**ACCIÓN DE TUTELA – Contra providencia judicial – Terminación unilateral del contrato – Competencia – Jefe o representante legal – Entidad estatal**

Para declarar la terminación unilateral del contrato, el jefe o representante legal de la entidad debe analizar si se configuran los elementos que estructuran la causal, es decir, deberá determinar si el contrato se celebró con una persona incursa en una causal de inhabilidad o incompatibilidad, o si celebró un contrato prohibido, o si fueron anulados los actos administrativos en que se fundamentaba el contrato. Ese análisis, por supuesto, no implica que la administración examine la validez del contrato ni que la terminación del contrato equivalga a la declaratoria de nulidad, pues esos asuntos son de competencia exclusiva del juez del contrato. En otras palabras, aunque esta modalidad de terminación unilateral se funda en causales de nulidad absoluta del contrato, no puede confundirse con la declaratoria de nulidad. La terminación unilateral del contrato tiene como propósito darlo por terminado de manera anticipada, mas no expulsar el contrato del ordenamiento jurídico ni dejarlo sin efectos.

**TERMINACIÓN DEL CONTRATO –** **Terminación unilateral del contrato – Causales de nulidad absoluta del contrato – Expresa prohibición constitucional o legal**

Las causales por las que el jefe o el representante legal de la entidad debe terminar unilateralmente el contrato estatal son taxativas y 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 promoviendo el afianzamiento de una atentado contra la regularidad jurídica, desatendiendo los mandatos que regulan la actividad administrativa, entre ella la actividad contractual». (…) no podrá hacerse una interpretación extensiva o analógica del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 para terminar unilateralmente los contratos por causales diferentes a las señaladas en dicho artículo. Si el jefe o el representante legal de la entidad contratante estima que se configuró una causal de nulidad absoluta diferente a las previstas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80, lo propio es que presente la demanda correspondiente para pedir la nulidad absoluta del contrato, pero no podrá terminarlo unilateralmente. (…) para declarar la terminación unilateral del contrato, el jefe o representante legal de la entidad debe analizar si se configuran los elementos que estructuran la causal, es decir, deberá determinar si el contrato se celebró con una persona incursa en una causal de inhabilidad o incompatibilidad, o si celebró un contrato prohibido, o si fueron anulados los actos administrativos en que se fundamentaba el contrato. Ese análisis, por supuesto, no implica que la administración examine la validez del contrato ni que la terminación del contrato equivalga a la declaratoria de nulidad, pues esos asuntos son de competencia exclusiva del juez del contrato. En otras palabras, aunque esta modalidad de terminación unilateral se funda en causales de nulidad absoluta del contrato, no puede confundirse con la declaratoria de nulidad. La terminación unilateral del contrato tiene como propósito darlo por terminado de manera anticipada, mas no expulsar el contrato del ordenamiento jurídico ni dejarlo sin efectos. (…) Tal y como se desprende de la norma en cita, la causal se configura cuando se celebra un contrato que, previamente, ha sido prohibido por la Constitución o la ley. (…) la Sala precisa que esta causal debe interpretarse de modo restrictivo, pues no puede entenderse configurada por cualquier violación de las normas que regulan el proceso de selección. Se repite, para que se configure la causal, se requiere de una norma constitucional o legal que expresamente prohíba la celebración de un contrato y a pesar de la prohibición se celebre. Solo en ese caso podrá concluirse que un contrato estatal es absolutamente nulo y, de contera, la administración deberá terminarlo. (…) la providencia objeto de tutela no vulneró los derechos fundamentales del municipio de Hispania, por cuanto tiene un análisis normativo y probatorio razonable y ponderado, que justamente le permitió concluir que, ante los problemas técnicos de la red interna del municipio de Hispania, era razonable que la adenda No. 3 se publicara en cartelera, en los términos del artículo 8 del Decreto 2474 de 2008. De hecho, no se trata de defecto fáctico ni de desconocimiento del precedente, como lo alegó el municipio demandante. Se trata más bien de la aplicación de normas de la contratación estatal que, como se explicó en las providencias acusadas, permiten publicar por medios diferentes al Secop, cuando no se cuente con los medios tecnológicos para el efecto (…) la Sala advierte que el propósito del municipio de Hispania es constituir una especie de instancia adicional del proceso de controversias contractuales (…) cuestión que resulta improcedente, pues, como ya se explicó, la tutela es un mecanismo excepcional para la protección de derechos fundamentales que no procede para desconocer las decisiones ajustadas a derechos que adopta el juez ordinario. Se resuelve, entonces, el problema jurídico propuesto: las sentencias objeto de tutela no desconocieron los derechos fundamentales del municipio de Hispania, cuando concluyeron que no se cumplieron los requisitos para liquidar unilateralmente el contrato No. 019 de 2011 y se abstuvieron de declarar, de oficio, la nulidad absoluta de dicho contrato. Lo anterior es suficiente para desestimar la tutela pedida por el municipio de Hispania.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN CUARTA**

**Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ**

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01572-00(AC)**

**Actor: MUNICIPIO DE HISPANIA**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA**

La Sala decide la acción de tutela interpuesta por el Municipio de Hispania contra la sentencia del 8 de febrero de 2017, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, que confirmó el fallo del 21 de agosto de 2015, proferido por el Juzgado 27 Administrativo de Medellín, que, a su vez, accedió a las pretensiones de la demanda de controversias contractuales interpuesta por Sinergia Constructores S.A.

1. **ANTECEDENTES**
2. **Pretensiones**

En ejercicio de la acción de tutela, el Municipio de Hispania, mediante apoderado judicial, solicitó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y a la igualdad, que estimó vulnerados por las providencias del 8 de febrero de 2017 y 21 de agosto de 2015, dictadas por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, y el Juzgado 27 Administrativo Oral de Medellín, respectivamente. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

(…) dejar sin efectos las sentencias S.O 049 del 21 de agosto de 2015 proferida por el Juzgado 27 Administrativo de Medellín y 012 del 18 de febrero de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de las cuales se declaró la nulidad de las resoluciones 042 y 050 de 2012, proferidas por el Municipio de Hispania y en las cuales se liquidó unilateralmente el contrato de obra pública 019 de 2011 y, como consecuencia de aquello, se ordene a los jueces administrativos de instancia, proferir una nueva sentencia en la que cumplan las exigencias del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, en la medida en que se valoren las pruebas habidas en el expediente y los argumentos presentados por el Municipio en relación con los puntos referidos en este escrito[[1]](#footnote-1).

1. **Hechos**

Del escrito de tutela, la Sala destaca los siguientes hechos relevantes:

Que el municipio de Hispania y la sociedad Sinergia Constructores S.A. suscribieron el contrato de obra N°. 019 del 13 de diciembre de 2011, cuyo objeto era «*la optimización del sistema de acueducto en el área urbana del Municipio de Hispania en el Departamento de Antioquia*»[[2]](#footnote-2).

Que, en los términos del artículo 45[[3]](#footnote-3) de la Ley 80 de 1993, el municipio de Hispania, mediante las Resoluciones 042 del 24 de febrero de 2012 y 050 del 15 de marzo de 2012, liquidó unilateralmente el contrato, por cuanto en el proceso de selección se cometieron varias irregularidades[[4]](#footnote-4) que, según el municipio demandante, configuraban la causal de nulidad absoluta del contrato de haberse celebrado contra expresa prohibición legal.

Que, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, la sociedad Sinergia Constructores S.A. pidió la nulidad de las Resoluciones 042 de 2012 y 050 de 2012 y el pago de los perjuicios materiales causados, por las utilidades dejadas de percibir, con ocasión de la terminación unilateral del contrato 019 de 2011.

Que la demanda correspondió al Juzgado 27 Administrativo Oral de Medellín, que, mediante sentencia del 21 de agosto de 2015, declaró la nulidad de los actos administrativos demandados, en concreto, porque las presuntas irregularidades cometidas en el proceso de selección no configuran la causal de nulidad del contrato por haberse celebrado contra expresa prohibición legal y, de hecho, ninguna de las demás causales de nulidad absoluta del contrato estatal. Que, por lo tanto, el municipio de Hispania no estaba facultado para liquidar unilateralmente el contrato 019 de 2011. Por consiguiente, el juzgado condenó al municipio de Hispania a pagar a la sociedad Sinergia Constructores S.A. la suma de $13.246.884, a título de utilidades dejadas de percibir.

Que, inconforme con la decisión, el municipio de Hispania apeló y el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, por sentencia del 8 de febrero de 2017, la confirmó, básicamente por las mismas razones del *a quo*.

1. **Argumentos de la tutela**

De manera preliminar, el municipio de Hispania sostuvo que la solicitud de amparo cumple los requisitos generales para la procedibilidad de la acción de tutela, así: **i)** que se trata de un asunto de relevancia constitucional, por cuanto las decisiones acusadas desconocen los derechos fundamentales invocados y el patrimonio público; **ii)** que contra las providencias acusadas no procede ningún recurso, toda vez que no se configura ninguna de las causales del recurso extraordinario de revisión ni se cumple la cuantía exigida para la procedencia del recurso de unificación de jurisprudencia; **iii)** que la demanda se presentó en un plazo razonable; **iv)** que se expusieron los hechos que generan la vulneración de los derechos invocados, y **v)** que no se cuestiona sentencias de tutela, sino providencias dictadas en un proceso de controversias contractuales.

En cuanto al fondo del asunto, el municipio de Hispania alegó que las sentencias objeto de tutela incurrieron en los siguientes defectos:

**3.1. Defecto fáctico**

A juicio del municipio de Hispania, los fallos acusados, al estimar que se publicó debidamente la adenda N°. 3 del 26 de noviembre de 2011, dieron por cierto un hecho que no se encuentra demostrado en el proceso. Que, en efecto, las autoridades judiciales demandadas consideraron que el «*acta de publicación de procesos de selección abreviada No. 008 de 2011*» era el aviso previsto en el artículo 8° del Decreto 2474 de 2008[[5]](#footnote-5), a pesar de que, según dice, se trata de una simple constancia que ni siquiera informa «*el lugar en donde pueden ser consultados en forma gratuita, tanto el proyecto de pliego de condiciones como la versión definitiva del mismo y señalando la forma en que se dará publicidad a los demás actos del proceso*»[[6]](#footnote-6).

Que si las autoridades judiciales demandadas hubieran valorado adecuadamente las pruebas del proceso, habrían concluido que no se cumplió el requisito de publicidad de la adenda N°. 3 y, de contera, que se desconocieron los principios de la contratación estatal, lo que imponía la declaratoria de nulidad del contrato estatal por haberse celebrado en contra de la ley.

Que, por último, la adenda N°. 3 del 26 de noviembre de 2011 modificó sustancialmente los pliegos definitivos (respecto de la capacidad de contratación, experiencia y patrimonio del proponente), la garantía única de cumplimiento y la forma de pago, sin exponer las «*justificaciones técnicas y jurídicas que respaldaran tan importante y trascendental modificación a los pliegos definitivos*»[[7]](#footnote-7). Que, por ende, se desconocieron los principios de planeación, transparencia y selección objetiva.

**3.2. Desconocimiento de precedente**

Para el municipio demandante, las sentencias acusadas desconocieron el precedente de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre las consecuencias jurídicas del desconocimiento de los principios de la contratación estatal. Concretamente, citó las siguientes providencias: **i)** del 24 de abril de 2013, expediente N°. 68001231500019980174301, y **ii)** del 27 de enero de 2016, expediente N°. 76001-23-31-000-2005-02371-01.

Que en esas providencias el Consejo de Estado, Sección Tercera, estableció que si se encuentra probado el desconocimiento de los principios que rigen la contratación estatal, el juez, de oficio, debe declarar la nulidad absoluta del contrato.

Que, siendo así, las autoridades judiciales demandadas debieron declarar, de oficio, la nulidad del contrato 019 de 2011, pues las graves irregularidades que se presentaron en el proceso de selección demostraban que el contrato se celebró «*en contra de expresa prohibición constitucional o legal y comporta, también, un abuso o desviación de poder de parte del funcionario responsable de su suscripción*»[[8]](#footnote-8).

1. **Intervención de las autoridades judiciales demandadas**

**4.1. Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad**

La Magistrada Ponente de la sentencia objeto de tutela sostuvo que los argumentos expuestos por la parte actora son los mismos que alegó en el proceso ordinario y que ya fueron resueltos por ese tribunal. Que si bien el municipio de Hispania alega defecto fáctico y desconocimiento de precedente judicial, lo cierto es que pretende reabrir el debate jurídico que terminó justamente con los fallos judiciales aquí acusados, providencias que hicieron tránsito a cosa juzgada y que no desconocen derechos fundamentales.

**4.2. Juzgado 27 Administrativo Oral de Medellín**

Aunque el juez 27 Administrativo Oral de Medellín fue notificado del auto admisorio[[9]](#footnote-9), no se pronunció sobre los hechos que motivaron la interposición de la acción de tutela de la referencia.

1. **Intervención de terceros**

El Despacho sustanciador, mediante providencia del 11 de julio de 2017, ordenó la notificación, en calidad de tercero con interés, al representante legal de Sinergia Constructores S.A., porque actuó como demandante en el proceso de controversias contractuales que dio lugar a las providencias objeto de tutela.

La Secretaría General de esta Corporación remitió comunicación al representante legal de Sinergia Constructores S.A., mediante correo certificado, en el que informó sobre la existencia del proceso de tutela y la fecha de la providencia. Esa comunicación se envió a la dirección de domicilio que señaló dicha sociedad en el proceso de controversias contractuales. No obstante, la comunicación fue devuelta en dos oportunidades con la anotación de «*cerrado»*.

Ante esa situación, la Secretaría General de la Corporación practicó la notificación mediante el correo electrónico de Sinergia Constructores S.A. En los folios 52 y vuelto del expediente se encuentra la constancia de acuse de recibo. Por lo tanto, en los términos del artículo 291[[10]](#footnote-10) del Código General del Proceso, se presume que el destinatario recibió el correo electrónico. Sin embargo, Sinergia Constructores S.A. no se pronunció sobre los hechos que motivaron la tutela.

1. **CONSIDERACIONES**
2. **De la acción de tutela contra providencias judiciales**

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el otro mecanismo de defensa debe ser eficaz para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado como mecanismo transitorio, siempre que esté plenamente acreditada la razón para conceder la tutela.

A partir del año 2012[[11]](#footnote-11), la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. De hecho, en la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014[[12]](#footnote-12), se precisó que la acción de tutela, incluso, es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, ese mecanismo puede ejercerse contra cualquier autoridad pública.

Para tal efecto, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales (procesales o de procedibilidad) que fijó la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005. Esto es, la relevancia constitucional, el agotamiento de los medios ordinarios de defensa, la inmediatez y que no se esté cuestionando una sentencia de tutela. Además, debe examinar si el demandante identificó y sustentó la causal específica de procedibilidad y expuso las razones que sustentan la violación o amenaza de los derechos fundamentales. No son suficientes las simples inconformidades frente a las decisiones tomadas por los jueces de instancia, sino que el interesado debe demostrar que la providencia cuestionada vulneró o dejó en situación de amenaza derechos fundamentales.

Una vez la acción de tutela supere el estudio de las causales procesales, el juez puede conceder la protección, siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo, que miran más hacia la prosperidad de la tutela: **(I)** defecto sustantivo, **(II)** defecto fáctico, **(III)** defecto procedimental absoluto, **(IV)** defecto orgánico, **(V)** error inducido, **(VI)** decisión sin motivación, **(VII)** desconocimiento del precedente y **(VIII)** violación directa de la Constitución.

Las causales específicas que ha decantado la Corte Constitucional (y que han venido aplicando la mayoría de las autoridades judiciales) buscan que la tutela no se convierta en una instancia adicional para que las partes reabran discusiones jurídicas que son propias de los procesos ordinarios o expongan los argumentos que, por negligencia o decisión propia, dejaron de proponer oportunamente.

La tutela no puede convertirse en la instancia adicional de los procesos judiciales, pues los principios de seguridad jurídica y de coherencia del ordenamiento jurídico no permiten la revisión permanente y a perpetuidad de las decisiones de los jueces y, por tanto, no puede admitirse, sin mayores excepciones, la procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

Es de esa manera que se estudia una providencia judicial mediante el mecanismo excepcional de la acción de tutela.

**2. Planteamiento del problema Jurídico**

La Sala estima que están cumplidos los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Corresponde, entonces, decidir de fondo la solicitud de amparo.

Respecto del fondo del asunto, el municipio de Hispania alegó que la providencia cuestionada incurrió en defecto fáctico y en desconocimiento del precedente judicial. Sin embargo, de las razones expuestas para sustentar tales vicios, la Sala advierte que el municipio de Hispania busca demostrar **i)** que el contrato de obra N°. 019 de 2011 se celebró contra expresa prohibición legal y, por ende, en los términos del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, estaba habilitado para terminarlo unilateralmente, y **ii)** que, de no configurarse la causal de expresa prohibición legal, las autoridades judiciales demandadas tenían el deber de declarar, de oficio, la nulidad absoluta del contrato, por cuanto se probó que en el proceso de selección, esto es, en la etapa previa a la celebración del contrato, se desconocieron los principios de transparencia y de planeación.

En consecuencia, la Sala resolverá el siguiente problema jurídico: ¿las sentencias objeto de tutela desconocieron los derechos fundamentales del municipio de Hispania, cuando concluyeron que no se cumplieron los requisitos para liquidar unilateralmente el contrato N°. 019 de 2011 y se abstuvieron de declarar, de oficio, la nulidad absoluta de dicho contrato?

**3. Solución del problema jurídico**

Para ilustrar el sentido de la decisión que adoptará la Sala, resulta necesario referirse a la terminación unilateral del contrato estatal prevista en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, así como a la causal de nulidad absoluta del contrato por haberse celebrado contra expresa prohibición Constitucional o legal, pues sobre esos puntos se circunscribe la discusión jurídica y, de contera, la supuesta vulneración de derechos fundamentales. Seguidamente, la Sala analizará las razones expuestas por las autoridades judiciales demandadas para concluir que el municipio de Hispania no estaba habilitado para terminar unilateralmente el contrato de obra No. 019 de 2011 y que no había lugar a declarar la nulidad del contrato. Finalmente, se adoptará la decisión que en derecho corresponda.

* **De la terminación unilateral del contrato estatal prevista en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 y la causal de nulidad absoluta del contrato por haberse celebrado contra expresa prohibición Constitucional o legal**

El artículo 45[[13]](#footnote-13) de la Ley 80 de 1993 establece que el jefe o representante legal de la entidad contratante debe terminar el contrato, mediante acto motivado, cuando se configuren las causales de nulidad absoluta del contrato previstas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de ese mismo estatuto, esto es, **i)** cuando se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución o en la ley; **ii)** cuando se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal, o **iii)** cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten.

Las causales por las que el jefe o el representante legal de la entidad debe terminar unilateralmente el contrato estatal son taxativas y 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 promoviendo el afianzamiento de una atentado contra la regularidad jurídica, desatendiendo los mandatos que regulan la actividad administrativa, entre ella la actividad contractual*»[[14]](#footnote-14).

De conformidad con lo anterior, no podrá hacerse una interpretación extensiva o analógica del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 para terminar unilateralmente los contratos por causales diferentes a las señaladas en dicho artículo. Si el jefe o el representante legal de la entidad contratante estima que se configuró una causal de nulidad absoluta diferente a las previstas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80, lo propio es que presente la demanda correspondiente para pedir la nulidad absoluta del contrato, pero no podrá terminarlo unilateralmente. Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 18 de marzo de 2010, dictada en el expediente 25000-23-26-000-1994-00071-01, precisó:

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.

Ahora, para declarar la terminación unilateral del contrato, el jefe o representante legal de la entidad debe analizar si se configuran los elementos que estructuran la causal, es decir, deberá determinar si el contrato se celebró con una persona incursa en una causal de inhabilidad o incompatibilidad, o si celebró un contrato prohibido, o si fueron anulados los actos administrativos en que se fundamentaba el contrato. Ese análisis, por supuesto, no implica que la administración examine la validez del contrato ni que la terminación del contrato equivalga a la declaratoria de nulidad, pues esos asuntos son de competencia exclusiva del juez del contrato. En otras palabras, aunque esta modalidad de terminación unilateral se funda en causales de nulidad absoluta del contrato, no puede confundirse con la declaratoria de nulidad. La terminación unilateral del contrato tiene como propósito darlo por terminado de manera anticipada, mas no expulsar el contrato del ordenamiento jurídico ni dejarlo sin efectos.

Para estudiar el caso concreto, interesa la causal prevista en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que establece:

Artículo 44º.- *De las Causales de Nulidad Absoluta*. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

(…)

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

Tal y como se desprende de la norma en cita, la causal se configura cuando se celebra un contrato que, previamente, ha sido prohibido por la Constitución o la ley. Ese sería el caso, por ejemplo, del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece que «*so pena de nulidad no podrán celebrarse contratos de fiducia o subcontratos en contravención del artículo 355[[15]](#footnote-15) de la Constitución Política. Si tal evento se diese, la entidad fideicomitente deberá repetir contra la persona, natural o jurídica, adjudicataria del respectivo contrato*».

Sobre esta causal, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 18 de marzo de 2010, citada anteriormente, determinó que los siguientes son los requisitos para que se configure: «*i) La violación del régimen de prohibiciones consagrado en****normas constitucionales o en normas legales o en cualesquiera otras con fuerza de ley;****por lo tanto, la violación de otra clase de normas que no sean de rango constitucional o que carezcan de fuerza de ley no genera vicio de nulidad en el contrato, como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala y, ii) La prohibición respectiva, establecida en la Constitución Política o en la Ley debe ser****expresa***».

Por último, la Sala precisa que esta causal debe interpretarse de modo restrictivo, pues no puede entenderse configurada por cualquier violación de las normas que regulan el proceso de selección. Se repite, para que se configure la causal, se requiere de una norma constitucional o legal que expresamente prohíba la celebración de un contrato y a pesar de la prohibición se celebre. Solo en ese caso podrá concluirse que un contrato estatal es absolutamente nulo y, de contera, la administración deberá terminarlo.

* **De las providencias objeto de tutela y el análisis de la Sala**

A partir de lo expuesto, le corresponde ahora a la Sala analizar la argumentación utilizada en las providencias acusadas para concluir que no estaban cumplidos los presupuestos para que el municipio de Hispania terminara unilateralmente el contrato con fundamento en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

El Juzgado 27 Administrativo Oral de Medellín, por sentencia del 21 de agosto de 2015, analizó las irregularidades invocadas por el municipio de Hispania para terminar unilateralmente el contrato y estimó que los actos administrativos demandados «*se encuentran falsamente motivados, toda vez que se sustentaron en irregularidades que no afectan la validez del negocio jurídico, y por lo tanto, dichos actos administrativos basan su fundamento en hechos que no corresponden a la realidad, máxime cuando el aludido fundamento legal permite la nulidad del contrato celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal, situaciones que en este caso no se presentaron, razón por la cual será declarada su nulidad*».

A instancias del recurso de apelación, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, por sentencia del 8 de febrero de 2017, concluyó lo siguiente:

(…) los vicios que afectan la validez de los contratos estatales y que se sancionan con la declaración de nulidad absoluta se pueden erigir, desde el plano hipotético, en los aspectos intrínsecos del acto jurídico, como sucede cuando adolece de objeto ilícito, de causa ilícita o de vicios del consentimiento, cuando se presenta incapacidad absoluta, inhabilidad o incompatibilidad prevista en la Constitución o la ley en relación con los contratantes, cuando el contrato es celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal, con abuso de poder o con desviación de poder, de allí que no toda irregularidad que surja en el curso de la contratación estatal, derive en la configuración de la nulidad absoluta, como al parecer entendió la Administración Municipal de Hispania –Ant.-, al declarar la terminación del contrato de obra N°. 019 de 2011, basado en una serie de situaciones que en manera alguna comportaron una violación a la constitución o a la ley como para suponer que el referido contrato se hubiera celebrado con una expresa prohibición dispuesta en normas de ese mismo orden normativo.

Recuérdese que, conforme a los postulados jurisprudenciales, no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato contra expresa prohibición constitucional o legal, en punto a que es necesario analizar, en cada caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente, máxime cuando para la configuración de este tipo de nulidad, es preciso que concurran los dos presupuestos ya señalados, esto es, que exista violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa y explícita.

Así las cosas, no habiéndose comprobado por esta Sala la configuración de nulidad absoluta del Contrato N°. 019 de 2011, cuyo objeto fue la optimización del Sistema de Acueducto en el área urbana del municipio de Hispania –Ant.-, por la causal dispuesta en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, se impone en consecuencia, la confirmación de la sentencia proferida el día 21 de agosto de 2015 (…).

A juicio de la Sala, las decisiones acusadas no desconocen los derechos fundamentales del municipio de Hispania, pues, tal y como lo concluyeron las autoridades judiciales demandadas, el contrato de obra N°. 019 de 2011, cuyo objeto era la optimización del sistema de acueducto en el área urbana del municipio de Hispania, no está prohibido por la Constitución ni la ley. Por el contrario, el objeto del contrato resulta normal en la contratación de las entidades estatales y, por ende, no es cierto que se hubiera celebrado un contrato prohibido por la ley.

La Sala respalda las sentencias objeto de tutela, en cuanto concluyeron que las razones que invocó el municipio de Hispania para terminar unilateralmente el contrato de obra N°. 019 de 2011, relacionadas con las presuntas irregularidades cometidas en el proceso de selección, de ningún modo implican que se hubiese celebrado un contrato prohibido por la ley, pues, como se vio en el acápite anterior, para que dicha causal se configure se requiere que previamente se hubiese prohibido un contrato y a pesar de la prohibición se celebre. Empero, eso no ocurrió en este caso y, por lo tanto, como bien lo estimaron las autoridades judiciales demandadas, el municipio de Hispania no estaba habilitado para terminar unilateralmente el contrato de obra N°. 019 de 2011, con fundamento en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

Ahora, respecto del segundo cuestionamiento del municipio de Hispania, esto es, que las irregularidades ocurridas en el proceso de selección imponían a las autoridades judiciales demandadas declarar, de oficio, la nulidad del contrato de obra N°. 019 de 2011, la Sala debe precisar que en las sentencias objeto de tutela se descartaron las irregularidades alegadas y, por ende, no era necesario que las autoridades judiciales demandadas analizaran si había lugar o no a declarar la nulidad absoluta del contrato.

En efecto, la providencia del 8 de febrero de 2017 —la Sala solo se referirá a esa sentencia, por cuanto puso fin al proceso de controversias contractuales— comenzó por precisar que, en el recurso de apelación, el municipio de Hispania alegó que uno de los documentos propios de la etapa precontractual (adenda N°. 2) se suscribió por un funcionario sin competencia y que no se publicó debidamente la adenda N°. 3.

Después de relacionar las pruebas del proceso, en la sentencia acusada se precisó que, en el ámbito municipal, la competencia para suscribir los contratos estatales es del alcalde, sin perjuicio de que esa competencia sea delegada en alguno de los funcionarios que ejerzan cargos del nivel directivo o ejecutivo.

Seguidamente, el tribunal demandado encontró probado que, en efecto, la adenda N°. 2 del 14 de noviembre de 2011 fue suscrita por la secretaria de planeación municipal de Hispania, mas no por el alcalde, pero que, 10 días después, es decir, el 24 de noviembre de 2011, el proceso de selección abreviada fue declarado desierto y se ordenó la apertura de un nuevo proceso de selección, lo que se cumplió mediante la Resolución 142 del 25 de noviembre de 2011 y dio lugar a la expedición de la adenda N°. 3 del 26 de noviembre de 2011, ahora sí, suscrita por el alcalde de Hispania. Precisado lo anterior, en la sentencia objeto de tutela se lee:

Conforme lo establecía el parágrafo 2° del artículo 44 del Decreto 2474 de 2008, en los casos en que se declara desierto un proceso de selección abreviada de menor cuantía, la entidad puede dar apertura a un nuevo proceso prescindiendo de la publicación del pliego de condiciones, pero de ser necesario, deberá modificar los elementos de la futura contratación que hubieren sido determinantes de la declaratoria de desierto del proceso anterior sin alterar, claro está, el objeto contractual.

Bajo ese entendido, debe recordar el Tribunal que, una vez iniciado el nuevo proceso de Selección Abreviada No. 008 de 2011, mediante la Resolución No. 142 del 25 de noviembre de 2011, fue proferida la Adenda No. 3, suscrita por el Alcalde Municipal de Hispania –Ant.-, a través de la cual se efectuaron modificaciones a algunos numerales de los pliegos de condiciones definitivos para la selección abreviada antes mencionada (fl. 54 a 58 C. No. 1) y precisamente, el fruto de este nuevo proceso de selección, fue la adjudicación del contrato a la firma Sinergia Constructores S.A., mediante la Resolución No. 0153 del 13 de diciembre de 2011 y la suscripción del mismo en esa misma data (fl. 241 y s.s. C. No. 1).

En conclusión, entiende la Corporación que, respecto del proceso de Selección Abreviada No. 008 de 2011, adelantado luego del 25 de noviembre de 2011, no se evidencia incompetencia en la suscripción de los documentos que forman parte de la etapa precontractual, como para predicar la configuración de la nulidad absoluta del contrato N°. 019 del 13 de diciembre de 2011, y en esa medida, debe considerarse como impropia la decisión adoptada por el Municipio de Hispania, cual fue la declaratoria de terminación del mismo, si se tiene en consideración que no pueden trasladarse los vicios de anulabilidad entre los diversos procesos de contratación más cuando ha mediado la declaratoria de desierto entre ellos, como en efecto, ocurrió en este particular evento.

Y sobre la falta de publicación de la adenda N° 3, la sentencia del 8 de febrero de 2017, luego de referirse al principio de publicidad previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, especialmente, a la publicación de los pliegos de condiciones definitivos y de las adendas, concluyó que, contra lo alegado por el municipio de Hispania, sí se garantizó la publicidad de la adenda N°. 3, por las siguientes razones:

(…) el principio de publicidad de las actuaciones de la administración pública regulado primigeniamente en el artículo 209 Superior, supone su consecución a través de cualquiera de los medios de difusión y consulta que disponga el legislador, siempre que se garantice fidelidad, imparcialidad y transparencia, cobertura y oportunidad respecto del contenido publicado y por ello es que en el artículo 8° del Decreto 2474 de 2008, el legislador en forma expresa dispuso que en caso de no contarse con los medios tecnológicos o de no encontrarse disponible el Secop en el día en que deba realizarse la publicación, la entidad publicará para cada proceso de licitación, selección abreviada y de concurso de méritos, un aviso en un diario de amplia circulación nacional, departamental o municipal, según el caso, o a falta de estos en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión, informando el lugar en donde puedan ser consultados en forma gratuita tanto el proyecto de pliego de condiciones como la versión definitiva del mismo y señalando la forma en que se dará publicidad a los demás actos del proceso.

Precisamente y conforme se desprende del acta de publicación del proceso de selección abreviada No. 008 de 2011, visible en el folio 59 del cuaderno No. 1, ha de entender esta Colegiatura que la publicación de la Adenda No. 3 del citado proceso de selección abreviada, se llevó a cabo el día 26 de noviembre de 2011, a través fijación en cartelera, debido a los problemas técnicos que presentaba la red interna de las instalaciones del Municipio de Hispania –Ant.- que tornaron imposible el acceso y cargue del documento en el portal único de contratación SECOP, y mucho menos en la página web oficial de la municipalidad, tal como lo prevé el artículo 8° del Decreto 2474 de 2008, cuando establece que en defecto de los medios tecnológicos, deberá acudirse al aviso fijado en un diario de amplia circulación municipal, y en defecto de éste a otro medios de comunicación social que posean difusión.

Así las cosas, mal haría el Tribunal en asentir en el hecho de la no publicación de la Adenda No. 3 del proceso de Selección Abreviada No. 008 de 2011, por el hecho de no haberse insertado en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, cuando el mismo legislador faculta a las entidades estatales que se encuentran inmersas en procesos de contratación, a acudir a otros medios de difusión para llevar a cabo la publicación de documentos propios de la actividad contractual, cuando no se cuenta con los medios tecnológicos adecuados o cuando se torna imposible acceder a dicho sistema.

Para la Sala, la providencia objeto de tutela no vulneró los derechos fundamentales del municipio de Hispania, por cuanto tiene un análisis normativo y probatorio razonable y ponderado, que justamente le permitió concluir que, ante los problemas técnicos de la red interna del municipio de Hispania, era razonable que la adenda N°. 3 se publicara en cartelera, en los términos del artículo 8° del Decreto 2474 de 2008. De hecho, no se trata de defecto fáctico ni de desconocimiento del precedente, como lo alegó el municipio demandante. Se trata más bien de la aplicación de normas de la contratación estatal que, como se explicó en las providencias acusadas, permiten publicar por medios diferentes al Secop, cuando no se cuente con los medios tecnológicos para el efecto.

Realmente, detrás de los argumentos de la tutela, la Sala advierte que el propósito del municipio de Hispania es constituir una especie de instancia adicional del proceso de controversias contractuales N°. 05001-33-33-027-2013-00117-01, cuestión que resulta improcedente, pues, como ya se explicó, la tutela es un mecanismo excepcional para la protección de derechos fundamentales que no procede para desconocer las decisiones ajustadas a derechos que adopta el juez ordinario.

Se resuelve, entonces, el problema jurídico propuesto: las sentencias objeto de tutela no desconocieron los derechos fundamentales del municipio de Hispania, cuando concluyeron que no se cumplieron los requisitos para liquidar unilateralmente el contrato N°. 019 de 2011 y se abstuvieron de declarar, de oficio, la nulidad absoluta de dicho contrato.

Lo anterior es suficiente para desestimar la tutela pedida por el municipio de Hispania.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

1. **FALLA**

**1.** **Denegar** las pretensiones del municipio de Hispania, por las razones expuestas en esta providencia.

**2.** Si no se impugna, **enviar** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

**STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO**

Presidenta de la Sección

**MILTON CHAVES GARCÍA**

**JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ**

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**

1. Folio 41 del expediente de tutela. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fl. 999 del cuaderno de anexos. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 45º.- *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. [↑](#footnote-ref-3)
4. Relacionadas con: i) desconocimiento del cronograma, ii) falta de competencia del funcionario que suscribió la adenda N°. 2, iii) indebida publicación de la adenda N°. 3, iv) falta de motivación sobre las modificaciones de los pliegos y v) la propuesta de Sinergia Constructores S.A. no fue suscrita por el representante legal, como lo exigía el pliego de condiciones. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículo 8°. *Publicidad del procedimiento en el Secop*. La entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva.

La publicidad a que se refiere este artículo se hará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) a través del Portal único de Contratación, cuyo sitio web será indicado por su administrador. Con base en lo anterior, se publicarán, entre otros, los siguientes documentos e información, según corresponda a cada modalidad de selección:

1. El aviso de la convocatoria pública, incluido el de convocatoria para la presentación de manifestaciones de interés cuando se trate de la aplicación de los procedimientos de precalificación para el concurso de méritos.

2. El proyecto de pliego de condiciones y la indicación del lugar físico o electrónico en que se podrán consultar los estudios y documentos previos.

3. Las observaciones y sugerencias al proyecto a que se refiere el numeral anterior, y el documento que contenga las apreciaciones de la entidad sobre las observaciones presentadas.

4. La lista corta o la lista multiusos del concurso de méritos.

5. El acto administrativo general que dispone la apertura del proceso de selección, para el cual no será necesaria ninguna otra publicación.

6. La invitación a ofertar que se formule a los integrantes de la lista corta o multiusos del concurso de méritos.

7. El pliego de condiciones definitivo y la constancia de envío de información a la Cámara de Comercio para la licitación pública.

8. El acta de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones y en general las aclaraciones que se presenten durante el proceso de selección y las respuestas a las mismas.

9. El acta de la audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsibles.

10. El acto administrativo de suspensión del proceso.

11. El acto de revocatoria del acto administrativo de apertura.

12. Las adendas a los pliegos de condiciones.

13. El informe de evaluación a que se refiere el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, así como el de evaluación del concurso de meritos a que se refiere el artículo 69 del presente decreto.

14. El informe de verificación de los requisitos habilitantes para acceder a la subasta inversa en la selección abreviada de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización; y la que corresponde en la conformación dinámica de la oferta a la que se refiere en artículo 14 del presente decreto.

15. El acto administrativo de adjudicación del contrato. En los casos de licitación pública, también el acta de la audiencia pública de adjudicación.

16. El acto de declaratoria de desierta de los procesos de selección.

17. El contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta.

18. El acta de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral. [↑](#footnote-ref-5)
6. Fl. 37. [↑](#footnote-ref-6)
7. Fl. 17. [↑](#footnote-ref-7)
8. Fl. 41. [↑](#footnote-ref-8)
9. Fl. 51. [↑](#footnote-ref-9)
10. Artículo 291. Práctica de la notificación personal. Para la práctica de la notificación personal se procederá así:

(…)

Cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la comunicación podrá remitirse por el Secretario o el interesado por medio de correo electrónico. Se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo. En este caso, se dejará constancia de ello en el expediente y adjuntará una impresión del mensaje de datos. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ver sentencia del 31 de julio de 2012. [↑](#footnote-ref-11)
12. Expediente (IJ) 11001-03-15-000-2012-02201-01. [↑](#footnote-ref-12)
13. Artículo 45º. *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. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sentencia T-1341 de 2001. [↑](#footnote-ref-14)
15. El artículo 355 de la Constitución Política establece que “Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”. [↑](#footnote-ref-15)