieron en su totalidad con las del Código Civil.

Es obligación del juez declarar la nulidad absoluta, cuando esta sea auscultada en un contrato, y puede ser alegada por cualquier persona que tenga interés en ello, e incluso por el Ministerio Público, en el interés de la moral o de la ley, al tenor del artículo 2º de la Ley 50 de 1936.³⁸

³⁵ Manual de Obligaciones, Sexta Edición, de Álvaro Ortiz Monsalve, Editorial Temis, 2015, páginas 160 y 161.

³⁶ **ARTÍCULO 899. NULIDAD ABSOLUTA.** Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

- 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;
- 2) Cuando tenga {causa u objeto ilícitos}, y
- 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

³⁷ **ARTÍCULO 900. ANULABILIDAD.** Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil. Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado.

³⁸ **ARTICULO 1742. OBLIGACION DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA.** Subrogado por el art. 2º, Ley 50 de 1936. El nuevo texto es el siguiente: La nulidad absoluta puede y debe ser



La declaración de nulidad absoluta de un contrato deja sin efectos el acuerdo de voluntades que adoleció de ese vicio, y produce el restablecimiento de las cosas al estado anterior, destruyendo de forma retroactiva el negocio jurídico, dejando de producir los efectos hacia el futuro, y se estima que nunca los produjo. Dicho en otras palabras, la nulidad absoluta ocasiona efectos *ex tunc*.

El Código Civil, en su artículo 1746,³⁹ estatuyó que la declaratoria de nulidad en una sentencia judicial le da a las partes la facultad de que se les restituyan las cosas al mismo estado en que se hubieran encontrado si no hubiese nacido el acto jurídico o contrato nulo, sin perjuicio de lo dispuesto sobre la causa y el objeto ilícito.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento, frente al tema de la nulidad absoluta y relativa, dijo lo 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” (art. 6º, inciso 2º, C.C.), “[n]o podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres” (art. 16, C.C.), no puede ser objeto de “declaración de voluntad”, “un hecho moralmente imposible, entendiéndose por tal el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público” (art. 1518 C.C), “hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el 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

declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

³⁹ **ARTICULO 1746. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD.** La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.



por el vicio del objeto” (artículo 1519 Código Civil), también “en todo contrato prohibido por las leyes” (art. 1523 C.C), “se entiende por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público” (art. 1524 C.C.) y ex artículo 899 del Código de Comercio, “será nulo absolutamente el negocio jurídico cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa”.

La invalidez del negocio jurídico proyectada en la nulidad absoluta y relativa, rectius, anulabilidad, ostenta tipicidad legal rígida (pas de nullité sans texte), presupone texto, norma o precepto legal previo y expreso, al corresponder exclusivamente a la ley establecer su disciplina, causas y efectos; exige declaración judicial previo proceso con comparecencia de los contratantes y sujeción a las garantías constitucionales, en especial, el debido proceso; entraña, la terminación del acto y su restitución al statu quo ante si es total o, sólo de la parte afectada cuando es parcial, como si el negocio jurídico no se hubiere celebrado, excepto aquellos efectos no susceptibles de deshacer por su naturaleza, lógica o consumición o, si afecta el núcleo estructural o existencial del contrato (essentialia negotia); admite saneamiento, ratificación o convalidación, salvo norma legal expresa en contrario; puede oponerse por excepción o ejercerse como acción; la legitimación para incoarla está reservada a la parte o sujeto contractual, pero la absoluta debe declararse ex officio “cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato” y podrá invocarse por todo el que tenga interés en ello, el Ministerio Público o quien “acredite un interés directo para pedir que se declare la nulidad absoluta” (cas. civ. sentencias de 7 de febrero de 2008, exp. 2001-06915-01 y 1º de julio de 2008, ex. 2001-00803-01).”⁴⁰

5. Régimen de las nulidades en los contratos estatales.

Los contratos administrativos también pueden padecer de algún vicio que se configure en una causal de nulidad, como los contratos civiles y mercantiles. Sin embargo, las nulidades en los contratos administrativos han tenido un margen especial, fundamentalmente porque en ellos prima el interés público estatal.

⁴⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicación Nro. 11001-31-03-010-2001-00026-01, MAGISTRADO PONENTE WILLIAM NAMÉN VARGAS.



Esta Subsección se ha referido a la sanción de la nulidad absoluta del contrato estatal de la siguiente forma:

“La nulidad absoluta de los contratos se refiere, entonces, a su pérdida de validez con ocasión de vicios imposibles de sanear, y se constituye en la más grave sanción que se pueda imponer a los negocios jurídicos por cuanto hace desaparecer sus efectos al buscar devolver las cosas al estado en el que se encontraban con anterioridad a la suscripción del contrato.”⁴¹

En ese sentido, el Estatuto General de la Contratación Pública dispuso en su artículo 44, que serán causales de nulidad de los contratos administrativos las contempladas en el derecho común, y las siguientes:

“1o. Se celebren con personas incurras 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.”

Es decir, además de los casos establecidos en el derecho civil y comercial en los que se incurre en causal de nulidad, el legislador prescribió estas otras causales para que un contrato estatal sea declarado nulo, buscando la protección del interés público que se persigue con la contratación que despliega el Estado, principio diferente a aquellos que se observan en el derecho privado.

La Sección Tercera de esta Corporación ha dicho lo siguiente:

“Un negocio jurídico es válido cuando se ajusta al ordenamiento jurídico, y observa en su formación los requisitos previstos en la ley. Sin embargo,

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “C”, Sentencia del 31 de enero de 2011, Radicación Nro. 25000-23-26-000-1995-00867-01, Nro. Interno 17767, CONSEJERA PONENTE OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ.



no toda trasgresión a las normas afecta de nulidad absoluta el contrato, sino aquéllas irregularidades previstas expresamente por el legislador, lo cual constituye una reserva de ley, es decir, que sólo él puede establecer causales que afectan de nulidad absoluta un contrato. Según esta norma, (ley 80 de 1993 art. 44) no todas las causales de nulidad de los contratos estatales están previstas en ella, pues también quedan incorporadas las causales contempladas en el derecho civil y en el comercial, de manera que existen dos fuentes normativas en cuanto a las causales de nulidad de los negocios estatales: i) las del derecho común, y ii) las exclusivas del derecho administrativo. No obstante, todas están recogidas en la norma pública citada. Por tanto, a las causales de nulidad previstas en el artículo 44 de la ley 80, se deben agregar las siguientes del derecho civil (Art. 1740, 1741, 1742), Además, son casuales de nulidad, en el derecho comercial (art 899, 900).”⁴²

En cuanto a la nulidad absoluta, se indicó que esta podrá ser alegada por las partes, por el Agente del Ministerio Público, por cualquier persona y podrá incluso ser declarada de oficio, y se prohíbe la posibilidad de sanearla por ratificación, a la luz del artículo 45 de la Ley 80 de 1993.⁴³

Si bien en la Ley 80 de 1993, no se precisó qué autoridad sería la competente para declarar la nulidad absoluta del contrato estatal, la exégesis a la que debe recurrirse a este vacío normativo, en virtud del artículo 13⁴⁴ *ibídem* es la aplicación de las disposiciones del Código Civil.

Así pues, se debe interpretar el citado artículo 1742 de esta última codificación, según el cual, como se expuso anteriormente, en caso de configurarse una nulidad absoluta, será obligación del juez decretarla, aún sin petición de parte, cuando esta sea manifiesta en el contrato, y que esta podrá

⁴² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia del 22 de marzo de 2007, Radicación Nro. 25000-23-26-000-2000-00107-01, Nro. Interno 28010, CONSEJERO PONENTE ARIEL EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ.

⁴³ **Artículo 45°.- De la Nulidad Absoluta** La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

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

⁴⁴ **Artículo 13°.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales.** Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.



pedirse incluso por el Ministerio Público, como garante de la moral y de la Ley.

La tesis anterior ha sido reiterada por la Jurisprudencia de esta Corporación, y es así como la Subsección “A” de la Sección Tercera de esta Corporación, expuso lo siguiente:

“La ley 80 de 1993, vigente para la época en que fue celebrado el contrato de prestación de servicios 015.56, consagró en el artículo 44 las causales de nulidad absoluta de los contratos del Estado (...) Existen, pues, varios supuestos bajo los que puede válidamente declararse la nulidad absoluta de un contrato; sin embargo, nada se indica allí en relación con la autoridad que resulta ser competente para realizar este tipo de declaraciones. Las normas del Código Civil Colombiano, aplicables a los contratos estatales en virtud del artículo 13 de la misma ley 80 de 1993, señalan claramente a quién se ha deferido la facultad de declarar la nulidad de un acto o contrato. En efecto, el artículo 1742 del Código Civil (subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936), al abordar el tema de la nulidad absoluta de los contratos, prescribe que, en caso de existir nulidad absoluta, ésta “...debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley...” (subrayado y negrilla fuera de texto). Lo anterior, examinado sistemáticamente con las previsiones del estatuto de contratación estatal, conduce a afirmar que dicha facultad se reserva al juez del contrato; no obstante, en relación con algunas de las causales de nulidad absoluta, se ordena a la administración pública declarar la terminación unilateral del contrato y disponer su liquidación, sin que por parte alguna se le habilite para declarar, por sí y ante sí, la nulidad del mismo; en efecto, el artículo 45 de la ley 80 dispone que: (...) Lo anterior resulta suficiente para que se disponga la nulidad del artículo primero del acto administrativo demandado (resolución 011 de 1 de marzo de 1995), por falta de competencia del funcionario para declarar la nulidad absoluta del contrato



de prestación de servicios 015-56, lo que supone la confirmación de la sentencia apelada, en este preciso punto.”⁴⁵

Desde este punto de vista, se concluye que el juez del contrato es el competente para declarar la nulidad absoluta del mismo, y no la entidad contratante, como se podría pensar en un inicio por tener la facultad de terminar el contrato mediante acto administrativo motivado.

De otro lado, se itera que con la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, se dan las restituciones mutuas, como en el derecho civil, y vuelven las cosas al estado anterior de la celebración del acuerdo de voluntades.

6. Acervo probatorio.

Una vez revisado el expediente, se observa que obran en el mismo las siguientes pruebas:

- Copia auténtica del Contrato de Concesión Nro. LIC – 005 de 2000, celebrado entre el Departamento de la Guajira y la Unión Temporal Malla Vial de la Guajira, cuyo objeto fue la adecuación y/o rehabilitación de la red vial secundaria y terciaria del Departamento de la Guajira, su operación y mantenimiento.⁴⁶
- Copia auténtica del Contrato de Consultoría Nro. LIC-SOP – 001 de 2000, celebrado entre el Departamento de la Guajira y Consultores del Desarrollo S.A., cuyo objeto fue la consultoría para la gerencia de proyectos de las obras prioritarias contempladas en el Plan de Desarrollo, a ejecutarse en los años 2000 y 2001 que incluía las labores de estudios y diseños, interventoría y asesoría profesional, técnica y jurídica en los procesos licitatorios.⁴⁷
- Copia auténtica del Contrato de Consultoría Nro. 002 de 2000, celebrado entre el Departamento de la Guajira y Consultores Regionales LTDA, cuyo objeto fue la supervisión del Contrato de Consultoría Nro. LIC-SOP – 001 de 2000.⁴⁸

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “A”, Sentencia del 30 de enero de 2013, Radicación Nro. 25000-23-26-000-1996-02128-01, Nro. Interno 19.083, CONSEJERO PONENTE CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

⁴⁶ Folios 23 a 48 del cuaderno 1 del Tribunal.

⁴⁷ Folios 49 a 65, ib.

⁴⁸ Folios 66 a 74, ib.



- Certificado de existencia y representación de la sociedad Consultores del Desarrollo S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla el veintidós (22) de febrero de dos mil (2000).⁴⁹
- Copia simple del contrato de cesión del dieciocho (18) de agosto de dos mil (2000), acordado entre la sociedad Consultores Regionales LTDA, y el señor Alberto José Alvarado Martínez, en el que la citada sociedad cedió todos los derechos y obligaciones contenidas en el Contrato de Consultoría Nro. 002 de 2000 al contratante.⁵⁰
- Copia simple de la Resolución Nro. 1172 de 2000, proferida el dieciocho (18) de agosto de dos mil (2000) por el Gobernador de la Guajira, en la que autorizó la cesión del Contrato de Consultoría Nro. 002 de 2000, suscrito por Consultores Regionales LTDA, al señor Alberto José Alvarado Martínez.⁵¹
- Copia simple del convenio de Unión Temporal acordado entre Pavimentos Colombia S.A. e Industrias Asfálticas LTDA el tres (3) de abril de dos mil (2000), para responder al llamado de la Licitación Pública Nro. 005 de 2000, apertura ordenada por el Gobernador de la Guajira.⁵²
- Certificado de existencia y representación legal de la sociedad Industrias Asfálticas LTDA, proferido por la Cámara de Comercio de Bogotá, sede norte, el dieciocho (18) de octubre de dos mil (2000).⁵³
- Copia de la Resolución Nro. 022 de 2000, proferida por la Secretaría de Hacienda Departamental, en la cual se aclaró el error aritmético cometido en las Ordenanzas Nro. 034 y 006 de diciembre de 1994 y mayo de 2000, respectivamente.⁵⁴
- Copia del Diario Oficial del viernes veinte (20) de octubre de dos mil (2000), del viernes seis (6) de octubre de dos mil (2000), del miércoles treinta (30) de agosto de dos mil (2000), del jueves tres (3) de agosto de dos mil (2000), del jueves diez (10) de agosto de dos mil (2000), del domingo quince (15) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999), del martes catorce (14) de diciembre de mil novecientos

⁴⁹ Folios 84 a 88, ib.

⁵⁰ Folio 99, ib.

⁵¹ Folio 100, ib.

⁵² Folios 103 a 108 del cuaderno 1 del Tribunal.

⁵³ Folios 114 a 118, ib.

⁵⁴ Folio 132, ib.



noventa y nueve (1999), del viernes dieciocho (18) de febrero de dos mil (2000).⁵⁵

- Certificado de existencia y representación legal de la sociedad Consultores del Desarrollo S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla el doce (12) de julio de dos mil (2000).⁵⁶
- Copia de la Ordenanza Nro. 034 de 1999, proferida por la Asamblea Departamental de la Guajira, mediante la cual se le concedieron facultades al Gobernador del Departamento de la Guajira, para desplegar las actividades necesarias tendientes a la ejecución de obras prioritarias en el Departamento y la concesión de la red vial secundaria con el presupuesto del año 2000 y vigencias futuras.⁵⁷
- Acta Nro. 065 de la Asamblea Departamental de la Guajira, correspondiente a la sesión ordinaria del dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), en la que se aprobaron en tercer debate el proyecto de Ordenanza Nro. 028, y en primer debate los proyectos de Ordenanza Nro. 029 y 030 de 1999.⁵⁸
- Acta Nro. 068 de la Asamblea Departamental de la Guajira, correspondiente a la sesión ordinaria del siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), en la que se debatió el proyecto de Ordenanza Nro. 034 y 035 de 1999.⁵⁹
- Copia del Acta Nro. 069 de 1999 de la Asamblea Departamental de la Guajira, correspondiente a la sesión ordinaria del diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), en la que se aprobaron en tercer debate los proyectos de Ordenanza Nro. 029, 033, 034 y 035 de 1999. El proyecto Nro. 033 “Por medio del cual se conceden facultades al Gobernador del Departamento de la Guajira, para desarrollar las actividades necesarias tendientes a la ejecución de obras prioritarias en el Departamento y la Concesión de la Red Vial secundaria con el presupuesto del año 2000 y vigencias futuras”, fue aprobado con salvamento de voto del Diputado Carlos Palacio Hoyos.⁶⁰

⁵⁵ Folios 134 a 143, ib.

⁵⁶ Folios 144 a 146, ib.

⁵⁷ Folios 203 a 208, ib.

⁵⁸ Folios 209 y 210, ib.

⁵⁹ Folios 209 a 219 del cuaderno 1 del Tribunal.

⁶⁰ Folios 220 a 222, ib.



- Informe técnico rendido por el Ingeniero Civil Carlos Robles Roa, de la Unidad de Construcción de la Universidad Nacional de Colombia.⁶¹
- Copia del estudio realizado por el señor Carlos Robles Roa, Ingeniero Civil designado por el departamento de Ingeniería Civil de la Universidad Nacional de Colombia, sobre las obras contratadas por el Departamento de la Guajira, para la adecuación y/o mantenimiento de la red vial secundaria y terciaria, allegado el diecisiete (17) de septiembre de dos mil uno (2001).⁶²
- Oficio Nro. 2769 radicado por el Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto Nacional de Vías el dieciocho (18) de febrero de dos mil uno (2001), en el que se hizo un informe técnico frente a la estimación de costos de las obras y concesión contratadas, y a la naturaleza del contrato Nro. LIC- 005 de 2000.⁶³
- Memorando Nro. 514-02-00252 emitido el treinta (30) de septiembre de dos mil dos (2000) por la Directora de Fondos de Confinanciación, en el que afirmó que durante las vigencias de 1994 a 1998, no se suscribieron convenios con el Departamento de la Guajira y aportadas a ELECTROGUAJIRA S.A.⁶⁴
- Copia del estudio de conveniencia e inconveniencia de la contratación por el sistema de concesión de la adecuación y/o rehabilitación de la red vial secundaria del Departamento de la Guajira, realizado por la Secretaría de Obras Públicas y Vías del Departamento de la Guajira.⁶⁵
- Pliego de condiciones de la Licitación Pública Nro. LIC – 005 de 2000.⁶⁶
- Adenda Nro. 002, a través de la cual se le hicieron unas aclaraciones y modificaciones a los pliegos de condiciones de la Licitación Pública Nro. 005 de 2000.⁶⁷
- Propuesta de la Unión Temporal Malla Vial de la Guajira presentada en la Licitación Pública Nro. 005 de 2000.⁶⁸
- Propuesta de GERCON LTDA presentada en la Licitación Pública Nro. 005 de 2000.⁶⁹

⁶¹ Folios 238 a 241, ib.

⁶² Folios 293 a 296, ib.

⁶³ Folios 302 a 310, ib.

⁶⁴ Folios 328 y 329 del cuaderno 1 del Tribunal.

⁶⁵ Folios 1 al 20 del cuaderno 2 del Tribunal.

⁶⁶ Folios 21 a 105, ib.

⁶⁷ Folios 103 a 112, ib.

⁶⁸ Cuaderno 3 del Tribunal.



- Revisión del Sistema de Calidad, Código P10.⁷⁰
- Control de los equipos de inspección, medición y ensayo, Código P11.⁷¹
- Manejo, almacenamiento, preservación y entrega, Código P12.⁷²
- Acciones correctivas y preventivas, Código P13.⁷³
- Técnicas estadísticas, Código P14.⁷⁴
- Estado de inspección, Código P15.⁷⁵
- Compras y subcontratos, Código P17.⁷⁶
- Normalización del archivo de calidad, Código IT03.⁷⁷
- Elaboración de planes de calidad, Código IT04.⁷⁸
- Licitaciones, Código ITR01.⁷⁹
- Mantenimiento, maquinaria y equipo.⁸⁰
- Elaboración de subcontratos, Código ITR04.⁸¹
- Registro de calidad (revisión del contrato).⁸²
- Organigramas.⁸³
- Hojas de vida.⁸⁴
- Plan de inspección y pruebas.⁸⁵
- Propuesta de Industrias Asfálticas LTDA presentada en la Licitación Pública Nro. 005 de 2000.⁸⁶
- Pliego de condiciones de la Licitación Pública Nro. 005 de 2000.⁸⁷
- Plan de calidad PL 120-8, versión 8, elaborado por la Unión Temporal Malla Vial de la Guajira, para la adecuación y/o rehabilitación de la red vial secundaria y terciaria del Departamento, su operación y mantenimiento.⁸⁸

69 Cuaderno 4 del Tribunal.

70 Folios 147 a 150 del cuaderno 5 del Tribunal.

71 Folios 151 a 165, ib.

72 Folios 166 a 170, ib.

73 Folios 171 a 178, ib.

74 Folios 179 a 182, ib.

75 Folios 183 a 186, ib.

76 Folios 187 a 206, ib.

77 Folios 207 a 211, ib.

78 Folios 212 a 219, ib.

79 Folios 220 a 228, ib.

80 Folios 229 a 238 del cuaderno 5 del Tribunal.

81 Folios 239 a 251, ib.

82 Folios 253 a 264, ib.

83 Folios 265 y 266, ib.

84 Folios 267 a 281, ib.

85 Folios 282 a 328, ib.

86 Cuaderno 6 del Tribunal.

87 Cuaderno 7 del Tribunal.

88 Cuaderno 8 del Tribunal.



- Plan de calidad, versión Nro. 4 de la gerencia de proyectos de las obras prioritarias contempladas en el plan de desarrollo a ejecutarse en los años 2000 y 2001, que incluía estudios y diseños de interventoría, realizado por Consultores del Desarrollo S.A., correspondiente al Contrato Nro. LIC – SOP 001 de 2000.⁸⁹
- Concurso público 001 de 1999.
- Propuesta técnica para la gerencia de las obras prioritarias contempladas en el plan de desarrollo a ejecutarse en los años 2000 y 2001, que incluye entre otras, estudios y diseños, labores de interventoría y la unidad de manejo para la gestión de la obtención de los recursos, presentada por Hidroestudios S.A. en el concurso público 001 de 1999.⁹⁰
- Informe de evaluación del concurso público Nro. 001 de 1999.⁹¹
- Propuesta económica, presentada por Hidroestudios S.A. en el concurso público 001 de 1999.⁹²
- Concurso público 001 de 1999.⁹³
- Plan de calidad, versión Nro. 003, elaborado por Consultores del Desarrollo S.A., en el Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP 001 de 2000.⁹⁴
- Informe Nro. 002 del Contrato de Supervisión Nro. 002 de 2000, elaborado por Consultores Regionales LTDA.⁹⁵
- Póliza única de seguro de cumplimiento otorgada por Cóndor S.A. cuyo objeto fue la verificación de la ejecución y cumplimiento de las actividades contempladas en el Contrato Nro. 002 de 2000, en el que figuró como tomador Consultores Regionales LTDA, y como asegurado el Departamento de la Guajira.⁹⁶
- Resolución Nro. 373 del 10 de abril de 2000, proferida por el Gobernador del Departamento de la Guajira, por medio de la cual adjudicó el contrato “Supervisión del Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP 001 de 2000.”⁹⁷

89 Cuaderno 9 del Tribunal.

90 Cuaderno 10 del Tribunal.

91 Cuaderno 11 del Tribunal.

92 Cuaderno 12 del Tribunal.

93 Cuaderno 13 del Tribunal.

94 Cuaderno 14 del Tribunal.

95 Folios 267 a 288 del cuaderno 16 del Tribunal.

96 Folio 294, ib.

97 Folios 306 y 307, ib.



- Copia de la propuesta técnica económica presentada por Consultores Regionales LTDA al Gobernador de la Guajira, para participar en el contrato “Supervisión del Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP 001 de 2000.”⁹⁸
- Acta de Acuerdo Nro. 1 del 11 de octubre de 2000 celebrada entre el Departamento de la Guajira, la Unión Temporal Malla Vial de la Guajira y Consultores del Desarrollo S.A., en la que acordaron conceder un plazo adicional de treinta (30) días para la culminación de la etapa estudios de diseños y programación, establecida en la cláusula tercera del Contrato LIC – 005 de 2000, contados a partir del trece (13) de octubre de dos mil (2000).⁹⁹
- Acta de inicio del Contrato de Concesión Nro- LIC – 005 de 2000.¹⁰⁰
- Garantía única de seguro de cumplimiento Nro. 1127043 proferida por CONFIANZA, en la que se amparó el cumplimiento de las obligaciones surgidas en virtud del Contrato de Concesión Nro. LIC – 005 de 2000, y en la que figuró como tomador la Unión Temporal Malla Vial de la Guajira, y como afianzado el Departamento de la Guajira.¹⁰¹
- Póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual Nro. 1127041 expedida por CONFIANZA, en la que se amparó la responsabilidad civil extracontractual imputable al tomador por daños a terceros causados durante la ejecución del Contrato de Concesión Nro. LIC – 005 de 2000, y en la que figuró como tomador la Unión Temporal Malla Vial de la Guajira, y como afianzado el Departamento de la Guajira.¹⁰²
- Resolución Nro. 427 del 28 de abril de 2000, proferida por el Gobernador de la Guajira, a través de la cual adjudicó el Contrato de Concesión relativo a la Licitación Pública Nro. LIC – 005 de 2000 a la Unión Temporal Malla Vial de la Guajira.¹⁰³
- Evaluación técnica y calificación de propuestas dentro de la Licitación Pública Nro. 005 de 2000, elaborada por Consultores del Desarrollo S.A.¹⁰⁴

98 Folios 311 a 320, ib.

99 Folios 330 y 331, ib.

100 Folios 340 a 345, ib.

101 Folio 347 del cuaderno 16 del Tribunal.

102 Folio 355, ib.

103 Folios 395 y 396, ib.

104 Folios 404 a 421, ib.



- Resolución Nro. 364 del 3 de abril de 2000, proferida por el Gobernador de la Guajira, mediante la cual designó como comité evaluador a la firma Consultores del Desarrollo S.A., para que efectuara el estudio jurídico, técnico y económico de las ofertas presentadas en la Licitación Nro. LIC – 005 de 2000.¹⁰⁵
- Acta de cierre y apertura de urnas de la Licitación Pública Nro. LIC – 005 de 2000.¹⁰⁶
- Acta de apertura de la Licitación Pública Nro. LIC – 005 de 2000.¹⁰⁷
- Publicación en el aviso de prensa del Diario Oficial de la Licitación Pública Nro. 005 de 2000.¹⁰⁸
- Resolución Nro. 070 del 31 de enero de 2000, expedida por el Gobernador de la Guajira, en la que ordenó la apertura de la Licitación Pública Nro. 005 de 2000.¹⁰⁹
- Evaluación técnica y calificación de propuestas en la Licitación Pública Nro. 005 de 2000.¹¹⁰
- Presupuesto oficial detallado de la Licitación Pública Nro. 005 de 2000.¹¹¹
- Oficio emitido por el Asesor del Despacho del Gobernador de la Guajira, dirigido al Secretario de Obras Públicas, en el que envió el orden de elegibilidad con una previa evaluación en el contrato de “Supervisión del Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP 001 de 2000”, y recomendó contratar con Consultores Regionales LTDA.¹¹²
- Propuesta técnica económica del señor Álvaro Escorcía Arrieta presentada en el contrato de “Supervisión del Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP 001 de 2000.”¹¹³
- Póliza de seguro de cumplimiento proferida por Seguros del Estado S.A., en la que se aseguró el cumplimiento, buen manejo e inversión del anticipo entregado al contratista, el pago de salarios, prestaciones sociales y demás indemnizaciones a los empleados contratados por el afianzado, referente al Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP 001 de

105 Folio 422, ib.

106 Folios 426 y 427, ib.

107 Folio 455, ib.

108 Folios 459 a 461, ib.

109 Folio 462, ib.

110 Folios 1 a 18 del cuaderno 17 del Tribunal.

111 Folios 19 a 25, ib.

112 Folio 26, ib.

113 Folios 27 a 30, ib.



2000, y en el que figuró como tomador Consultores del Desarrollo S.A., y como beneficiario el Departamento de la Guajira.¹¹⁴

- Otrosí Nro. 1 al Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP 001 de 2000, acordado el dieciséis (16) de marzo de dos mil (2000).¹¹⁵
- Anexos al Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP 001 de 2000.¹¹⁶
- Resolución Nro. 244 del 9 de marzo de 2000, proferida por el Gobernador de la Guajira, en la que adjudicó el Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP 001 de 2000 a Consultores del Desarrollo S.A.¹¹⁷
- Observaciones elevadas tanto por Hidroestudios S.A. como por Consultores del Desarrollo S.A. al Informe de Evaluación del Concurso Público Nro. 001 de 1999.¹¹⁸
- Informe de Evaluación del Concurso Público Nro. 001 de 1999.¹¹⁹
- Acta de cierre y apertura de las urnas de la Licitación Pública Nacional Nro. S.O.O.P.P. 001 de 1999.¹²⁰
- Adenda Nro. 3 al Concurso Público Nro. 001 de 1999.¹²¹
- Resolución Nro. 018 del 21 de enero de 2000, a través de la cual el Gobernador de la Guajira prorrogó el plazo de cierre del Concurso Público 001 de 1999 por un término de cuatro (4) días calendarios.¹²²
- Adenda Nro. 2 al Concurso Público Nro. 001 de 1999.¹²³
- Adenda Nro. 1 al Concurso Público Nro. 001 de 1999.¹²⁴
- Acta de apertura del Concurso Público Nro. 001 de 1999.¹²⁵
- Publicación del Concurso Público Nro. 001 de 1999 en el Diario Oficial de la Gobernación.¹²⁶
- Resolución Nro. 2278 de 1999, mediante la cual el Gobernador de la Guajira ordenó la apertura de la Licitación Pública Nro. 006 de 1999.¹²⁷
- Informe Nro. 03 al Contrato de Supervisión Nro. 002 de 2000.¹²⁸

114 Folio 20, ib.

115 Folios 23 y 24, ib.

116 Folios 25 a 32, ib.

117 Folios 46 y 47, ib.

118 Folios 53 a 68, ib.

119 Folios 91 a 135 del cuaderno 17 del Tribunal.

120 Folios 155 y 156, ib.

121 Folios 162 a 168, ib.

122 Folio 169, ib.

123 Folio 172, ib.

124 Folios 189 a 194, ib.

125 Folio 199, ib.

126 Folios 201 y 202, ib.

127 Folio 213, ib.

128 Folios 223 a 263, ib.



- Plan de calidad, versión Nro. 002, elaborado por Consultores del Desarrollo S.A., en el proyecto objeto del Contrato Nro. LIC – SOP 001 de 2000.¹²⁹
- Orden de elegibilidad con previa evaluación, realizado por el Asesor del Despacho del Gobernador en el contrato “Supervisión del Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP 001 de 2000”, en el que se recomendó contratar con la firma Consultores Regionales LTDA.¹³⁰
- Oficio remitido por el Tesorero General del Departamento de La Guajira del veintiocho (28) de octubre de dos mil quince (2015), afirmando que en los archivos de la Tesorería General se encontraron pagos efectuados a favor del contrato de concesión Nro. Lic. 005 de 2000, en el período comprendido entre el año 2005 hasta el 2015, los cuales soportaba con las copias de los comprobantes de pago.¹³¹

7. Resolución del caso.

Una vez reseñados los elementos materiales probatorios obrantes en el expediente, procederá la Sala a estudiar los cargos elevados por la Nación - Procuraduría General de la Nación contra cada uno de los contratos demandados.

7.1. Contrato de Concesión Nro. LIC – 005 de 2000.

Se itera que este contrato fue el celebrado entre el Departamento de la Guajira y la Unión Temporal Malla Vial de la Guajira, y su objeto fue la adecuación y/o rehabilitación de la red vial secundaria y terciaria del Departamento de la Guajira, su operación y mantenimiento.

7.1.1. Cargo de violación de la Ordenanza Nro. 0034 de diciembre de 1999. (Artículo 300 de la Constitución Política – Artículo 25 numeral 11 de la Ley 80 de 1993).

La Constitución Política de 1991, en el numeral 9º de su artículo 300¹³², le otorgó la facultad a las Asambleas Departamentales de dar autorización al

129 Folios 1 a 26 del cuaderno 18 del Tribunal.

130 Folio 27, ib.

131 Folios 610 a 659 del cuaderno principal.

132 **ARTICULO 300:** Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:

(...)

9. Autorizar al Gobernador del Departamento para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes y ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a las Asambleas Departamentales.



Gobernador del respectivo departamento para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes, entre otras funciones.

En desarrollo del anterior precepto constitucional, el numeral 11 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993¹³³, estatuyó que los gobernadores y los alcaldes, serán autorizados por las asambleas departamentales y los concejos municipales, respectivamente, para celebrar contratos.

Se encuentra en el expediente la Ordenanza Nro. 0034 de 1999, proferida por la Asamblea Departamental del Departamento de la Guajira, mediante la cual se concedió atribuciones al Gobernador del Departamento de la Guajira, para desarrollar las actividades necesarias tendientes a la ejecución de obras prioritarias en el Departamento y la Concesión de la red vial secundaria con el presupuesto del año 2000 y vigencias futuras.

En el artículo 5º, se autorizó al citado funcionario para que entregue en concesión la adecuación y rehabilitación de la red vial secundaria del Departamento, su operación y mantenimiento, en los tramos y kilómetros que a continuación se relacionan:

Dibulla – Cuatro Veredas	4.5 Kilómetros
Matitas – El Ebanal	8.0 Kilómetros
Tomarrazón – Juan y Medio	9.0 Kilómetros
Hatonuevo – El Pozo	2.0 Kilómetros
Fonseca – Conejo – Cañaverales y el Ramal	20.0 Kilómetros
Distracción – Chorreras	6.0 Kilómetros
San Juan del Cesar – La Junta	8.0 Kilómetros
Zambrano – Corral de Piedra	5.0 Kilómetros

133 **Artículo 25º.-** *Del Principio de Economía.* En virtud de este principio:
(...)

11. Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación.

De conformidad con lo previsto en los artículos 300, numeral 9o. y 313, numeral 3o. de la Constitución Política, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales autorizarán a los gobernadores, y alcaldes respectivamente, para la celebración de contratos.



Barrancas – San Pedro	13.0 Kilómetros
Monguí – Cerro Peralta	5.0 Kilómetros
Maicao – Majayura (iniciado por Maicao)	9.5 Kilómetros
Total tramos	90 Kilómetros

Ahora bien, en el Contrato de Concesión Nro. LIC – 005 de 2000, en el numeral 2.1., relativo a la descripción y alcance del proyecto, se plasmó que las obras objeto del contrato se desarrollarán en las siguientes vías:

Fonseca – Conejo – Cañaverales – La vía	29.0 Kilómetros
San Juan – La Junta	16.0 Kilómetros
Matitas – Ebanal	10.0 Kilómetros
Tomarrazón – Juan y Medio	9.0 Kilómetros
Zambrano – Corral de Piedra	7.5 Kilómetros
Distracción – Chorreras	6.0 Kilómetros
Dibulla – Cuatro veredas	4.5 Kilómetros
Camarones – La Boca	4.0 Kilómetros
Hato Nuevo – Pozo	2.5 Kilómetros

De tal manera, advierte la Sala que en el contrato demandado se señalaron varios kilómetros que no fueron autorizados por la Ordenanza Nro. 0034 de 1999.

En efecto, en la citada ordenanza se precisó que en el tramo Matitas – Ebanal, se tendría autorización para dar en concesión 8.0 kilómetros, mientras que en el contrato se indicó que las obras se desarrollarían en 10.0 kilómetros de esa vía.

De igual manera, en el tramo Hato Nuevo – El Pozo, se autorizaron 2.0 kilómetros, y en el contrato se plasmaron 2.5 kilómetros; en el tramo Fonseca – Conejo – Cañaverales – La Vía, 20.0 kilómetros y 29.0 kilómetros; en el tramo San Juan del Cesar – La Junta, 8.0 kilómetros y 16.0 kilómetros; en el



tramo Zambrano – Corral de Piedra, 5.0 kilómetros y 7.5 kilómetros, respectivamente cada uno.

Además, en el negocio jurídico bilateral se incluyó el tramo Camarones – La Boca, en la longitud de 4.0 kilómetros, el cual no había sido autorizado por la ordenanza en mención.

Por lo que se concluye, que en el caso *sub judice*, se estipuló en el pliego de condiciones varios kilómetros y un tramo para dar en concesión que no fueron contemplados en la Ordenanza Nro. 0034 de 1999.

Se tiene de presente que en virtud del artículo 6¹³⁴ de la Constitución Política, los servidores públicos son responsables por la omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones, estableciéndose de esta manera que todo aquello que no esté atribuido al ámbito de sus funciones, les está vedado realizarlo, desprendiéndose una disimilitud con los particulares, los cuales solo responderán ante las autoridades por la infracción a la Constitución y a las leyes, y al tenor del artículo 121 *ibídem*.¹³⁵

De tal manera que, no se comparte el criterio adoptado por el *a quo* en la sentencia de primera instancia, toda vez que el Gobernador estaba autorizado únicamente para dar en concesión las vías y los kilómetros indicados en la ordenanza que le dio esa facultad, y por ser un servidor público, le estaba prohibido extralimitarse en el ejercicio de sus funciones, que en este caso, le fue otorgada por la Asamblea Departamental de la Guajira.

Así las cosas, al extralimitarse el Departamento de la Guajira en el ejercicio de sus funciones en la forma en que se ha expuesto previamente, se concluye, que el Contrato de Concesión Nro. LIC 005 de 2000, tiene objeto ilícito respecto del tramo y de los kilómetros que no fueron autorizados por la Ordenanza Nro. 0034 de 1999, y en consecuencia, está viciado de nulidad absoluta.

¹³⁴ **ARTICULO 6.** Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones

¹³⁵ **ARTICULO 121.** Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.



Esto, en razón a que a los contratos estatales les son aplicadas las causales de nulidad previstas en el derecho común (civil y comercial), y entre estas se encuentra la nulidad absoluta parcial.

7.1.2. Cargo de indebida tipificación del contrato celebrado como contrato de concesión, siendo un contrato de obra a precios unitarios con pago a largo plazo.

La Ley 105 de 1993, en su artículo 30¹³⁶, reguló el contrato de concesión de obra pública, estableciendo que la Nación, los Departamentos, los Municipios y los Distritos, podrán otorgar a los particulares la concesión para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

Una de las principales características del Contrato de Concesión, es que a diferencia de otros contratos administrativos, en este el pago se efectúa con cargo a los ingresos que ocasione la actividad concedida, o es pagado por los usuarios finales del bien o servicio.

Así, en el citado artículo se contempló que las entidades territoriales podrán establecer peajes y/o valorización para recuperar las inversiones, y que esta fórmula estará prevista en el contrato, siendo de obligatorio cumplimiento para las partes.

Las entidades señaladas en la disposición de la referencia tendrán la potestad de aportar partidas del presupuesto para proyectos de

¹³⁶ **Artículo 30º.-** *Del contrato de concesión.* La Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

Para la recuperación de la inversión, la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.

La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la Entidad quien a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable.

En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura Distrital o Municipal de transporte.

Parágrafo 1º.- Los Municipios, los Departamentos, los Distritos y la Nación, podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.

Parágrafo 2º.- Los contratos a que se refiere el inciso 2 del artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que a partir de la promulgación de esa Ley se celebren, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4 del artículo 44 y el inciso 2 del artículo 45 de la citada Ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación.

Parágrafo 3º.- Bajo el esquema de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.



infraestructura, cuando de los estudios realizados se observe que el concesionario no podrá recuperar su inversión en el lapso que se esperaba.

También, se tiene que serán asignados al concesionario en su totalidad los ingresos producidos por la obra dada en concesión, hasta que este obtenga en el término establecido en el contrato, el retorno al capital invertido, recuperando el Estado su inversión con los ingresos provenientes de la actividad cuando haya fenecido el contrato de concesión.

Ahora bien, de la lectura del Contrato de Concesión Nro. LIC – 005 de 2000, se puede establecer, que no se acordó que el plazo de la concesión pudiera reducirse hasta tanto el concesionario recuperara el capital invertido.

En efecto, en la cláusula tercera del mismo, se instituyeron unos plazos, previéndose que la ejecución se iniciaría dentro de los cinco (5) días calendarios ulteriores a la fecha de legalización del mismo, y que el plazo para su ejecución era de doscientos veintiocho (228) meses contados a partir del acta de inicio del contrato, que a su vez debía coincidir con el acta de inicio de los diseños. Igualmente se identificaron las etapas de la ejecución de la concesión, y en el párrafo primero de la citada cláusula, se determinó que la ejecución del contrato podría suspenderse por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, pero no se estableció lo expuesto en el párrafo que antecede.

De esta manera, el Contrato de Concesión Nro. LIC – 005 de 2000, desconoció el párrafo 3º del artículo 30 de la Ley 105 de 1993, por no indicarse la posibilidad de disminución del plazo hasta que la Unión Temporal Malla Vial de la Guajira obtuviera el retorno del capital invertido.

Aunado a lo anterior, en el caso *sub examine*, en la cláusula quinta, alusiva a la forma de pago, se estableció que el mismo sería cancelado por el Departamento de la Guajira, por una parte, con cargo a la totalidad de los derechos provenientes de la sobretasa departamental de la gasolina y ACPM, y si fuese del caso, con cargo a las regalías por la explotación de carbón y gas, en jurisdicción del Departamento de la Guajira, “en cuantía igual a la diferencia que se presente entre el valor efectivamente recaudado por concepto de la sobretasa de gasolina y ACPM y el valor del ingreso garantizado en cada uno de los meses mientras dure la concesión”, y en el



parágrafo 2º se acordó que el Departamento de la Guajira se comprometía a incorporar en cada vigencia presupuestal, durante el plazo de duración del contrato de concesión, las apropiaciones indispensables para el pago de los ingresos garantizados y relacionados más adelante.

Además, en el contrato de la referencia, se indicó en la forma de pago, que respecto del precio total del proyecto, se efectuaría con cargo al compromiso de vigencias futuras de los recursos provenientes de las regalías por explotación del carbón y gas, sobretasa a la gasolina y el A.C.P.M.

Se hace hincapié en que esto desnaturaliza ostensiblemente al Contrato de Concesión, el cual, se itera, fue el autorizado por la Ordenanza Nro. 0034 de 1999 para que el Departamento contratara, en razón a que la remuneración del concesionario no se deriva del adecuado funcionamiento de la obra o servicio, o por el cobro de valorización o de una tasa facturada a los usuarios del servicio, sino que es un valor fijo garantizado por la entidad contratante, el cual se pagará con la totalidad de la sobretasa de la gasolina y ACPM, y si fuere del caso con cargo a las regalías por la explotación de carbón y gas en jurisdicción de todo el departamento, y esta forma de pago es ajena a la concesión, en los términos del citado artículo 30 de la Ley 105 de 1993.

Una de las características del contrato de concesión, es que en el mismo no se realiza el pago con cargo al presupuesto público, sino de cualquiera de las diversas formas que se han expuesto con anterioridad, de lo que se desprende que en el *sub lite*, se determinó una remuneración disímil a la que la ley previó para este contrato típico.

Aún más grave, es el hecho de que se haya acordado como forma de pago del precio total de la concesión, las regalías por la explotación de carbón y gas del Departamento de la Guajira, vulnerando las disposiciones contempladas en la Ley 141 de 1994.

La Carta Política de 1991, en su artículo 332¹³⁷, estableció la génesis de las regalías, basándola en la propiedad que tiene el Estado del subsuelo y de los recursos naturales no renovables.

¹³⁷ **ARTICULO 332.** El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.



En ese sentido, la doctrina ha definido a las regalías como aquellas contraprestaciones económicas que percibe el Estado por la explotación de recursos naturales no renovables sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.¹³⁸

De igual forma han sido clasificadas en directas e indirectas. Las directas eran aquellas que percibían los departamentos y municipios donde se explotaban los recursos naturales no renovables y los puertos marítimos y fluviales por donde se transportaban. Las indirectas, en cambio, son asignadas a través del Fondo Nacional de Regalías como un mecanismo para redistribuir los recursos a los entes territoriales en cuyos territorios no existía alguna explotación de esa riqueza.¹³⁹

El artículo 360 de la Constitución¹⁴⁰, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 005 de 2011, preveía para la fecha de los hechos que la ley se encargaría de determinar las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, así como la participación de las entidades territoriales sobre los derechos de los mismos, y que la explotación de este recurso dará origen a favor del Estado una contraprestación económica a título de regalía.

En el artículo 361¹⁴¹ de la Constitución Política, se precisó, a su turno, que los recursos de las regalías no asignados a los departamentos ni a los municipios serán destinados para la creación del Fondo Nacional de Regalías, cuyos recursos serán consignados a las entidades territoriales en los términos indicados por la Ley. A su vez, esos fondos serán aplicados para promocionar la minería, preservar el medio ambiente y la financiación de los proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de

¹³⁸ Curso de Derecho Administrativo, de Diego Younes Moreno, Novena Edición Actualizada, Editorial TEMIS Obras Jurídicas, Bogotá

¹³⁹ Hacienda Pública, Las Finanzas del Estado, de Alfonso Ortega Cárdenas, Quinta Edición, ECOE Ediciones, Bogotá, 2014, página 56.

¹⁴⁰ **ARTICULO 360.** La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos.

La explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. Los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones

¹⁴¹ **ARTICULO 361.** Con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios, se creará un Fondo Nacional de Regalías cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley. Estos fondos se aplicarán a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales.



desarrollo de los respectivos entes territoriales, desprendiéndose que desde la Carta Magna de 1991, se había estatuido la finalidad de los recursos derivados de las regalías.

Así, el Congreso de la República expidió la Ley 141 de 1994, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Regalías, y en cuyo artículo 13¹⁴², plasmó las generalidades de las mismas, indicando que son producidas por la explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad Estatal y en favor de este, sin perjuicio de cualquier otra contraprestación acordada por los titulares de los aportes mineros.

El artículo 14 *ibídem*, vigente para la fecha de celebración del contrato, por su lado, previó en su literalidad:

“Artículo 14. Utilización por los departamentos de las participaciones establecidas en esta Ley. Los recursos de regalías y compensaciones monetarias distribuidos a los departamentos productores serán destinadas en el cien por ciento (100%) a inversión en proyectos prioritarios contemplados en el plan general de desarrollo del departamento o en los planes de desarrollo de sus municipios.

Mientras las entidades departamentales alcanzan coberturas mínimas en indicadores de mortalidad infantil, cobertura básica de salud y educación, agua potable y alcantarillado, la entidad departamental correspondiente deberá asignar por lo menos el cincuenta por ciento (50%) del total de sus regalías para esos propósitos. En el presupuesto anual se separará claramente los recursos provenientes de las regalías que se destinen a los sectores aquí señalados.

El Gobierno Nacional reglamentará lo referente a cobertura mínima.

Parágrafo 1°. Para los efectos de este artículo, también se tendrá como inversión las transferencias que hagan los departamentos de las participaciones de regalías y compensaciones en favor de los Consejos

¹⁴² **Artículo 13.** Generalidad de las regalías. Toda explotación de recursos naturales no renovables de propiedad del Estado genera regalías a favor de éste, sin perjuicio de cualquiera otra contraprestación que se pacte por parte de los titulares de aportes mineros. Podrán ser titulares de aportes mineros los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales o sometidas a este régimen, del orden nacional, vinculadas o adscritas al Ministerio de Minas y Energía. Estas podrán ejecutar dichas actividades y todas aquellas relacionadas, directamente o por medio de contratos con otras entidades públicas o con particulares en los términos, condiciones y con los requisitos que al respecto señalen las normas legales vigentes de minas y de petróleos.



Regionales de Planificación Económica y Social, Corpes, o de la entidad que lo sustituya, y de los Fondos de Inversión Regional, FIR.

Parágrafo 2°. *Continuarán vigentes todas las cesiones de participaciones a las entidades públicas que con arreglo a leyes, decretos y convenios anteriores, hubieren efectuado los departamentos y municipios.”*

De la lectura del anterior precepto legal, se dilucida que los recursos provenientes de las regalías distribuidos a los departamentos productores, tendrán como destinación en su totalidad la inversión en proyectos de prioridad contemplados en el plan general de desarrollo del respectivo departamento o de sus municipios, y en caso que las entidades departamentales logren las mínimas coberturas de mortalidad infantil, cobertura básica de salud y educación, alcantarillado y agua potable, el cincuenta (50%) de las regalías deberán asignarse a esos fines.

La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en concepto emitido en el 2006, se pronunció al respecto frente al destino de las regalías:

“Las regalías son ingresos públicos y si bien la Corte Constitucional señaló en una ocasión (Sentencia C-541/99), que su naturaleza no es tributaria, pues no son producto del poder impositivo del Estado, sino que consisten en una contraprestación a cargo de quien explota un recurso, en otra oportunidad, la Corte sostuvo que las regalías constituyen un recurso tributario del Estado del orden nacional que éste deriva por su condición de propietario del subsuelo y en general de los recursos no renovables, cuyo pago está a cargo de las personas a quienes se otorga el derecho a explorar o explotar tales recursos” (Sentencia C-722/99).

Son rentas del Estado y como ha dicho la misma Corte, en la sentencia C-251 de 2003: “El artículo 332 superior establece que ‘el Estado es propietario de... los recursos naturales no renovables’. Esta expresión, y en particular la palabra ‘Estado’ contenida en ella, puede ser interpretada de maneras diferentes. Por ejemplo, es posible concluir que dicha norma se refiere exclusivamente a las entidades territoriales, o por el contrario, que es atinente únicamente a las autoridades del nivel central. Esta cuestión, ya ha sido resuelta por la Corte Constitucional, quien en su jurisprudencia ha establecido que el artículo 332 se refiere al Estado



como a un “ente que representa a todos los colombianos y a los distintos niveles territoriales”.

Así las cosas, la Corte ha precisado, mediante la sentencia C-128 de 1998, que “las regalías tienen dos destinaciones: la Nación y las entidades territoriales: las de las entidades territoriales, a su vez, provienen de dos vías: directamente y a través del Fondo' Nacional de Regalías (art. 361)”.

Los beneficiarios de las regalías son:

- 1) Los departamentos y municipios productores, esto es, aquellos en cuyo territorio se realicen las explotaciones de recursos naturales no renovables.*
- 2) Los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten los recursos o sus derivados.*
- 3) El Fondo Nacional de Regalías, conformado con las regalías no asignadas a los departamentos y municipios productores, y municipios portuarios, el cual redistribuirá sus ingresos entre las entidades territoriales, para la promoción de la minería, la preservación del ambiente y la financiación de proyectos regionales de inversión.*

Las destinaciones de las regalías recibidas por las entidades beneficiarias, los porcentajes para determinar su cuantía, aplicables sobre el valor de la producción en boca o borde de mina o pozo, según los diferentes minerales o volúmenes de producción de hidrocarburos, y los porcentajes de distribución entre las mencionadas entidades, de acuerdo con la clase de mineral, se encuentran detallados en la ley 141 de 1994, modificada por la ley 756 de 2002.”¹⁴³

En ese sentido, no comparte la Sala la posición del *a quo*, el cual adujo que en los términos del numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en el contrato de concesión se puede pactar como remuneración cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden, y que en

¹⁴³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto del 15 de junio de 2006, Radicación Nro. 11001-03-06-000-2006-00055-00, Nro. Interno 1750, CONSEJERO PONENTE GUSTAVO APONTE SANTOS.



consecuencia la norma legal autorizó la forma de remuneración lograda por los contratantes.

Si bien es cierto que la norma en cita indicó que en el contrato de concesión se podrá acordar como remuneración cualquier forma de contraprestación, el mencionado artículo 14 de la Ley 141 de 1994, estableció la destinación de los recursos producidos por las regalías.

Bajo este entendido, se colige que a pesar de que el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 faculta a las partes contratantes en una concesión de acordar cualquier modalidad de contraprestación para el concesionario, esto no obsta para que la entidad contratante, como en este caso, el Departamento de la Guajira, desconozca las normas alusivas a la utilización de las regalías, y tergiverse la destinación de los recursos provenientes de estas, empleándolas para la forma de pago al contratista sin ninguna clase de riesgo, en un contrato de concesión de una obra pública, que a su vez, tiene previsto por la Ley su forma de remuneración.

Esta vulneración del artículo 14 de la Ley 141 de 1994 en el *sub lite*, atenta de manera abierta contra el orden público, en razón a que destina los recursos públicos derivados de las regalías por la explotación del carbón y gas de todo el Departamento de la Guajira, sin establecerse qué porcentaje se va a utilizar, para garantizar en cada vigencia presupuestal la remuneración del concesionario, cuando es bien sabido que estos recursos deben ser invertidos en proyectos prioritarios previstos en el plan general de desarrollo del respectivo Departamento o de sus municipios.

Además, es bien sabido, y es un hecho notorio, que el Departamento de la Guajira atraviesa por diversos problemas, consistentes en la escasez de agua potable y en la poca calidad del saneamiento básico, de lo que se deriva que permitir una situación como la presente, sería someter a los habitantes de este departamento a quedar privados de mejorar su calidad de vida y de acceder al bienestar general como uno de las finalidades del Estado¹⁴⁴, tal como lo sostuvo el Ministerio Público en su recurso de

¹⁴⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, ARTÍCULO 2.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la



apelación, y de esta forma se estaría desconociendo el principio constitucional de la prevalencia del interés general sobre el particular, plasmado en la Carta Política de 1991 en su artículo 1º.¹⁴⁵

Como corolario de lo anterior, se observa que dicha ilegalidad se constituyó inclusive desde la Ordenanza Nro. 0034 de 1999, proferida por la Asamblea Departamental de la Guajira, al disponer textualmente en su artículo 1º: “Facúltese al señor Gobernador del Departamento de la Guajira, por el termino (sic) de seis (06) meses para realizar los trámites (sic) indispensables y comprometer las vigencias futuras que sean necesarias de los recursos provenientes de las regalías por explotación del carbón y gas, sobretasa a la gasolina y el A.C.P.M, y demás fuentes de financiación necesarias para la realización de las “OBRAS PRIORITARIAS EN EL DEPARTAMENTO Y LA CONCESIÓN DE LA RED VIAL SECUNDARIA (subrayado fuera de texto)”

Es decir, la propia Ordenanza que le da la prerrogativa al Gobernador de la Guajira para contratar vulnera directamente el mencionado artículo 14 de la Ley 141 de 1994. Sin embargo, se advierte, que uno de los Diputados de la Asamblea Departamental de la Guajira salvó el voto en el Acta de aprobación de dicha ordenanza.

De conformidad con lo anterior, la Sala de Subsección al valorar todo el material probatorio traído al proceso, concluye que en el presente caso se presentó un objeto ilícito en el Contrato de Concesión Nro. LIC – 005 de 2000, así como también se celebró en contra de expresa prohibición legal, según lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por lo que el mismo está viciado de nulidad absoluta.

Además, en este cargo adujo la Procuraduría General de la Nación como parte actora que la remuneración pactada en el Contrato de Concesión Nro. LIC – 005 de 2000 resultaría excesiva y perjudicial para el Departamento.

independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

¹⁴⁵ **ARTICULO 1.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.



En efecto, en la cláusula cuarta del mismo, referente al valor estimado del contrato, se pactó que el valor del contrato era indeterminado, y en el párrafo se dispuso que *“los valores estimados para las actividades principales que se desarrollaran (sic) como contratos accesorios a éste contrato principal durante el período de la concesión se pueden dividir así: precio de Elaboración de Estudios y diseños: \$1.328.890.625, precio de rehabilitación: \$21.422.998.081, precio del control de calidad: \$225.505.243, mantenimiento y conservación \$9.382.780.000, interventoría \$2.818.815.546, costos ambientales \$879.800.000, gastos generales de operación \$9.277.320.000, De acuerdo con los valores presentados en la propuesta del CONCESIONARIO en valores a pesos constantes del mes de marzo del año 2000.”*

En la cláusula séptima, a su turno, se estipuló frente a la interventoría que *“La coordinación y vigilancia de la ejecución y cumplimiento del contrato será ejercida por el interventor, quien representará al DEPARTAMENTO ante el CONCESIONARIO. EL DEPARTAMENTO proporcionará al CONCESIONARIO una copia de todas las funciones, facultades y autorizaciones establecidas al efecto y una copia de todas las funciones, facultades y autorizaciones establecidas al efecto y una copia del contrato de interventoría. El interventor está autorizado para impartir instrucciones al CONCESIONARIO sobre asuntos de responsabilidad de este, exigirle la información que considere necesaria y el CONCESIONARIO esta (sic) obligado a suministrársela dentro de los quince (15) días calendarios siguientes contados a partir de la fecha de solicitud. Son deberes del Interventor asegurar el control técnico de la obra y las demás obligaciones derivadas de este contrato. El interventor no tendrá autorización para exonerar al CONCESIONARIO de ninguna de sus obligaciones o deberes contractuales. Todas las instrucciones o comunicaciones del Interventor, serán expedidas o ratificadas por escrito. Todos los estudios y diseños que está obligado a ejecutar el CONCESIONARIO o las modificaciones que se propongan durante la ejecución de la obra deberán ser aprobados por escrito previamente por el DEPARTAMENTO, con el concepto del interventor.”*

En los términos acordados en el contrato demandado, se vislumbra que dentro del valor del mismo se incluyó el precio de la interventoría, cuando



este contrato es independiente del negocio jurídico bilateral al cual le realiza una función de verificación y control de su ejecución.

Las características del contrato de interventoría fueron desarrolladas por la Subsección “B” de la Sección Tercera de esta Corporación, en reciente pronunciamiento, así:

“El interventor adelanta, básicamente, una función de verificación y control de la ejecución contractual, pero no le compete introducir modificación alguna en los términos del negocio jurídico sobre el cual recae su función, puesto que esa es materia del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista. Es por ello que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que “Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente”, que “Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias” y además, que “ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”, es decir que el negocio jurídico sobre el cual ejercerá vigilancia, constituye el marco dentro del cual la misma debe llevarse a cabo. Al respecto, a pesar de ser posterior a la celebración del contrato objeto de la presente controversia, resulta ilustrativo observar cómo en razón de la naturaleza de las funciones que desarrollan, el artículo 53 del código único disciplinario – Ley 734 de 2002- estableció que se hallan sujetos al régimen disciplinario especial contenido en el Libro III de dicha ley, los particulares “que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales”, disposición que la Corte Constitucional declaró exequible (...) la función del interventor es de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato y no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial.”¹⁴⁶

Desde este punto de vista, al identificarse el objeto de un Contrato de Interventoría, no concibe esta Sala la posibilidad de establecerse dentro del

¹⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “B”, Sentencia del 28 de febrero de 2013, Radicación Nro. 25000-23-26-000-2001-02118-01, Nro. Interno 25199, CONSEJERO PONENTE DANILO ROJAS BETANCOURTH.



valor de un Contrato de Concesión, el precio del Contrato de Interventoría de esa relación contractual, en razón a que es el interventor quien va a desarrollar la vigilancia y control de la ejecución del objeto de la concesión.

7.1.3. Cargo de falta de publicidad de la Licitación Nro. LIC – 005 de 2000.

Frente a este punto, se resalta que en la sentencia de primera instancia, uno de los Magistrados de la Sala de Decisión salvó el voto frente al fallo, por considerar que en *sub judice* al incluirse su inclusión en el Diario Oficial, el cual es de circulación restringida y tardía, careció en su etapa previa de publicidad.

El numeral 3⁰¹⁴⁷ del artículo 30 del Estatuto General de Contratación Pública, disposición vigente para la época de los hechos concretó la aplicación del principio de publicidad en los procesos de selección de contratistas referentes a contratos de licitación pública, indicando entre otros preceptos, que los avisos se publicarán en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad, o si estos faltaren, en medios de comunicación social que tengan idéntica difusión.

En el proceso de la referencia, se observan tres publicaciones de avisos de prensa de la Licitación Pública Nro. 005 de 2000 en el despacho del Gobernador, en el cuaderno 16 del Tribunal.

Sin embargo, esta situación se estima que no es suficiente para dar plena aplicación al principio de publicidad, propio del derecho administrativo y de la actividad contractual, en virtud del cual las personas tendrán la prerrogativa de conocer todas las actuaciones de la administración.

¹⁴⁷ **Artículo 30º.** De la Estructura de los Procedimientos de Selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:

(...)

30. Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad, o a falta de estos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.

En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberán incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.

Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso.



De igual manera, se advierte que en el acta de cierre y apertura de urnas de la Licitación Pública Nro. 005 de 2000, solo participaron como proponentes la sociedad GERCON LTDA y la Unión Temporal Malla Vial de la Guajira, es decir, hubo únicamente dos propuestas para la licitación pública en todo el Departamento para el contrato de concesión.

En la contestación de la demanda, Consultores del Desarrollo S.A., esgrimió que para la fecha de publicación de los avisos en el Diario Oficial estaba vigente el Decreto 1122 del 26 de junio de 1999, el cual, en su artículo 21 contempló que las entidades públicas solamente anunciarán la apertura de procesos de contratación administrativa mediante su publicación en el Diario Oficial, prescindiendo de cualquier otro medio editorial.

Efectivamente, la disposición traída a colación por el apoderado de la entidad contratista plasmaba:

“Artículo 21. Publicidad de licitaciones públicas

Las entidades pertenecientes a la Administración Pública únicamente anunciarán la apertura de procesos de contratación administrativa a través de su publicación en el Diario Oficial con prescindencia de cualquier otro medio de carácter editorial. Lo anterior sin perjuicio de las publicaciones que, sin causar erogación alguna al erario público, realicen los particulares para asegurar la amplia difusión de la información referida.”

Empero, esta Subsección hace un especial énfasis en que no solo esta disposición, sino todo el Decreto 1122 del 26 de junio de 1999, fueron declarados inexecutable por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia C/923 del 18 de noviembre de 1999, a partir de la fecha de su promulgación.

Para hacer un recuento histórico, se indica que el Congreso de la República profirió la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998, mediante el cual se dictaron normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades de orden nacional y se previeron otras disposiciones. En el artículo 120 *ejusdem*, se le



otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República, en los términos del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política.¹⁴⁸

Este artículo dispuso:

“Artículo 120°.- *Facultades Extraordinarias. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que en el término de seis meses, contados a partir de la fecha de la publicación de la presente Ley, expida normas con fuerza de ley para:*

1. Suprimir, fusionar, reestructurar o transformar entidades, organismos y dependencias de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, esto es, consejos superiores, comisiones de regulación, juntas y comités; ministerios y departamentos administrativos; superintendencias; establecimientos públicos; empresas industriales y comerciales del Estado; unidades administrativas especiales; empresas sociales del Estado; empresas estatales prestadoras de servicios públicos; institutos científicos y tecnológicos; entidades de naturaleza única y las demás entidades y organismos administrativos del orden nacional que hayan sido creados o autorizados por la ley.

2. Disponer la fusión, escisión o disolución y consiguiente liquidación de sociedades entre entidades públicas, de sociedades de economía mixta, de sociedades descentralizadas indirectas y de asociaciones de entidades públicas, en las cuales exista participación de entidades públicas del orden nacional.

3. Dictar el régimen para la liquidación y disolución de entidades públicas del orden nacional.

¹⁴⁸ **ARTICULO 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.



4. *Suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública.*

5. *Revisar y ajustar las normas del servicio exterior y la carrera diplomática.*

6. *Modificar la estructura de la Contraloría General de la República, determinar la organización y funcionamiento de su auditoría externa; suprimir, fusionar, reestructurar, transformar o liquidar el Fondo de Bienestar Social de que trata la Ley 106 de 1993, determinar el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleados de la Contraloría General de la República, pudiendo crear, suprimir o fusionar empleos y prever las normas que deben observarse para el efecto; y dictar las normas sobre la Carrera Administrativa Especial de que trata el ordinal 10 del artículo 268 de la Constitución Política y establecer todas las características que sean competencia de la ley referentes a su régimen personal.*

7. *Modificar la estructura de la Fiscalía General de la Nación y de la Procuraduría General de la Nación; determinar el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de sus servidores públicos, crear, suprimir y fusionar empleos en dichas entidades; modificar el régimen de competencias interno y modificar el régimen de Carrera Administrativa previsto para los servidores de tales entidades.*

Parágrafo 1º.- *Las facultades extraordinarias conferidas por el presente artículo, se ejercitarán por el Gobierno con el propósito de racionalizar el aparato estatal, garantizar la eficiencia y la eficacia de la función administrativa y reducir el gasto público.*

Parágrafo 2º.- *El acto que ordene la fusión, supresión o disolución y liquidación, dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades fusionados, suprimidos o disueltos, la titularidad y destinación de bienes o rentas, y la forma en que se continuarán ejerciendo los derechos, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia contenidas en la Ley 443 de 1998, la situación de los servidores públicos vinculados a ella.*



Parágrafo 3º.- *En ejercicio de las facultades conferidas por el presente artículo, el Presidente de la República no podrá modificar códigos, leyes estatutarias, orgánicas y aquéllas de que trate el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política.*

Igualmente, en ejercicio de estas facultades, el Presidente de la República no podrá fusionar o suprimir entidades u organismos creados o previstos en la Constitución Política.

Así mismo, salvo lo previsto en los numerales 6 y 7, el ejercicio de las facultades que se confieren en el presente artículo, no incluye los órganos, dependencias o entidades a las cuales la Constitución Política le reconoce un régimen de autonomía.

Parágrafo 4º.- *Las facultades de que tratan los numerales 6 y 7 del presente artículo serán ejercidas una vez oído el concepto del Contralor General de la República, del Fiscal General de la Nación y del Procurador General de la Nación, en lo relativo a sus respectivas entidades.*

Parágrafo 5º.- *Por virtud de las facultades contenidas en el presente artículo el Gobierno no podrá crear ninguna nueva entidad u organismo público de orden nacional. En tal sentido se considera que se crea una entidad nueva cuando quiera que la resultante del ejercicio de las facultades persiga objetivos esencialmente distintos de aquellos originalmente determinados por el legislador para la entidad o entidades respectivas.”*

En virtud del anterior precepto legal, el Presidente de la República expidió el citado Decreto 1122 de 1999, el cual estableció la disposición aludida por la entidad contratista.

El artículo 120 de la Ley 489 de 1998 fue objeto de una demanda por inconstitucionalidad, al igual que los artículos 160 a 166 del Decreto 1122 de 1999, los cuales regulaban el registro de instrumentos públicos y la función de notariado.



El órgano de cierre de la jurisdicción constitucional profirió la sentencia C – 702/99, en cuyo numeral noveno declaró inexecutable el artículo demandado de la Ley 489 de 1998.

De ahí que, al momento de decidir sobre la exequibilidad de los artículos demandados del Decreto 1122 de 1999, la Corte Constitucional en su Sala Plena, aplicó la figura jurídica de la inconstitucionalidad consecuencial, para declarar la inexecutable de la totalidad de la norma.

En efecto, dicha sentencia plasmó:

“La Corte de manera general ha señalado que se configura una "inconstitucionalidad consecuencial" cuando en los casos de decretos con fuerza de ley, derivados ya sea de la declaratoria del estado de emergencia o del ejercicio de facultades extraordinarias, ha recaído un pronunciamiento de inconstitucionalidad sobre el decreto que declara el estado de emergencia o sobre la norma legal de autorizaciones extraordinarias. De manera específica también la Corte se ha pronunciado sobre decretos expedidos en uso de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el artículo 120 de la ley 489 de 1998 y ha dado aplicación a la figura de la inconstitucionalidad consecuencial al declarar la inexecutable de los Decretos 110 de 1999 y 1155 de 1999, expedidos con base en las mismas facultades, en las Sentencias C-845 de 1999 y C-870A de 1999, respectivamente.

(...)

Si bien es cierto que en el presente proceso la acción se encaminó contra algunas disposiciones y no contra la totalidad del Decreto 1122, la Corte habrá de conformar la unidad normativa y declarar la inexecutable de todo el Decreto siguiendo la orientación que sobre el particular ha adoptado esta Corporación.

Al respecto, en la reciente decisión sobre las normas del Decreto 1155 de 1999, expedido, precisamente, con fundamento en las mismas facultades extraordinarias que aquí se analizan, también precisó la Corte:



"Esta Corporación considera que esa declaración de inexecutable debe proyectarse sobre todo el decreto 1155 de 1999, del cual forma parte la norma acusada, en virtud de la figura de la unidad normativa, prevista por el artículo 6º del decreto 2067 de 1991. Así, es cierto que, como lo ha señalado insistentemente esta Corte, esta figura es de operancia excepcional, ya que a esta Corporación no le corresponde revisar oficiosamente la constitucionalidad de todo el ordenamiento legal sino únicamente analizar aquellas disposiciones demandadas por los ciudadanos (CP art. 241). Sin embargo, en el presente caso, la unidad normativa es evidente, pues todo el decreto 1155 de 1999 se encuentra afectado por exactamente el mismo vicio que el artículo 89 acusado, a saber, que carece de todo fundamento jurídico debido a la declaración de inexecutable del artículo 120 de la Ley 489 de 1998 por la sentencia C-702 de 1999.

(...)

*En tales circunstancias, si es obvio que a partir de la notificación de la sentencia C-702 de 1999, los decretos leyes expedidos con base en el artículo 120 de la Ley 489 de 1998, son inaplicables, por ser manifiestamente inconstitucionales (CP art. 4º), no tendría ningún sentido jurídico que se mantuvieran formalmente en el ordenamiento los artículos no acusados del decreto (sic) 1155 de 1999, por no haber sido expresamente acusados, cuando es obvio que, de manera protuberante, carecen de toda eficacia jurídica, por cuanto ha desaparecido del ordenamiento la norma que les servía de base. "*¹⁴⁹

Bajo el anterior recuento jurisprudencial, se dilucida que con fundamento en la inconstitucionalidad consecucional, desaparecen del mundo jurídico no solo los artículos del Decreto 1155 de 1999 demandados, sino que en el ordenamiento pierden totalmente su eficacia las demás disposiciones contenidas en dicha norma, en virtud de la figura de la unidad normativa, toda vez que el artículo de la Ley que le había otorgado facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Decreto de la referencia, era contraria a la Constitución Política, y así fue declarado mediante sentencia de

¹⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA, C.923/99, Sentencia del 18 de noviembre de 1999, MAGISTRADO PONENTE ALVARO TAFUR GALVIS.



constitucionalidad de la Corte Constitucional, y en consecuencia, fenece la piedra angular de dicha normatividad.

En ese sentido, se advierte que el Decreto 1155 de 1999 perdió sus efectos jurídicos desde la fecha misma de su promulgación, por lo que no pudo vincular a ningún sujeto de derechos.

Analizado lo anterior, no son de recibo los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda, en razón a que dicha disposición normativa nunca produjo efectos jurídicos por los efectos de su inexecutable declarada por la Corte Constitucional, y en consecuencia, nunca fue obligación el anuncio de la apertura de los procesos de contratación pública de manera exclusiva en el Diario Oficial de la respectiva entidad.

Por otro lado, el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, había estatuido, como se señaló anteriormente, la obligación anterior a la apertura de la licitación, de publicar avisos en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad contratante, de acuerdo a la exigencia de la naturaleza, cuantía y objeto del contrato, y en su defecto, en otros medios de comunicación social de la misma difusión.

Aunado a lo anterior, el artículo 95 del Decreto 2150 de 1995¹⁵⁰, estableció cuáles documentos serían únicamente publicados en el Diario Oficial, excluyendo de los mismos los avisos de las licitaciones públicas.

¹⁵⁰ **Artículo 95º.-** *Publicaciones en el Diario Oficial.* A partir de la vigencia del presente Decreto, sólo se publicarán en el Diario Oficial, los siguientes documentos públicos:

- a) Los actos legislativos y los proyectos de reforma constitucional aprobados en primera vuelta;
- b) Las leyes y los proyectos de Ley objetados por el Gobierno;
- c) Los Decretos y resoluciones ejecutivas expedidos por el Gobierno Nacional, cuya vigencia se determinará en el mismo acto de su expedición, y los demás actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades u órganos del orden Nacional, cualquiera que sean las ramas u organizaciones a las que pertenezcan;
- d) Los actos de disposición, enajenación, uso o concesión de bienes Nacionales;
- e) La parte resolutoria de los actos administrativos que afecten de forma directa o inmediata, a terceros que no hayan intervenido en una actuación administrativa, a menos que se disponga su publicación en otro medio oficial destinado para estos efectos o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones;
- f) Las decisiones de los organismos Internacionales a los cuáles pertenezca la República de Colombia y que conforme a las normas de los correspondientes tratados o convenios constitutivos, deban ser publicados en el Diario Oficial.

Parágrafo.- Los actos administrativos de carácter particular y concreto surtirán sus efectos a partir de su notificación y no será necesaria su publicación.



En ese orden de ideas, se colige que en el caso *sub judice* se perpetró de forma aberrante el principio de publicidad, ya que la misma Ley 80 exigió que los avisos de las licitaciones debían publicarse en diarios de amplia circulación, atendiendo la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, siendo que estos aspectos en la Concesión Nro. LIC 005 de 2000 tenían una especial importancia, a la cual se debió por parte de la entidad contratante publicar los avisos en los medios de comunicación de mayor cobertura en el Departamento de la Guajira, tales como en El Tiempo, El Espectador, El Pílon, El Heraldito, etc., y no solamente en el Diario Oficial del concedente, advirtiéndose además que esto último fue prohibido por el artículo 95 previamente mencionado.

Con fundamento en la violación a este cargo, también la Sala ha de declarar la nulidad absoluta de Contrato de Concesión Nro. LIC 005 de 2000.

7.1.4. Cargo de falta de relación entre el presupuesto oficial del contrato, el valor de la propuesta del contratista, el valor del contrato y la remuneración asegurada del contratista.

Revisado el expediente, la Sala no encuentra en el acervo probatorio el pliego de condiciones del Contrato de Concesión Nro. LIC – 005 de 2000, para efectos de determinar la prosperidad de este cargo.

En ese sentido, y comoquiera que se han probado los otros cargos elevados por la Nación – Procuraduría General de la Nación en el libelo introductorio, se declarará la nulidad absoluta del negocio jurídico bilateral de marras.

7.1.5. Cargo relativo a las pólizas del contrato o garantía única.

Resalta la Subsección que en el recurso de apelación impetrado por la Nación – Procuraduría General de la Nación como demandante y por el Agente del Ministerio Público no se hizo alusión a dicho cargo, ergo, al no ser objeto de la alzada, la Sala se abstendrá de realizar un pronunciamiento acerca del mismo.

7.2. Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP 01 de 2000.

Se resalta que este negocio jurídico bilateral fue celebrado por el Departamento de la Guajira con Consultores del Desarrollo S.A., y su objeto fue la consultoría para la gerencia de proyectos de las obras prioritarias contempladas en el Plan de Desarrollo, a ejecutarse en los años 2000 y 2001



que incluye las labores de Estudios y Diseños, Interventoría y Asesoría Profesional, Técnica y Jurídica en los Procesos Licitatorios.

7.2.1. Cargo de Violación de la Ordenanza Nro. 0034 de diciembre de 1999. (Artículo 300 Numeral 9 de la Constitución Política – Artículo 25 Numeral 11 de la Ley 80 de 1993).

En el escrito del libelo genitor, adujo la Procuraduría General de la Nación que en el proceso de selección, en el pliego de condiciones, y en el Contrato en mención, se había desconocido el tope presupuestal autorizado en la Ordenanza Nro. 0034 de 1999, el cual fue de doscientos (200), cifra dada en miles de pesos, por tanto en el aviso único de prensa publicado en el Diario Oficial y en el pliego de condiciones, se determinó como presupuesto oficial estimado la suma de dos mil cincuenta millones de pesos (\$2.050.000.000).

Además, indicó que en la cláusula segunda del contrato se estimó el valor en mil setecientos veinte millones cuatrocientos sesenta y un mil ochocientos ochenta y seis pesos (\$1.720.461.886).

En la Ordenanza Nro. 0034 de 1999, se observa en su artículo 4.1.1., alusivo a la autorización que se le dio al Gobernador de la Guajira para contratar con vigencia futura la ejecución de las obras de gerencia de proyectos, por la cifra de doscientos mil pesos (\$200.000), advirtiéndose que se había determinado que las cifras de la inversión se dieron en miles de pesos.

Sin embargo, en la Resolución Nro. 022 del 2 de junio de 2000, proferida por la Secretaría de Hacienda Departamental de la Guajira, se corrigió el anterior error aritmético, en el sentido de definir para los efectos de la Ordenanza 0034 de 1999, las expresiones “Deberán entenderse y así se aclara por TOTAL INVERSIÓN (CIFRAS DADAS EN MILLONES DE PESOS)”.

La anterior corrección fue realizada de conformidad a lo previsto por el artículo 37 de la Ley 547 de 1999¹⁵¹, en la cual se indicó el procedimiento para enmendar los yerros aritméticos o de transcripción, en cada una de las

151 **ARTICULO 37.** El Ministerio de Hacienda y Crédito Público -Dirección General del Presupuesto Público Nacional- de oficio o a petición del Jefe del órgano respectivo, hará por resolución las aclaraciones y correcciones de leyenda necesarias para enmendar los errores de transcripción y aritméticos que figuren en el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal del 2000.



leyes anuales del presupuesto, y en los términos del artículo 34 del Decreto 2112 de 1992¹⁵², que le otorgó la facultad a dicho funcionario.

152 ARTÍCULO 34. Corresponde al Director General del Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el ejercicio de las siguientes funciones:

- a. Asesorar al Ministro de Hacienda y Crédito Público en la formulación de las políticas fiscal presupuestal;
- b. Coordinar la preparación, conjuntamente con el Departamento Nacional de Planeación, del Plan Financiero y presentarlo a consideración del Consejo Superior de Política Fiscal -CONFIS;
- c. Dirigir la elaboración del Proyecto de Presupuesto General de la Nación que será presentado al Congreso de la República, y el proyecto de presupuesto de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y el de las entidades privadas que administren fondos públicos del orden nacional, que será presentado a consideración del Consejo Superior de Política Fiscal -CONFIS;
- d. Asesorar las respectivas comisiones constitucionales permanentes del Congreso en el estudio de los proyectos de presupuesto;
- e. Dirigir la elaboración de los proyectos de decreto de liquidación o repetición del presupuesto, según sea el caso, y la aprobación de los traslados y distribuciones presupuestales que los afecten;
- f. Ejercer la secretaría ejecutiva del Consejo Superior de Política Fiscal -CONFIS- y en tal calidad velar porque se cumplan sus órdenes;
- g. Presentar al Consejo Superior de Política Fiscal -CONFIS-, los informes y evaluaciones que este organismo requiera respecto del Sistema Presupuestal;
- h. Emitir conceptos sobre las solicitudes de nuevos gastos, de aumento en las apropiaciones existentes y de modificación en los ingresos presupuestados;
- i. Preparar las disposiciones generales del Presupuesto y el Manual de Programación. Ejecución y Control Presupuestal;
- j. Aprobar los programas de compras de bienes y servicios necesarios para el funcionamiento de los organismos y entidades que conforman el Presupuesto General de la Nación, que sometan a su consideración las Subdirecciones de la Dirección General del Presupuesto Nacional;
- k. Conceptuar sobre el costo de las modificaciones de las plantas de personal de los organismos y entidades que conforman el Presupuesto General de la Nación, de conformidad con la Política del Gobierno y lo establecido por la Ley, y cuantificar los efectos de los incrementos salariales que se decreten o acuerden convencionalmente;
- l. Preparar, en coordinación con la Dirección del Tesoro Nacional y el Departamento Nacional de Planeación, en consulta con las demás Direcciones del Ministerio, el Programa Anual de Caja y sus ajustes para la aprobación del Consejo Superior de Política Fiscal -CONFIS- de acuerdo con las metas del Programa Macroeconómico;
- m. Dirigir la elaboración de los acuerdos de ordenación de gastos y la consolidación de las solicitudes de autorizaciones para efectuar gastos que cubren más de una vigencia fiscal, para someterlos a la aprobación del Consejo Superior de Política Fiscal -CONFIS-;
- n. Dirigir la elaboración de los proyectos de ley y de decreto de modificaciones, adiciones y reducciones y demás que se requieran en el manejo del sistema presupuestal;
- ñ. Dirigir la elaboración de las resoluciones de traslados del Fondo de Compensación Interministerial, según las instrucciones del Ministro de Hacienda y Crédito Público;
- o. Aprobar las aclaraciones y correcciones de errores aritméticos o de leyenda en que se incurra en la elaboración de la Ley Anual del Presupuesto General de la Nación y sus modificaciones;
- p. Solicitar a la Contraloría General de la República la constitución de las reservas de apropiaciones al cierre de cada vigencia fiscal;
- q. Ejercer el control del Presupuesto General de la Nación, el de las Empresas industriales y Comerciales del Estado y el de las entidades privadas que administren fondos públicos del orden nacional;
- r. Ordenar la realización de visitas de control y remitir los respectivos informes a las autoridades competentes cuando sea del caso;
- s. Recopilar y mantener actualizadas las normas, la jurisprudencia y los conceptos legales de índole presupuestal y fiscal y emitir conceptos jurídicos sobre la aplicación del Estatuto Presupuestal y demás normas que lo reglamenten o adicionen;
- t. Proponer, en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación, el monto que corresponda a la Nación de los excedentes de los establecimientos públicos y de las empresas Industriales y Comerciales del Estado, que se someterá a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES-;
- u. Prestar asesoría técnica en materia presupuestal a las Entidades Territoriales
- v. Administrar la planta global de la Dirección General del Presupuesto Nacional, distribuyendo los cargos dentro de las Subdirecciones, Oficinas y Divisiones de la Dirección, y ubicando los funcionarios de los mismos;
- w. Controlar el desarrollo de los procesos que adelanta la Oficina de Sistemas de la Dirección General del Presupuesto Nacional, con el fin de garantizar la seguridad y confiabilidad de los sistemas de información y establecer estándares de control para el desarrollo, funcionamiento y administración de los mismos;



No obstante, en la cláusula segunda del Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP 001 de 2000, se estimó el valor del contrato en la suma de mil setecientos veinte millones cuatrocientos sesenta y un mil ochocientos ochenta y seis pesos (\$1.720.461.886), por concepto de estudios y diseños, asesoría profesional, técnica y jurídica en procesos licitatorios e interventorías, transgrediendo de forma ostensible el presupuesto autorizado para este contrato.

En efecto, si bien el yerro aritmético que se cometió al proferir la Ordenanza Nro. 0034 de 1999 fue subsanado, dicha enmienda fue desconocida en el contrato de la referencia, toda vez que al corregirse, la Ordenanza autorizó al Gobernador para que en la Gerencia de Proyectos celebrara contratos cuyo tope fuera el valor de doscientos millones de pesos (\$200.000.000), mientras que en el acuerdo bilateral se determinó que el valor del contrato fuera de mil setecientos veinte millones cuatrocientos sesenta y un mil ochocientos ochenta y seis pesos (\$1.720.461.886), una cifra colosalmente superior a la autorizada.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se infiere que el presente contrato está viciado de un objeto ilícito, que genera necesariamente la nulidad absoluta del mismo.

7.2.2. Cargo de falta de publicidad de la Licitación Nro. LIC – SOP 01 de 2000.

En esta instancia, se advierte que este contrato está tipificado como de consultoría y no de concesión, por lo que en consecuencia el mismo no es objeto de un procedimiento licitatorio sino de un concurso.

Empero, no por eso en el mismo se exoneraba la obligación de publicar los avisos con anterioridad al proceso, contenida en el numeral 3º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

x. Coordinar y evaluar el desempeño de todas las dependencias de la Dirección General del Presupuesto Nacional;
y. Las demás que le sean asignadas por el Ministro de Hacienda y Crédito Público y por las disposiciones legales vigentes.



Si bien la expresión “concurso” que estaba dispuesta en la norma traída a colación fue derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007¹⁵³, dicha disposición no estaba vigente al momento de la celebración del Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP 001 de 2000, de lo que se desprende que en el mismo debieron publicarse dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendarios previos a la apertura del concurso hasta tres (3) avisos con intervalos de dos (2) a cinco (5) días calendarios, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción del Departamento de la Guajira, de acuerdo a la cuantía, naturaleza y objeto del contrato, o en caso de que se presente una carencia de estos, en otro medio de comunicación social que tenga idéntica difusión.

En el caso *sub judice*, se publicó el Concurso Público Nro. 001 de 1999 en el Diario Oficial de la Gobernación del Departamento de la Guajira, como puede observarse a folios 201 y 202 del cuaderno 17, pero no se publicaron los avisos en diarios de amplia circulación, como lo exige el Estatuto General de la Contratación Pública.

La hermenéutica de la expresión “a falta de estos”, debe entenderse que la entidad contratante está en la obligación de publicar los avisos de la licitación o del concurso primordialmente en los diarios de amplia circulación en su territorio de jurisdicción, y más aún en caso que atendiendo al objeto, a la cuantía y a la naturaleza del contrato, este se revista de una especial importancia, que ocasione imprescindiblemente su amplia publicación. En

¹⁵³ **Artículo 32.** Derogatoria. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993: El párrafo del artículo 2°; la expresión “además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado” del inciso segundo del artículo 3°; el inciso 4° del artículo 13, el artículo 22; el numeral 1 y el párrafo 1° del artículo 24; el inciso 2° del numeral 15, el numeral 19 y la expresión “la exigencia de los diseños no regirán cuando el objeto de la contratación sea la de construcción o fabricación con diseños de los proponentes” del inciso segundo numeral 12 del artículo 25, el artículo 29, el numeral 11 del artículo 30, el artículo 36, el párrafo del artículo 39 y el inciso 1° del artículo 60, con excepción de la expresión “Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolonguen en el tiempo y los demás que lo requieran serán objeto de liquidación” el artículo 61 y las expresiones “concurso” y “términos de referencia” incluidas a lo largo del texto de la Ley 80 de 1993, así como la expresión: “Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública”.

También se derogan las siguientes disposiciones: El párrafo 2° del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, modificado por el artículo 1° de la Ley 828 de 2003, el artículo 66 de la Ley 454 de 1998, el literal d) del artículo 27 de la Ley 99 de 1993 y el artículo 19 Ley 161 de 1994. Igualmente se entienden derogadas las normas del Decreto 1900 de 1990 y de la Ley 182 de 1995 que contraríen lo dispuesto en esta ley.

Las normas del Estatuto General de Contratación Pública preferirán a cualquiera otra sobre la materia, con excepción de aquellas de naturaleza estatutaria u orgánica. En consecuencia, la derogatoria de las normas del Estatuto General de Contratación Pública sólo podrán hacerse de manera expresa, mediante su precisa identificación.



caso tal que no se dispongan de esos diarios de amplia circulación, el medio o los medios de comunicación social en los que se van a publicar los respectivos avisos deben tener necesariamente la misma difusión.

En ese orden, y con fundamento en los mismos argumentos esbozados al estudiar este cargo frente al Contrato de Concesión Nro. LIC 005 DE 2000, se procederá a declarar la nulidad absoluta del mismo, por violación al principio de publicación.

7.3. Contrato de Consultoría Nro. 002 de 2000.

Este contrato fue celebrado entre el Departamento de la Guajira y Consultores Regionales LTDA, cuyo objeto fue la supervisión del Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP – 001 de 2000.

7.3.1. Cargo de violación de la Ordenanza Nro. 0034 de diciembre de 1999. (Artículo 300, numeral 9º de la Constitución Política – Artículo 25, numeral 11º de la Ley 80 de 1993).

En el numeral 4.1.2. de la citada Ordenanza, se indicó como tope presupuestal para la interventoría la cifra de 100 pesos (cifras dadas en miles).

Como se expuso anteriormente, dicho yerro aritmético fue enmendado por la Secretaría de Hacienda Departamental de la Guajira, mediante la Resolución Nro. 022 del 2 de junio de 2000, por lo que las cifras dadas en la ordenanza departamental se deben entender en millones de pesos.

En ese orden, en la cláusula segunda del Contrato de Consultoría Nro. 002 de 2000, estipuló como el valor del contrato la suma de noventa y cuatro millones doscientos cuarenta y dos mil ochocientos cuarenta y un pesos con cincuenta y cinco centavos (\$94.242.841,55).

Desde este punto de vista, no encuentra el *ad quem* razón en los argumentos esgrimidos por la parte actora para que se decrete la nulidad absoluta de este negocio jurídico bilateral, habida cuenta que en el mismo el valor del contrato no excedió el tope establecido por la Ordenanza Nro. 0034 de 1999, entendiéndose que la suma establecida en la misma estaba en millones de pesos y no en miles, por lo que en consecuencia, este cargo no habrá de prosperar.



Sin embargo, advierte la Subsección que este contrato adolece de los mismos vicios que los anteriores, por lo cual habrá de declararse su nulidad absoluta.

En efecto, el numeral 2º del artículo 32 del Estatuto General de la Contratación Pública, estatuyó el concepto del Contrato de Consultoría, definiendo que también se incluyen en los mismos aquellos que tienen por objeto la interventoría de proyectos, como en el acuerdo de la referencia.

Así las cosas, al presente negocio jurídico bilateral, le aplica también el numeral 3º del artículo 30 *ibídem*, el cual reguló la publicación de los avisos anteriores a la apertura de la licitación o del concurso, como se ha expuesto en esta providencia.

En consecuencia, al no haber sido publicado ningún aviso de este contrato, se incurrió también en una violación al principio de publicidad, propio no solo de la contratación pública sino de toda actuación administrativa, y esta vulneración acarrea necesariamente la declaratoria de nulidad absoluta del mismo.

8. Restituciones mutuas.

Ahora bien, una vez declarada la nulidad absoluta de los tres contratos estatales demandados, se ordenará que las partes de los mismos realicen las respectivas restituciones mutuas.

El artículo 48 de la ley 80 de 1993, estatuyó:

“Artículo 48º.- De los Efectos de la Nulidad La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.”



De conformidad con el anterior precepto legal, se tiene que una vez declarado nulo un contrato de ejecución sucesiva, habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones ejecutadas hasta que se declaró la nulidad, así como también al pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por causa u objeto ilícito, siempre que se haya probado que la entidad se ha beneficiado, y solo hasta el monto de ese beneficio.

Al respecto, esta Subsección se ha pronunciado frente al tema de las restituciones mutuas de la siguiente forma:

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



*(...) Los intereses son una prestación accesoria a la obligación principal de restituir un dinero debido. En el caso sub lite, no estamos frente al incumplimiento de una obligación contractual que obligue al pago de una suma de dinero, y en consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de intereses remuneratorios ni moratorios, pues al no existir la obligación principal, tampoco existen las accesorias.*¹⁵⁴

Bajo esta óptica, se tiene que en las restituciones mutuas, los contratistas están en la obligación de devolver los anticipos que haya percibido, y la entidad contratante tendrá que reconocer los gastos que se lleguen a demostrar en el proceso.

Revisado el expediente, se encuentra que en el Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP 001 de 2000, se pactó en su cláusula tercera, que el Departamento se comprometía a pagarle al Consultor un anticipo del treinta por ciento (30%) del valor total del contrato. En idéntico sentido, en el Contrato de Consultoría Nro. 002 de 2000, las partes acordaron en su cláusula tercera que el Departamento le pagaría al Supervisor un anticipo del treinta por ciento (30%) del valor del contrato, correspondiente a la suma de veintiocho millones doscientos setenta y dos mil ochocientos cincuenta y dos pesos con cuarenta y siete centavos (\$28.272.852,47).

Sin embargo, no obra en el acervo probatorio algún documento que certifique el pago de dicho anticipo a los contratistas, y al dar respuesta al auto proferido por la Sección el siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015), la Gobernación de La Guajira no remitió la información solicitada de manera detallada y con soportes para efectos de determinar las erogaciones en las que haya incurrido el Departamento como consecuencia de los contratos demandados.

Además, en el Acta de Inicio del Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP – 001 de 2000, firmada por el Secretario de Obras Públicas y Vías del Departamento de la Guajira y el Representante Legal de Consultores del Desarrollo S.A., se plasmó que el consultor no había recibido el anticipo correspondiente.

154 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN "C", Sentencia del 31 de enero de 2011, Radicación Nro. 25000-23-26-000-1995-00867-01, Nro. Interno 17767, CONSEJERA PONENTE OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ.



De otro lado, si bien se encuentran el Acta de recibo de informe Nro. 1 del 16 de junio de 2000 y el Acta de recibo de informe Nro. 2 del 16 de agosto de 2000, del Contrato de Consultoría Nro. 002 de 2000, en las que se indicó en cada una que el valor a pagar por parte de la entidad contratante era la cifra de once millones trescientos nueve mil ciento cuarenta y un mil pesos (\$11.309.141.00), no aparece constancia de que dicha cifra de dinero se le haya pagado a la entidad contratista.

Aunado a lo anterior, en auto proferido por esta Sala de Decisión del siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015), se solicitó al Tesorero del Departamento de la Guajira que certificara los pagos efectuados dentro de los contratos demandados, así como el monto, bajo qué concepto, el medio de desembolso y copia de la documentación que soporta ese pago.

No obstante, a pesar de que el veintiocho (28) de octubre de dos mil quince (2015), el Tesorero General del Departamento de La Guajira dio respuesta al anterior proveído, afirmando que en los archivos de la Tesorería General se encontraron pagos efectuados a favor del contrato de concesión Nro. Lic. 005 de 2000, en el período comprendido entre el año 2005 hasta el 2015, los cuales soportaba con las copias de los comprobantes de pago, la información remitida no es lo suficientemente para poder determinar con exactitud los valores pagados a los contratistas y posteriormente realizar las restituciones mutuas.

Por lo anterior, la restitución de las prestaciones mutuas se hará en abstracto, para que dentro del término legal las partes interesadas inicien el trámite incidental respectivo para cuantificar ese monto, allegándose la documentación para establecer si hubo entrega de dicho anticipo o se efectuó otra clase de pago bajo cualquier modalidad por la ejecución de dichos contratos.

9. Compulsa de copias.

Por último, con fundamento en reiterados pronunciamientos que ha realizado la Sección Tercera de esta Corporación¹⁵⁵, a través de sus subsecciones, se

¹⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Sentencia del 24 de marzo de 2011, Radicación Nro. 63001-23-31-000-1998-00752-01, CONSEJERO PONENTE JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN "C", Sentencia del 31 de enero de 2011, Radicación Nro. 25000-23-26-000-1995-00867-01, Nro.



compulsarán copias a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para que si a bien lo consideran desplieguen las investigaciones pertinentes por las conductas de quienes celebraron los contratos anulados, por las graves violaciones a los principios de la contratación pública.

10. Condena en costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma no se efectuará condena en costas alguna.

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

FALLA

PRIMERO: Revocar la sentencia proferida el catorce (14) de julio de dos mil cuatro (2004) por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira.

SEGUNDO: Declarar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión Nro. LIC – 005 del 25 de mayo de 2000, celebrado entre el Departamento de la Guajira y la Unión Temporal Malla Vial de la Guajira; del Contrato de Consultoría Nro. LIC – SOP 001 del 10 de marzo de 2000, suscrito entre el Departamento de la Guajira y Consultores del Desarrollo S.A.; y del Contrato de Consultoría Nro. 002 del 11 de abril de 2000, celebrado entre el Departamento de la Guajira y Consultores Regionales Limitada – CORE.

TERCERO: La restitución de las prestaciones mutuas se hará en abstracto, para que dentro del término legal las partes interesadas inicien el trámite incidental respectivo para cuantificar ese monto, allegándose la documentación para establecer si hubo entrega de dicho anticipo o se



44001-23-31-000-2000-00540-01 (25.744)
Actor: Nación - Procuraduría General de la Nación

efectuó otra clase de pago bajo cualquier modalidad por la ejecución de dichos contratos.

CUARTO: Ordenar compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación y a la Contraloría General de la República para que investiguen las conductas desplegadas por los funcionarios del Departamento de la Guajira, y los contratistas que suscribieron los Contratos de Concesión Nro. LIC – 005 de 2000, Consultoría Nro. LIC – SOP 001 de 2000 y Consultoría Nro. 002 de 2000.

QUINTO: Sin **condena** en costas.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE