

**MEMORANDO**

PARA: **MARTHA PATRICIA AGUILAR COPETE**
SECRETARIA GENERAL

DE: **LUZ DARY CASTAÑEDA HERNÁNDEZ**
JEFE OFICINA JURÍDICA OFICINA ASESORA JURÍDICA

ASUNTO: Respuesta a solicitud número **20211150079113** de fecha 28 de julio del año 2021 – Solicitud de concepto, proceso de selección CMC.003.2021.

Cordial saludo,

La Oficina Asesora Jurídica, procede a emitir concepto jurídico acorde con la competencia establecida en el numeral 2, artículo 3 del Acuerdo 011 del 12 de octubre de 2010 “*Por el cual se establece la estructura organizacional de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones*”, advirtiendo que las referidas funciones no facultan a la Oficina Asesora Jurídica para dirimir controversias, ni declarar derechos, dado que esto es competencia de los honorables Jueces de la República. Así las cosas, los conceptos emitidos tienen un carácter meramente orientador y no son vinculantes, por tanto no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución¹.

Una vez revisada la consulta, se procede a dar respuesta al planteamiento realizado, en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES

Mediante Radicado Orfeo N° 20211150079113 de fecha: 28 de julio de año 2021, la Secretaría General, solicita concepto en los siguientes términos:

“(…) Antecedentes

1. Generalidades del proceso de selección.

Concurso de méritos abierto: CMA 003 2021

Objeto: diagnóstico estructural de las pasarelas, plataformas, escaleras y rodapiés y puntos de anclaje para trabajos de alturas de la sede de producción de la UNIDAD

¹ Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.



ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL –
UAERMV.

-Presupuesto: \$199.833.333
-Publicado: 26-05-2021
-Presentación de ofertas: 17-06-2021

-Proponentes:

- (i) Consorcio pasarelas UMV
- (ii) Centro nacional de proyectos CNP S.A.S.²
- (iii) Ingeniería y construcciones NISSI S.A.S.

2. Traslado del informe de evaluación de ofertas: Del 21 al 24 de junio de 2021.

El día 24 de junio de 2021 El Consorcio Pasarelas UMV informa a la Entidad sobre presunta falsedad, adjuntando mensaje de correo de la Alcaldía de Sitionuevo Magdalena.

El día 28 de junio de 2021 el Comité evaluador da respuesta a la observación así: "De acuerdo con su observación, la entidad le indica que esta llevará a cabo la revisión, así como las correspondientes actuaciones a que haya lugar en el marco de sus competencias para tal fin".

Teniendo en cuenta el resultado del informe, queda rechazada la oferta del proponente INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES NISSI S.A.S, quedando habilitadas, y además empatadas las siguientes propuestas:

1. CONSORCIO PASARELAS UMV
2. CENTRO NACIONAL DE PROYECTOS CNP S.A.S.

El día 29 de junio de 2021 siendo las 10:00 a.m., se lleva a cabo la audiencia de desempate entre los dos proponentes antes mencionados a través de la plataforma TEAMS. (sorteo), en el cual resulta ganadora la oferta del proponente CENTRO NACIONAL DE PROYECTOS CNP S.A.S.

ADJUDICACIÓN: El 30 de junio de 2021 mediante la Resolución No. 234, se adjudica el proceso al proponente CENTRO NACIONAL DE PROYECTOS CNP S.A.S.

SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO: El día 1° de julio de 2021 se suscribe el contrato No. 462 con el contratista CENTRO NACIONAL DE PROYECTOS CNP S.A.S.

² Proponente Adjudicatario con contrato firmado.



Como consecuencia de lo anterior, envía las pólizas de cumplimiento a través de la plataforma del SECOP II, las cuales no han sido aprobadas por la Entidad, así mismo no se ha solicitado el registro presupuestal

SOLICITUD DE REVOCATORIA: El día 1° de julio de 2021 a través del correo de atención al ciudadano llega documento de solicitud de revocatoria por parte del proponente CONSORCIO PASARELAS UMV

REQUERIMIENTO UAERMV AL CENTRO NACIONAL DE PROYECTOS: El día 9 de julio de 2021 se hace requerimiento al CENTRO NACIONAL DE PROYECTOS CNP S.A.S., para que sirva a presentar explicaciones sobre las afirmaciones realizadas en la solicitud de revocatoria.

RESPUESTA DEL CNP: Los días 9 y 12 de julio de 2021, por medio del SECOP II, se reciben respuestas del CENTRO NACIONAL DE PROYECTOS, donde manifiestan que es un error de la alcaldía municipal indicar que el contrato no existió, a su turno, entregan correo electrónico presuntamente enviado desde la alcaldía municipal, donde se informa que el contrato si existió.

COMUNICACIONES UAERMV Y ALCALDÍA DE SITONUEVO: Para el día 13 de julio de 2021, la Entidad solicita a la alcaldía municipal información sobre el contrato en discusión, al cual responden que la “contratación no existió”.

En reunión llevada a cabo el día 14 de julio de 2021 el CENTRO NACIONAL DE PROYECTOS, manifiesta nuevamente que la confusión se debe a una información errada de la alcaldía municipal y solicitan un plazo prudencial para probar la existencia del contrato. Plazo concedido por la Entidad hasta el día 16 de julio de 2021, donde el contratista ha guardado silencio.

A la fecha de la proyección de la presente solicitud, proponente adjudicatario sigue guardando silencio sobre los requerimientos de la UAERMV, con ocasión de la presente omisión, la necesidad que dio origen al proceso de selección se encuentra suspendida.

Así las cosas, y habiendo contextualizado a su despacho con los anteriores antecedentes, de manera comedida solicitamos su valioso concurso para efectos de brindar un **concepto jurídico – contractual** sobre el proceder al que debería acudir la UAERMV dentro del proceso de selección aludido.

Quedamos atentos a cualquier requerimiento posterior que sobre el particular surja”.

2. OBJETO DE LA CONSULTA.

Dentro del proceso **Concurso de méritos abierto CMA-003-2021** cuyo objeto es: DIAGNÓSTICO ESTRUCTURAL DE LAS PASARELAS, PLATAFORMAS, ESCALERAS Y RODAPIES Y PUNTOS DE ANCLAJE PARA TRABAJOS DE ALTURAS DE LA SEDE DE PRODUCCIÓN DE LA UNIDAD





ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL – UAERMV, se realiza la adjudicación a un proponente, que presuntamente presentó documentos falsos. A su vez se suscribe el contrato. El mismo día de suscripción del contrato se presenta solicitud de revocatoria directa del acto de adjudicación, para lo cual dentro de los antecedentes se evidencian los interrogantes que a continuación se presentan:

- 2.1. *¿Es posible acceder a la solicitud de revocatoria directa aun cuando el contrato fue suscrito?*
- 2.2. *¿En caso afirmativo, es posible adjudicar al proponente ubicado en segundo lugar?*
- 2.3. *Si la respuesta al primer interrogante es negativa, ¿qué alternativas jurídicas se podrían tomar para resolver el hecho de haber adjudicado y suscrito un contrato presuntamente obtenido con medios ilegales?*
- 2.4. *¿Sería viable una posible cesión de contrato?*

3. CONCEPTO FRENTE A LA CONSULTA.

Una vez verificados los antecedentes de la solicitud y previo a resolver de fondo cada uno de los interrogantes que expone la misma, es importante determinar en qué etapa contractual se encuentra el proceso objeto de la consulta, para lo cual es relevante conocer las diferentes etapas que se surten en los diferentes procesos contractuales.

- **Etapa precontractual: Entendida esta como aquella** etapa en la que se desarrollan tres actividades: la planeación (donde se estructura la necesidad³), la publicación de pliego de condiciones⁴ y la selección de la propuesta más favorable, (la cual se hace mediante resolución motivada y/o audiencia según sea el caso).

En esta etapa solo encontramos proponentes, entendidos estos como:

“(...) calidad que adquiere quien ha presentado oferta o propuesta en un proceso de licitación o concurso adelantado por la administración. En este caso la propuesta debe ser seria y con carácter vinculante, pues como lo señala la doctrina es un “acto de iniciativa, con el cual una de las partes, que recibe el nombre técnico de proponente, propone a otra, que eventualmente deberá aceptar”. El oferente debe estar dispuesto a vincularse contractualmente en el momento en que la administración decida que su propuesta es la más favorable.

³ Decreto 1082 de 2015, artículos. 2.2.1.1.1.3.1 y 2.2.1.1.1.6.1

⁴ “El conjunto de reglas que elabora exclusivamente la administración para disciplinar el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el alcance del contrato estatal. Se trata de un acto de contenido general, que fija los parámetros para comparar las propuestas presentadas por los oferentes y que permite regular los derechos y obligaciones que emanan de la suscripción del contrato”. (Corte Constitucional, Sentencia.SU-713, del 23 de agosto de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil).



De lo anterior se deduce que no todo tipo de participación de una persona natural o jurídica en el proceso de licitación o concurso tiene efectos vinculantes, pues éstos solo se pueden predicar respecto de quienes participan en calidad de proponente u oferentes y sus ofertas o propuestas fueron recibidas por la administración antes del vencimiento del plazo fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia para la presentación de las mismas cierre de la licitación o concurso público. (Concepto Sala de Consulta C.E. 1732 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil).

- **Etapas contractual:** En esta etapa se encuentra el perfeccionamiento del contrato, entendido este cuando se logra un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y dicho acuerdo se eleve a escrito⁵. Significa esto que desde el momento en que las partes firman el contrato, éste existe en el plano jurídico con sus respectivos efectos.
- **Ejecución del contrato:** Aquí se establece el cumplimiento del objeto contractual y sus obligaciones a cargo del contratista, previa aprobación de los requisitos de ejecución (aprobación de garantías y expedición de registro presupuestal⁶).
- **Etapas postcontractual:** Las actividades que se desarrollan en esta etapa son aquellas una vez el contrato ha finalizado, aquí procede la liquidación del contrato, la cual se entiende como un ajuste de cuentas en el que (en la etapa final del negocio jurídico) se hace un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado. Las partes contratantes establecen o definen el estado en que queda el contrato una vez ejecutado o terminado, es decir, determinan el estado en que están dispuestas a recibir y asumir el resultado de la ejecución.⁷

En este orden de ideas y una vez claras las etapas que se surten en los procesos contractuales, se puede inferir que, para el caso que nos ocupa, el proceso **Concurso de Méritos Abierto CMA-003-2021** se encuentra en **etapas contractual**, toda vez que el contrato 462 de 2021 fue debidamente perfeccionado, el día **2 de julio de 2021 a las 9:35:36 a.m.**, tal como consta en la plataforma transaccional SECOP II (Sistema Electrónico de Contratación Pública).

De lo anterior se ha establecido por el CONSEJO DE ESTADO:

*“Los contratos estatales, debido a su carácter solemne definido por la ley (artículo 41 de la Ley 80 de 1993), **estos no se perfeccionan con la notificación del acto de adjudicación, sino con la suscripción**, por las dos partes, del documento que contenga las respectivas cláusulas o estipulaciones, con algunas pocas excepciones. Consecuencia de lo anterior es que el acto de adjudicación no da lugar, por sí mismo, al nacimiento de las obligaciones y los derechos que genera el contrato, sino a otra clase de obligaciones y derechos recíprocos*

⁵ Ley 80 de 1993 artículos 37 y 41

⁶ “(...) una vez celebrado el contrato, requiere de un registro presupuestal (RP) que se efectúa por la propia entidad contratante, por el monto de los compromisos asumidos en el contrato, con cargo a la referida disponibilidad presupuestal, siguiendo las disposiciones del artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto contenido en el Decreto-ley 111 de 1996, y del artículo 18 del Decreto 4730 de 2005, ya citado. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección a Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E), Bogotá, D.C., (27) de mayo de (2015).

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia, 21483 del 18 de julio de 2012 Magistrado Ponente Enrique Gil Botero



entre la entidad estatal y el adjudicatario, esto es, a la obligación y al derecho que ambas partes adquieren de suscribir el contrato proyectado, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones y con las previsiones contenidas en dicho documento, en sus modificaciones, adendas, anexos y en la propuesta que haya sido aceptada (...) ⁸(subrayado fuera texto).

El día 30 de junio de 2021, mediante acto administrativo de adjudicación Resolución No. 234 expedida por la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, fue seleccionado el proponente **CENTRO NACIONAL DE PROYECTOS CNP S.A.S** como adjudicatario, para posteriormente cambiar su condición a contratista⁹, situación que se formalizó el día 02 de julio de 2021.

Así las cosas, se procede a dar respuesta a cada uno de los interrogantes establecidos por la Secretaria General:

3.1. ¿Es posible acceder a la solicitud de revocatoria directa aún cuando el contrato fue suscrito?

El artículo 9° de la Ley 1150 de 2007, establece:

ARTÍCULO 9o. DE LA ADJUDICACIÓN. *En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.*

Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 (negrilla fuera de texto).

Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS Bogotá D.C., quince (15) de agosto de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00098-00(2346)

⁹ "(...) contratista se constituye en un colaborador de la entidad estatal con la que celebra el contrato administrativo para la realización de actividades que propenden por la utilidad pública, pero no en calidad de delegatario o depositario de sus funciones(...)" **Concepto 74771 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública.**





segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar.

De conformidad con la norma anteriormente transcrita, el acto de adjudicación de un proceso de selección de contratistas es irrevocable y, por ende, la administración no tiene competencia para revocarlo directamente. Sin embargo, señala dos causales en las cuales sería posible la revocatoria directa del acto de adjudicación, a saber:

1. Si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción de este, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad.
2. Si demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales.

Frente a estos dos casos excepcionales de revocatoria, el Consejo de Estado ha manifestado:

"Aunque el numeral citado fue derogado expresamente por la Ley 1150 de 2007 (artículo 32), la misma norma o regla de derecho contenida allí fue reproducida, con algunas modificaciones importantes, por el artículo 9° de la Ley 1150, que dispone, en su inciso tercero, lo siguiente:

"Artículo 90. De la adjudicación. (...) El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993(...)"

Como se observa, el cambio principal que trajo esta norma, frente al numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, consiste en prever dos excepciones a la irrevocabilidad del acto de adjudicación, que antes estaba consagrada en términos absolutos. Tales salvedades son: (i) cuando el adjudicatario incurre en una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, esto es, posterior a la adjudicación y anterior a la celebración del contrato, y (ii) cuando pueda demostrarse que la adjudicación "se obtuvo por medios ilegales".

En los conceptos 2260 y 2264 de 201515, la Sala de Consulta y Servicio Civil precisó que uno de los casos en los que podría afirmarse que la adjudicación del contrato estatal se obtuvo por "medios ilegales", es cuando el adjudicatario haya ocultado dolosamente algún hecho o circunstancia que configure una inhabilidad o incompatibilidad para contratar, al momento de la adjudicación, ya sea por haberse abstenido de suministrar oportunamente la información pertinente a la entidad pública, o bien por haberle entregado información o documentos falsos, inexactos o incompletos"¹⁰.

Es así que las causales establecen unas situaciones muy específicas en las cuales procedería la revocación directa del acto administrativo de adjudicación, a saber: i) que **entre el momento de la**

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. 15 de agosto de 2017, Radicado (2346) Consejero Ponente Alvaro Namén Vargas



adjudicación y la firma del contrato, sobrevenga una inhabilidad o incompatibilidad del contratista seleccionado y ii) que se demuestre que el acto se obtuvo por medios ilegales.

De acuerdo con lo anterior, es importante determinar a qué se refiere la norma cuando establece que *sobrevenga una inhabilidad o incompatibilidad del contratista seleccionado (...) dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo (...)*, para lo cual se hará referencia lo que ha establecido la doctrina frente a este aspecto.

La doctrina ha establecido que, dependiendo de la fase en que se encuentre el proceso, podrá darse este precepto:

*“(...) Después de adjudicado el contrato **pero antes de celebrarse** (subrayado fuera de texto)*

Este evento está contemplado en el artículo 9° de la Ley 1150 de 2007. Tiene ocurrencia cuando la causal emerge en el interregno comprendido entre la adjudicación del contrato y su celebración. La solución legal prevista es la misma que señalamos en el literal E. (Efectos), numeral 1 de este capítulo. Es decir, que en aras de salvar el proceso de selección adelantado, la entidad debe abstenerse de suscribir el contrato, revocar la adjudicación y podrá efectuar la adjudicación al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su oferta sea favorable para la entidad (...)¹¹

De igual forma, el Consejo de Estado en los conceptos 2260 y 2264 de 2015 explicó lo siguiente:

*“En ese orden de ideas, la Sala clasifica los casos en que las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes se pueden presentar, en función **de los momentos en que tienen lugar y de las consecuencias que generan, así**(subrayado fuera de texto):*

*- **La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene una vez iniciado el proceso de contratación y antes de la expedición del acto administrativo de adjudicación del contrato.** En este caso, se entenderá que el proponente “renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo” (inciso 2 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993)⁵⁰. En tal sentido, la propuesta en su totalidad se afecta por la inhabilidad referida, lo que imposibilita que el consorcio o unión temporal del cual hace parte el proponente respecto del cual se ha configurado la inhabilidad, continúe en el proceso de selección.*

*- **La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene durante el período comprendido entre la adjudicación del contrato y su perfeccionamiento, lo cual da lugar a la revocatoria del acto de adjudicación proferido (artículo 9, Ley 1150 de 2007)** y posibilita a la entidad estatal “adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su ⁴⁹ “Artículo 9°. De las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes. (Modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007).*

¹¹ RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL, Luis Guillermo Davila Vinueza, Tercera Edición 2016



-La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento de un contrato celebrado con un contratista individual. En tal evento, el contratista individual deberá, previa autorización de la entidad estatal, ceder el contrato a un tercero, y si no resultare posible habrá de renunciar a la ejecución respectiva (inciso primero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993).

- La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento del contrato celebrado con un consorcio o unión temporal. Frente a este supuesto de hecho, el contratista que hiciere parte de un consorcio o unión temporal y que se viere afectado por la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, deberá ceder su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad; la norma indica que no es jurídicamente viable ceder el contrato a los demás miembros del consorcio o unión temporal (inciso 3 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993) y la jurisprudencia ha expresado que tampoco es posible renunciar a su ejecución, puesto que acrecería la participación de los otros miembros⁵¹.

- Lo anterior se predica de las sociedades que se hubieren constituido con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal... puesto que en tales casos surgirán los efectos previstos para los consorcios (parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993)¹²

Por lo anterior, una vez nace el contrato a la vida jurídica, el acto de adjudicación no puede revocarse por la propia administración ni siquiera ante la configuración de las causales contempladas en el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, pues cualquier ilegalidad en su contenido debe ser atacada judicialmente a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Es decir que como ya se determinó en líneas anteriores, el proceso objeto de discusión ya tiene perfeccionamiento de contrato, de modo que el acto de adjudicación tan solo desaparece del ordenamiento jurídico en virtud de la declaratoria de nulidad del órgano judicial.

La solicitud de nulidad del acto administrativo de adjudicación en el marco del proceso Concurso de Méritos Abierto CMA-003-2021, deberá realizarse a través del ejercicio de las acciones contencioso administrativas establecidas para el efecto, en sede judicial, siendo el juez el competente para dirimir las controversias que surjan con ocasión de la inconformidad de los oferentes que se consideran afectados con la decisión de la administración.

3.2. ¿En caso afirmativo, es posible adjudicar al proponente ubicado en segundo lugar?

Teniendo en cuenta lo dicho en el numeral 3.1 del presente documento, queda claro que, no es viable la revocatoria del acto administrativo de adjudicación, por lo que tampoco lo es la adjudicación al proponente en segundo lugar.

Lo anterior, en consideración a que ya existe la selección del proponente adjudicatario, lo cual se deriva de la manifestación de voluntad de la entidad contratante sobre la elección y aceptación del la oferta más conveniente en su momento, lo que a su vez, da lugar a una relación jurídica de la cual se

12 CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS Bogotá D.C., quince (15) de agosto de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00098-00(2346)



deriva el compromiso para las partes de observar las formalidades propias del perfeccionamiento del contrato, tal como se dio en el caso objeto de análisis. Esto, como quiera que, en nuestro ordenamiento jurídico se requiere la suscripción del contrato para formalizar el acuerdo de voluntades.

3.3. Si la respuesta al primer interrogante es negativa, ¿qué alternativas jurídicas se podrían tomar para resolver el hecho de haber adjudicado y suscrito un contrato presuntamente obtenido con medios ilegales?

3.3.1. Como primera alternativa jurídica, se debe examinar la viabilidad sobre la ejecución del contrato.

Los proponentes y los contratistas del Estado, dependiendo de la fase contractual donde se encuentre el proceso, según lo establecido en el artículo 52 de la Ley 80 de 1993, responden civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la gestión contractual con el estado.

“ARTÍCULO 52. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONTRATISTAS. *Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley.*

Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 70. de esta ley.”

En el mismo sentido el artículo 26 numeral 7, de la ley 80 de 1993 señala:

- Los contratistas son responsables por ocultar aquella información que revele que están incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad contenida en la constitución o la ley. Dicha disposición, en últimas, impone a los proponentes y contratistas del estado la obligación de informar respecto de cualquier impedimento que tengan para contratar con las entidades del estado, por cuanto, encontrarse inmerso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad constituye una prohibición, tanto para participar en procesos de selección, como para celebrar contratos con el estado.
- Los contratistas y proponentes son responsables por suministrar información falsa, en el curso de la gestión contractual del estado.

Lo anterior con el propósito de indicar que, aquellos contratistas del estado que suministren documentación falsa a la entidad estatal contratante, no solo son responsables por el delito de falsedad en documento privado ([art. 289, Código Penal](#)) sino que, además, podrán enfrentar cargos por un delito sancionado con una pena aún más gravosa, como lo es el de falsedad ideológica en documento público ([art. 286, Código Penal](#))¹³ o fraude procesal (art. 453, Código Penal) e incluso en algunos casos es imputable el delito de peculado (art. 397, Código Penal).

¹³ <https://app.vlex.com/#vid/590688298>





Así, teniendo en cuenta que los supuestos **medios ilegales**, a que hace referencia el interrogante número tres (3), surgen por la presunta falsedad o falta de veracidad de una certificación para acreditar la experiencia habilitante presentada por el proponente **CENTRO NACIONAL DE PROYECTOS CNP S.A.S.**, la cual refiere el contrato No. SC 169-2017, con objeto: “*Consultoría para los estudios de diagnóstico estructural y diseño estructural, de rampas, pasarelas, plataformas, escaleras, puntos de anclaje y acceso para la adecuación, reforzamiento, y/o rehabilitación de acuerdo con la normatividad vigente y demás obras complementarias, de las edificaciones públicas de la Administración Municipal de SITIONUEVO – Magdalena*”, conocida por la entidad a través de la comunicación presentada por el proponente ubicado en segundo lugar de escogencia (**CONSORCIOS PASARELAS UMV**), en la que se manifiesta:

“(...)Dicho documento es puesto en tela de juicio debido a que al no encontrar dicho documento en el SECOP, se remitió una solicitud al municipio de Sitionuevo con el fin de identificar la existencia de dicho vínculo contractual, frente al cual la profesional Yuleysi Segura Díaz, de la Oficina de Contratación y Jurídico, indica que dicho objeto no ha sido realizado en ese municipio(...).”

Como es claro, para el momento que se presenta la solicitud revocatoria por el proponente ubicado en segundo lugar de escogencia (**CONSORCIOS PASARELAS UMV**), ya existe un contrato estatal, por lo que todas las manifestaciones emitidas de parte del proponente **CONSORCIOS PASARELAS UMV**, como de los funcionarios de la Unidad, deben ser probados en el plano judicial, pues la entidad contratante no puede considerar como ilegal o falso ningún documento, dado que en el marco de la evaluación de los mismos, se examinan bajo los principios de la buena fe y la legalidad.

Así lo estableció la Corte Constitucional:

(...)PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL-Reserva de ley

La Corte ha dicho que la definición de las conductas punibles, esto es la creación de tipos penales, tiene reserva de ley, lo que significa que sólo el legislador puede señalar, por vía de autoridad, los comportamientos penalmente reprochables, correspondiéndole al juez únicamente la valoración de los hechos y la subsunción de las conductas en la pena previamente fijada por aquél (...)¹⁴

Es decir que, para establecer si el contrato No. 462 de 2021 se obtuvo por medios ilegales al igual que su adjudicación, se deberá valorar la certificación del contrato No. SC 169-2017, que presentó para acreditar su experiencia el proponente **CENTRO NACIONAL DE PROYECTOS CNP S.A.S.**, para lo cual se deberán recaudar todos los elementos probatorios y presentarse ante el ente investigador con la respectiva denuncia, pues es en esta instancia, en la que se determinará si existe mérito para acusar y ser llevado ante un Juez. En este sentido, resulta viable seguir adelante con la ejecución del contrato, toda vez que en la actualidad no se cuenta con documentos tachados de

¹⁴ Corte Constitucional, **SENTENCIA C-637 del 16 de septiembre de 2009.**



falsos o ilegales, y solamente existen presunciones que, como se ha dicho, deberán ser llevadas a las instancias competentes.

De acuerdo con lo dicho en líneas anteriores, resulta relevante dar a conocer los posibles efectos para la entidad, si llegare a ejecutarse el contrato y pudiese comprobarse, de manera ulterior, la presunta falsedad. La importancia sobre esta claridad radica en que, de comprobarse dicha situación por parte de las autoridades competentes, podría materializarse daño antijurídico, lo cual acarrearía responsabilidad patrimonial para la entidad, funcionarios y contratistas partícipes en el proceso de selección.

De otra parte, el proponente ubicado en segundo lugar, según el origen del daño, podrá acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto de adjudicación si pretende probar la ilegalidad de este, con el fin de que se reestablezcan los derechos subjetivos en discusión y se indemnicen los perjuicios causados, en este caso podría ser por ejemplo; la utilidad dejada de percibir o la consecuente adjudicación del contrato en mención.

Por último, es importante resaltar que, de ser probada la irregularidad en la acreditación de experiencia por parte del contratista adjudicatario, quedaría evidenciado que la actuación de este, fue violatoria de las reglas del estatuto de contratación estatal, la selección objetiva, la libre concurrencia y la sana competencia de oferentes. Por tanto, no existiendo atención al principio de buena fe objetiva en las actuaciones pre contractuales por parte del contratista, no le sería dable, en este caso, exigir restituciones mutuas, ni indemnización por perjuicios.

3.3.2. Como segunda alternativa jurídica, la entidad debe examinar la terminación anticipada, y los artículos 44 y 45 de la ley 80 de 1993 que establecen lo siguiente:

ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. *Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*

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

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.

Al respecto el Consejo de Estado¹⁵ se ha manifestado, en los siguientes términos:

“2.6.2 La facultad de terminación unilateral del contrato estatal consagrada en el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

En relación con este asunto, la Sala reiterará los planteamientos que en ocasiones anteriores efectuó con ponencia del Magistrado que funge como ponente del presente pronunciamiento, para insistir en que

“... al regular de manera especial los contratos que celebran las entidades estatales, el legislador ha determinado, a través de muy variados eventos y con importantes diferencias en cuanto a sus efectos, la procedencia de la terminación o finalización de la respectiva relación por decisión unilateral que podrá o deberá, según cada caso, ser adoptada por la respectiva entidad contratante.

Esas diversas previsiones legales permiten identificar la terminación unilateral de los contratos estatales como un género, dentro del cual, a su turno, pueden distinguirse algunas especies, las cuales, como es natural, participan de ciertas notas comunes sin que ello signifique que puedan confundirse como una sola y única figura, puesto que, a la vez, son muchas y muy variados los aspectos que las diferencian entre sí.

Dentro del aludido género de la terminación unilateral de los contratos estatales por determinación de la entidad contratante, se encuentran las siguientes especies o modalidades de la figura:

i).- La terminación unilateral propiamente dicha, regulada por el artículo 17 de la Ley 80;

ii).- La declaratoria de caducidad administrativa del contrato, y

iii).- La terminación unilateral a cuya aplicación hay lugar cuando se configuran algunas causales de nulidad absoluta respecto del contrato estatal correspondiente, de conformidad con las previsiones del inciso 2º del artículo 45 de la misma Ley 80.

(Subrayado y negrilla fuera de texto)

Como aspectos comunes a todas esas figuras se pueden señalar, entre otros, a) el hecho de que en todos esos casos es la ley la que consagra, de manera expresa, la facultad para que la entidad estatal contratante pueda realizar su declaración; b) cada una de esas figuras produce, en principio, el mismo efecto, consistente en poner fin al respectivo contrato estatal, comoquiera que el objeto de todas ellas es, precisamente, el de dar por terminado el contrato estatal en cuestión; c) como corolario obligado de la característica anterior, se impone

¹⁵ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390).



destacar que la terminación unilateral del contrato en cualquiera de sus modalidades, por razones de lógica elemental, sólo es posible aplicarla en relación con contratos vigentes, puesto que resulta ontológicamente imposible dar por terminado un contrato que ya hubiere finalizado con anterioridad; **d)** la declaratoria correspondiente, en cuanto debe ser adoptada por una entidad estatal en desarrollo de su actividad contractual, constituye un verdadero acto administrativo de naturaleza contractual; e) como obvia consecuencia de la nota anterior, cabe indicar que en todos esos casos el respectivo acto administrativo que pone fin a un contrato estatal de manera unilateral, será pasible de control judicial en virtud de la acción de controversias contractuales, cuyo ejercicio deberá realizarse dentro del término de caducidad establecido en la ley; **f)** una vez ejecutoriada la decisión administrativa que dispone o determina la finalización unilateral del correspondiente contrato estatal, será necesario proceder a la liquidación del contrato estatal en cuestión.

Sin embargo, como ya se dejó señalado, las referidas especies del género de la terminación unilateral de los contratos estatales también se diferencian significativamente entre sí, cuestiones que fácilmente se pueden derivar de los aspectos propios de cada una de ellas y que, de manera resumida en cuanto a los más destacados, se presentan a continuación:

2.6.2.1.- La terminación unilateral propiamente dicha encuentra su regulación básica y fundamental en los artículos 14 y 17 de la Ley 80.

De conformidad con dichas disposiciones legales, es posible precisar que la misma se encuentra consagrada como una institución a la cual pueden acudir las entidades estatales para efectos de desarrollar las funciones que expresamente les consagra la ley (artículo 14-1, Ley 80), consistentes en tener "... la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato".

Según los explícitos dictados de la referida Ley 80, es claro que dicha forma de terminación unilateral tiene "... el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo [se refiere a la entidad estatal contratante] y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación ..." de los mismos.

Esta modalidad de terminación unilateral únicamente puede tener aplicación respecto de aquellos específicos contratos estatales señalados en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80, esto es: a) "en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal"; b) en los contratos que tengan por objeto "la prestación de servicios públicos"; c) en los contratos que tengan por objeto "la explotación y concesión de bienes del Estado" y d) "en los contratos de obra", en cuanto en todos ellos resulta imperativa la inclusión de la cláusula excepcional de terminación unilateral; así mismo podría aplicarse en aquellos f) "contratos de suministro" y g) contratos "de prestación de servicios", en los cuales se hubiere incluido expresamente esa cláusula excepcional, comoquiera que en estos dos (2) últimos dicha estipulación resulta facultativa.

Tal como lo ordena el inciso 2º del numeral 1º del citado artículo 14 de la Ley 80, cada vez que una entidad estatal ejerza esta potestad excepcional de terminación unilateral "... deberá



procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensación e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial".

El aspecto que se acaba de destacar pone de manifiesto que esta especie o modalidad de terminación unilateral de los contratos estatales no comporta la imposición de sanción alguna y, por tanto, a partir de su ejecutoria no se genera inhabilidad alguna en relación con el contratista afectado, lo cual, además, encuentra explicación suficiente en las causales, expresamente consagradas en la ley, que dan lugar a su aplicación.

Tales causales, recogidas en el también citado artículo 17 de la Ley 80, son las siguientes:

"1º Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

"2º Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

"3º Por interdicción judicial o declaratoria de quiebra del contratista.

"4º Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

"Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2º y 3º de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación".

2.6.2.2.- La caducidad administrativa del contrato, figura de carácter sancionatorio cuyo efecto primero consiste en poner fin, de manera anticipada, a la correspondiente relación contractual en virtud de la declaración unilateral que en tal sentido realiza la entidad estatal contratante cuando se configuran las hipótesis fácticas consagradas para ello en las normas legales respectivas.

Cuando hay lugar a la declaratoria de caducidad administrativa, como lo dispone perentoriamente la ley (artículo 18, Ley 80) "... no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley", por lo cual una vez se encuentra en firme la declaratoria de caducidad administrativa, para el contratista que hubiere dado lugar a su declaratoria se genera una inhabilidad que, por una parte, le impedirá, por espacio de cinco (5) años, participar en licitaciones o concursos ante cualquier entidad estatal así como celebrar contratos con cualquiera de dichas entidades estatales (artículo 8-1-c, Ley 80) y, por otra parte, lo obligará a ceder los contratos estatales que ya hubiere celebrado o a renunciar a su participación en los mismos si dicha cesión no fuere posible (artículo 9, Ley 80).

2.6.2.3.- La terminación unilateral de que trata el inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80. La norma legal en cita dispone, de manera imperativa, que el jefe o representante legal de la respectiva entidad estatal contratante debe dar por terminado el contrato estatal, cuando respecto del mismo se hubiere configurado una cualquiera de las causales de nulidad



absoluta consagradas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de ese mismo estatuto contractual.

Así reza el referido artículo 45 de la Ley 80:

"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".

La norma legal transcrita evidencia que esta modalidad de terminación unilateral tiene cabida en relación con cualquier clase de contrato estatal, independientemente de su objeto, siempre que en la celebración del mismo se hubiere configurado una cualquiera de las causales de nulidad antes referidas, sin que su aplicación pueda extenderse entonces a otras causales de nulidad absoluta diferentes a las específicamente indicadas.

Acerca del ejercicio de la potestad de terminación unilateral de los contratos estatales por parte de la Administración, en los eventos de nulidad absoluta del contrato, la Corte Constitucional, en pronunciamiento contenido en Sentencia T-1341 de 2001, sostuvo lo siguiente:

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

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

Desde esta perspectiva resulta claro que el jefe o representante de la entidad estatal contratante se encuentra en el deber legal de declarar la terminación unilateral del contrato, mediante acto administrativo, con el fin de preservar el orden jurídico y el interés público,





cuando quiera que se compruebe la existencia de alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sin embargo, no podrá ejercer esta facultad, aunque existiere un vicio de nulidad absoluta que afectare la legalidad del contrato, cuando la situación irregular no corresponda a alguno de los supuestos establecidos en los tres numerales antes referidos, sencillamente porque la ley no le ha otorgado competencia para ello y, por tanto, en esos otros eventos la única opción que tendría la entidad sería la de demandar judicialmente la declaratoria de nulidad del contrato.

En virtud del principio de legalidad, principio básico en un Estado de derecho, las competencias de cada uno de los órganos y autoridades de la Administración Pública deben encontrarse asignadas por la Constitución Política o la ley de manera expresa, tal como lo ordena la Carta en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de dichos órganos se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos.

La jurisprudencia de la Sección Tercera ha enseñado que la competencia constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, asumiendo que la incompetencia configura la regla general mientras que la competencia constituye la excepción, comoquiera que la misma se restringe a los casos en que sea expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo cual se explica si se tiene en cuenta que "la incompetencia está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse".

Igualmente ha puntualizado sobre el vicio de incompetencia lo siguiente:

"(...) dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina, ha considerado que "...por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (Art. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador".

Con lo anterior, no se trata de desconocer el principio de jurisdicción rogada que distingue a la contencioso administrativa, sino de admitir que existen algunos eventos en los cuales tal característica debe ceder, en virtud de los más altos valores que se hallan en juego y que le corresponde defender al juez contencioso administrativo (...)" (la negrilla no es del texto original).

La actividad contractual de la Administración no escapa al principio de legalidad, toda vez que en este ámbito sus actuaciones también deben someterse a claras y precisas competencias que se encuentran atribuidas por la ley, normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, máxime cuando se trata del ejercicio de prerrogativas que detenta la entidad estatal contratante; así pues, las facultades que por atribución legal ejercen las entidades del Estado cuando se relacionan con los particulares, mediante la contratación, requieren



definición legal previa y expresa de la ley, puesto que es la propia ley la que establece los límites a la autonomía de la voluntad.

Es por ello que la terminación unilateral a cuya aplicación obliga el artículo 45 de la Ley 80, mal podría ejercerse en casos distintos a los expresamente previstos en esa norma legal".

Del estudio desarrollado por el Honorable Consejo de Estado, se puede concluir que si la entidad tiene la posibilidad de dar por terminado de manera unilateral el contrato será por disposición y bajo los términos del **inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80 de 1993**, ya que las demás figuras de terminación unilateral no son aplicables al caso hoy objeto de conceptualización.

Si la entidad considera esta opción jurídica, en la cual se inicie una actuación administrativa con el objeto de ordenar la terminación unilateral del contrato N° 462 de 2021 por haberse configurado la causal de nulidad absoluta prevista en el No. 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, al identificar que existen irregularidades de carácter legal, deberá tener en cuenta lo establecido por el Consejo de Estado¹⁶:

"(...)Recuérdese que de tiempo atrás⁵⁰ esta corporación ha expresado que para que se configure la causal de nulidad prevista en el No. 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional, es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una norma imperativa conduce a estructurar esta precisa causal, aunque, por supuesto, habrá de configurar otra, por la elemental razón de que las normas imperativas no son solamente las que expresamente prohíben, sino también las que mandan.

6.5.- En consecuencia, por regla general, si se desacata una norma que manda, es decir una que contiene una prohibición genérica o implícita del estatuto contractual, o, lo que es lo mismo, una norma que imperativamente ordena aunque no prohíbe expresamente, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero, la causal no será la enlistada en el No. 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sino una diferente según el caso(...)"¹⁷

Es así que, este estudio de transgresión legal deberá ser visto desde el principio de selección objetiva el cual se enmarca en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que indica que la entidad contratante deberá seleccionar el ofrecimiento que resulte más favorable y bajo las finalidades que ésta busca en ejercicio de la actividad contractual, sin tener en cuenta ningún factor, interés o cualquier tipo de motivación subjetiva y **conforme a las reglas, criterios o parámetros y reglas previamente establecidos tanto en la Ley, cómo en el pliego de condiciones.**

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION C, CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C. quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), Rad. No.: 76001-23-33-000-2013-00169-01 (50.045)

¹⁷



Es importante aclarar que, de adelantarse la actuación administrativa señalada en el artículo 45 de la ley 80 de 1993, se deberá considerar por parte de la Secretaría General solicitar a la Cámara de Comercio de Barranquilla, copia de la certificación mediante la cual se acreditó la experiencia del contratista **CENTRO NACIONAL DE PROYECTOS CNP S.A.S**, en el consecutivo 17 que se encuentra registrado en el RUP, ya que una vez verificados los soportes de la experiencia objeto de discusión en la oficina virtual de la Cámara de Comercio de formato denominado **Modelo 8.2** como se puede ver en anexo (1) al presente concepto.

De otra parte, solicitar al Alcalde de Sitionuevo – Magdalena, certificación expedida por esta alcaldía, en la que se indique si fue ejecutado el contrato No. SC 169-2017. Igualmente se deberá solicitar al contratista **CENTRO NACIONAL DE PROYECTOS CNP S.A.S**, los soportes adicionales a la certificación allegada en su propuesta, como soporte de la experiencia registrada en el RUP consecutivo 17, tal como es el acta de inicio, acta de terminación y/o liquidación y copia del contrato suscrito.

Por último, teniendo en cuenta la posibilidad que existe de consultar a la Procuraduría General de la Nación se recomienda, acorde con la Resolución 009 del 13 de enero de 2017 expedida por dicha entidad, hacer las consultas que se estimen necesarias, a fin de que la Secretaría General tenga el sustento probatorio para actuar conforme a los principios de transparencia, eficacia y conforme a Ley.

3.3.3. Como tercera alternativa jurídica, la entidad debe examinar demandar la nulidad de la resolución de adjudicación y el contrato

Tal como lo han establecido las normas y la Jurisprudencia, el decreto de nulidad de un contrato es un asunto de exclusiva competencia del juez y esta actuación es totalmente diferente al deber de la administración de darlo por terminado, cuando advierta alguna de las causales previstas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, es importante señalar que la declaratoria judicial de nulidad de un contrato, retrotrae la situación al estado en que se encontrarían las partes como si el contrato no hubiera existido. En tal evento, la entidad podrá ejercer la correspondiente acción para que el juez competente determine si las actuaciones presuntamente irregulares realizadas por el contratista **CENTRO NACIONAL DE PROYECTOS CNP S.A.S** constituyen un fundamento de nulidad según lo establecido en los numerales 1 al 5 del artículo 44 de la ley 80 de 1993.

Es así que, la entidad podrá optar por interponer la acción de lesividad¹⁸, la cual consiste en acudir al Juez Administrativo para demandar la legalidad del acto administrativo que adjudicó el contrato en

18 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014) Radicación: 660012331000200900087 02. En conclusión, reitera la Sala, que como la acción de lesividad tiene como finalidad atacar un acto administrativo propio que no puede ser revocado directamente y cuyos efectos tienden en muchos casos a beneficiar a un particular y pueden llegar a afectar intereses públicos o generales, es la acción de lesividad el mecanismo idóneo para permitir a la propia Administración acudir al órgano jurisdiccional competente, para discutir con el legítimo contradictor, que en muchos casos sería ella misma o los particulares que resultaren beneficiados con el acto, el asunto de fondo, es decir la presencia de una evidente lesión al interés público, derivada del acto administrativo que la propia administración pretende cuestionar.



mención en favor del proponente **CENTRO NACIONAL DE PROYECTOS CNP S.A.S.**, pues de resultar probada la irregularidad de la documentación aportada para la acreditación del requisito habilitante de experiencia establecido en el pliego definitivo de condiciones, el acto administrativo es ilegal, lesivo de los intereses de la entidad y del interés general.

Sobre la acción de lesividad el Honorable Consejo de Estado¹⁹ predica:

“(…) Precisamente con el nombre de acción de lesividad se identifica a nivel doctrinal la posibilidad legal del Estado y de las demás entidades públicas de acudir ante la jurisdicción Contencioso administrativa con el propósito de impugnar sus propias decisiones. En el derecho colombiano esta modalidad de instrumento impugnatorio tiene sus fundamentos no sólo en las disposiciones constitucionales que procuran la prevalencia del ordenamiento convencional, constitucional y la sujeción al principio de legalidad (arts. 2º, 4º, 6º, 121, 122, 123 inc. 2º y 209, entre otros) de la totalidad de actuaciones y decisiones de los servidores públicos, sino también en las normas adjetivas contenidas en el Código Contencioso Administrativo que habilitan a la Nación y demás entidades públicas para que comparezcan en los procesos contencioso administrativos como demandantes, caso concreto de los artículos 134, 136.7 y 151 inciso 1.º del decreto 01 de 198446, normas vigentes para el momento de los hechos y aplicables al caso, recientemente recogidas en los artículos 149, 151, 152, 154 y 155 de la Ley 1437 de 2011.

En el mismo sentido, será necesario que la entidad proponga las medidas cautelares de suspensión del contrato, en atención al procedimiento establecido en los artículo 229 y ss del Código Contencioso Administrativo, tal como se muestra a continuación:

El numeral dos del artículo 230 del CPACA menciona:

*“(…) 2. **Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual.** A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.”*

En este orden y con relación a la caución, tratándose de entidades públicas, consagra.

*El artículo 232 establece que no se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, **ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.**(subrayado fuera de texto)*

Igualmente es importante aclarar que de adelantarse la demanda de nulidad del acto administrativo y el contrato, se deberá considerar lo ya establecido por esta oficina en el interrogante anterior sobre

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014) Radicación: 660012331000200900087 02.



las recomendaciones en torno a la Cámara de Comercio de Barranquilla, Alcaldía de Sitionuevo – Magdalena y Procuraduría General de la Nación.

3.4 ¿Sería viable una posible cesión de contrato?

Inicialmente se debe señalar que al ser el contrato *intuitu personae*, por regla general no se puede ceder, es decir que, no se podría cambiar de contratista para la ejecución del contrato. Sin embargo, de conformidad con lo previsto en el inciso 3 del artículo 41 de la Ley 80, a manera de excepción puede operar este fenómeno propio del derecho privado, solo cuando haya sido autorizado previamente y por escrito por la entidad contratante.

En este sentido, el Consejo de Estado²⁰ explicó que, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales no pueden cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante, por lo que se constituye en exigencia relevante para que un tercero asuma la posición contractual del contratista.

ARTÍCULO 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. *Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.*

<Inciso modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

Los contratos estatales son intuitu personae <sic> y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.

En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante, deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante.

A falta de acuerdo previo sobre la remuneración de que trata el inciso anterior, la contraprestación económica se acordará con posterioridad al inicio de la ejecución de lo contratado. Si no se lograre el acuerdo, la contraprestación será determinada por el justiprecio objetivo de la entidad u organismo respectivo que tenga el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno y, a falta de éste, por un perito designado por las partes.

²⁰ Sección Tercera, en Sentencia (34586), del 31 de mayo de 2016



PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo, deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal.

El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

De acuerdo con lo dicho, la cesión es el acuerdo por el cual el titular de un contrato le transfiere a otro la posición que le corresponde dentro de él. La cesión crea un vínculo jurídico entre el cedente y el cesionario; por lo que solo se requiere el acuerdo de voluntades por escrito. Pero tratándose de un contrato estatal, adicional a dicho acuerdo por escrito, se requiere la aceptación de la entidad contratante.

"(...)La cesión del contrato es viable bajo las reglas de los artículos 887 a 896 del Código de Comercio, aplicables en el contrato estatal por disposición del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

La cesión de un contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde el momento en que aquella se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto para documentos escritos con cláusula "a la orden" u otra equivalente, en el que solo bastará el endoso del documento (art. 894 e inc. 3 Art. 888 C. Co.). Por lo demás, la cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato, es decir, los derechos y obligaciones que emanan del contrato cedido; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes (art. 895 C.Co)(...)²¹

La ley establece los casos en que se puede ceder un contrato Estatal:

- a. La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento de un contrato celebrado con un contratista individual. En tal evento, el contratista individual deberá, previa autorización de la entidad estatal, ceder el contrato a un tercero, y si no resultare posible habrá de renunciar a la ejecución respectiva (inciso primero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993).
- b. En los casos que amerite, por solicitud del contratista y dicha solicitud deberá estudiada por la Entidad contratante.

En conclusión, si la pregunta que se hace a esta oficina es en aras de dar continuidad al contrato No. 462 de 2021 mediante la figura de la cesión, se deberá entender que **la cesión, en este caso, no es una opción**, ya que existe una gran posibilidad que el contrato hoy objeto de discusión, adolezca de

²¹ <https://contratacionenlinea.co/index.php?section=184&module=navigationmodule>



un vicio y, en ese sentido, no sería viable ceder el contrato bajo los términos descritos en las líneas anteriores.

CONCLUSIÓN.

Esta oficina puede concluir que, de los interrogantes planteados en la solicitud y las respuestas aquí ofrecidas, resulta relevante enfatizar en las posibles vías jurídicas que podría tomar Secretaria General frente a la ejecución del contrato No. 462 de 2021, así:

1) ¿Es posible acceder a la solicitud de revocatoria directa aun cuando el contrato fue suscrito?

Una vez nace el contrato en la vida jurídica, no se puede dar aplicación a lo establecido en artículo 9 de la ley 1150 de 2007, en lo que respecta a la excepciones de revocatoria del acto administrativo de adjudicación, pues perfeccionado el contrato por las partes, nace un vínculo jurídico entre la administración y el contratista seleccionado, el cual solo podrá ser anulado por vía judicial. Así las cosas, es claro que no es posible su ataque a partir de la figura de la revocatoria directa o por vía de recursos en sede administrativa, dado que así lo ha dispuesto expresamente la Ley.

En virtud de lo anterior, la solicitud de nulidad del acto administrativo de adjudicación en el marco del proceso Concurso de Méritos Abierto CMA-003-2021, deberá realizarse a través del ejercicio de las acciones contencioso administrativas establecidas para el efecto, en sede judicial, siendo el juez el competente para dirimir las controversias que surjan con ocasión de la inconformidad de los oferentes que se consideran afectados con la decisión de la administración.

2) ¿En caso afirmativo, es posible adjudicar al proponente ubicado en segundo lugar?

No es viable la revocatoria del acto administrativo de adjudicación, por lo que tampoco lo es la adjudicación al proponente en segundo lugar.

Lo anterior, en consideración a que ya existe la selección del proponente adjudicatario, lo cual se deriva de la manifestación de voluntad de la entidad contratante sobre la elección y aceptación del proponente que formuló la oferta más conveniente en su momento, lo que, a su vez, da lugar a una relación jurídica de la cual se deriva el compromiso para las partes de observar las formalidades propias del perfeccionamiento del contrato, tal como se dio en el caso objeto de análisis. Esto, como quiera que, en nuestro ordenamiento jurídico se requiere la suscripción del contrato para formalizar el acuerdo de voluntades.

3) Si la respuesta al primer interrogante es negativa, ¿qué alternativas jurídicas se podrían tomar para resolver el hecho de haber adjudicado y suscrito un contrato presuntamente obtenido con medios ilegales?



- (i) Ejecutar el contrato con fundamento en el principio de buena fe por parte de la entidad, al momento de la evaluación de las propuestas. Asumiendo el riesgo de que se compruebe la presunta falsedad, con las consecuencias patrimoniales que ello ocasiona.
- (ii) Terminación unilateral por aplicación del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, bajo los términos del **inciso 2º del artículo 45 de la misma codificación**, ya que las demás figuras de terminación unilateral no son aplicables al caso hoy objeto de conceptualización. De tomarse esta alternativa, deberá argumentarse la vulneración al principio de selección objetiva, el cual se enmarca en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en el que se indica que es aquel en que la entidad contratante deberá seleccionar el ofrecimiento que resulte más favorable y bajo las finalidades que ésta busca en ejercicio de la actividad contractual, sin tener en cuenta ningún factor, interés o cualquier tipo de motivación subjetiva y conforme a las reglas, criterios o parámetros y reglas previamente establecidos tanto en **la Ley**, como en el pliego de condiciones. Igualmente, deberán adelantarse los trámites descritos en el numeral 3.3.2 del presente documento.
- (iii) Demandar la nulidad de la resolución de adjudicación y el contrato, teniendo en cuenta que, tal como lo han establecido las normas y la jurisprudencia, el decreto de nulidad de un contrato es de exclusiva competencia del juez. La entidad debe optar por presentar la *acción de lesividad*²², la cual consiste en acudir al Juez Administrativo para discutir la legalidad del acto administrativo que ordenó la adjudicación del contrato. Sin embargo, es importante señalar que la declaratoria judicial de nulidad de un contrato, retrotrae la situación al estado en que se encontrarían las partes como si el contrato no hubiera existido, de manera que, la entidad podrá ejercer la correspondiente acción para que el juez competente determine si las actuaciones presuntamente irregulares constituyen fundamento de nulidad según lo establecido en los numerales 1 al 5 del artículo 44 de la ley 80 de 1993. Igualmente, deberán adelantarse los trámites descritos en el numeral 3.3.3 del presente documento.

4) ¿Sería viable una posible cesión de contrato?

La cesión, en este caso, no es una opción, ya que existe la posibilidad de que exista un vicio en el contrato.

En estos términos se da respuesta a su solicitud.

Cordialmente,

²² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014) Radicación: 660012331000200900087 02. En conclusión, reitera la Sala, que como la acción de lesividad tiene como finalidad atacar un acto administrativo propio que no puede ser revocado directamente y cuyos efectos tienden en muchos casos a beneficiar a un particular y pueden llegar a afectar intereses públicos o generales, es la acción de lesividad el mecanismo idóneo para permitir a la propia Administración acudir al órgano jurisdiccional competente, para discutir con el legítimo contradictor, que en muchos casos sería ella misma o los particulares que resultaren beneficiados con el acto, el asunto de fondo, es decir la presencia de una evidente lesión al interés público, derivada del acto administrativo que la propia administración pretende cuestionar.



LUZ DARY CASTAÑEDA HERNÁNDEZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica.

Proyectó: Tatiana Contreras Martínez / Abogado contratista OAJ

Documento 20211400081343 firmado electrónicamente por:

LUZ DARY CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Jefe Oficina Asesora Jurídica, OFICINA ASESORA JURÍDICA, Fecha firma: 04-08-2021 19:05:14

Revisó: LUZ EIDY TATIANA CONTRERAS MARTINEZ - Contratista - OFICINA ASESORA JURÍDICA

Anexos: 1 folios



9fed6cfcea56b5bc3c844224956253603384cbc51c96eaf3be12d576872767e

Código de Verificación CV: bdd2f Comprobar desde: <https://www.umv.gov.co/portal/verificar/>

