**SELECCIÓN DE CONTRATISTAS -** **Contratación pública - Fundamento**

La Administración para la selección de los contratistas en la contratación pública, está sujeta al cumplimiento de los preceptos constitucionales establecidos en el preámbulo de la Constitución Política y los principios fundamentales del artículo 1°, esto es, que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República (…) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” y el artículo 2° a cuyo tenor se lee que “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (…) y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. (…) Esta preceptiva superior encuentra cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993.

**CONTROL Y VIGILANCIA - Cláusulas excepcionales**

De otro lado la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley. (…) entonces, que en el orden jurídico colombiano existe una especificidad constitucional a favor de la administración pública, comoquiera que, además de encontrarse sujeta a los principios y valores del preámbulo y los artículos 1º, 2º y 3º, el artículo 209 le asigna un especial rol funcional, como lo es el de estar al servicio de los intereses generales, observando unos particulares principios de acción (…) la contratación estatal es uno de aquellos instrumentos con que cuenta la Administración para el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado , razón por la cual durante las etapas de estructuración, proyección o planeación de los contratos del Estado, la precontractual propiamente dicha y, luego de ello, a lo largo de la existencia del contrato estatal se impone a la Administración hacer uso razonable de las herramientas jurídicas de dirección y manejo del contrato conforme a los principios constitucionales y con miras a satisfacer el interés general

**PRINCIPIOS - FUNCIÓN ADMINSITRATIVA - Finalidad - Planeación - Selección Objetiva**

A su vez, el artículo 23 del mismo Estatuto contractual prevé que toda actuación de quienes intervengan en la actividad contractual debe regirse por los principios de transparencia, economía y responsabilidad, sin que por ello se pueda dejar de lado su sujeción a los postulados que rigen la función administrativa, esto es, que esté al servicio de los intereses generales y que se desarrolle de acuerdo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad. (…) de todo este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos, que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general y que debe ceñirse a los principios de la función administrativa, entre otros, a los de transparencia y economía. (…) La eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial los de transparencia y economía, depende en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva.

**PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Contratación estatal - Alcance - Normativa**

El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes, la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración (…) El artículo 24 de la Ley 80 de 1993 para asegurar el principio de transparencia, después de sentar como norma general que la escogencia del contratista debía hacerse por medio de licitación o concurso, regulaba los casos en que se podía contratar directamente.

**PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA - Contratación estatal - Alcance - Normativa**

Se encontraba previsto expresamente en el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993, actualmente consagrado en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, disposiciones conforme a las cuales “la selección de contratistas será objetiva”, (…) la objetividad en la elección de un contratista en cualquier proceso de selección que se trate, hace parte integral del principio de interés general, pues por medio de éste lo que se busca es seleccionar la propuesta que sea más favorable para la satisfacción de los intereses colectivos, siendo improcedente tener en cuenta alguna consideración subjetiva. (…) el principio de selección objetiva guarda una estrecha relación con el principio de libre concurrencia de los interesados, que implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes. Y es que si no se garantiza la libre concurrencia de los interesados, se vulnera el principio de selección objetiva

**NULIDAD - Contrato - Aplicación - Artículo 44 Ley 80 de 1993 - Abuso de poder - Desviación de poder**

Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra. (…) En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato. (…) si se afirma que se celebró un contrato con vulneración al principio de selección objetiva del contratista, la elusión de ese deber legal genera la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en la causal No. 3º del artículo 44 de la ley 80 de 1993. (…) al hablar de abuso o desviación de poder también deben tenerse en cuenta las causales de nulidad previstas en el régimen común, es decir las consagradas en los artículos 1740 a 1742 del Código Civil, así como también las de los artículos 899 y 900 del Código de Comercio.

**NULIDAD - Absoluta - Consecuencias - Saneamiento**

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes. (…) El inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido, constituyéndose este mandato en una excepción al régimen común previsto en el artículo 1525 del Código Civil que dispone que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos. (…) La nulidad absoluta no puede sanearse por ratificación de las partes, dice el artículo 45 de la Ley 80 de 1993. (…) De esta forma, teniendo en cuenta que los contratos que dieron lugar al presente litigio se celebraron uno el 28 de febrero de 1996 y el otro el 30 de agosto de 2001, la nulidad absoluta de la que estos adolecen no se ha saneado por prescripción extraordinaria. (…) Jamás podrá decirse que, en un caso como el que se acaba de mencionar, el decreto oficioso de la nulidad absoluta lleve consigo la violación del principio de la reformatio in pejus porque la protección del orden jurídico es un interés general que debe prevalecer sobre el interés particular que contiene el principio de no reformar la sentencia en perjuicio del apelante único”

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente:** **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

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

**Radicación número: 76001-23-31-000-2005-02371-00(49847)**

**Actor: C.E.S.I. - CENTRO DE ESTUDIOS PARA LOS SISTEMAS DE INFORMACION**

**Demandado: MUNICIPIO DE CALI - SECRETARIA DE EDUCACION E INSTITUCION EDUCATIVA EUSTAQUIO PALACIOS**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)**

**Contenido: Descriptor:** Nulidad absoluta de contrato para la capacitación en el área de sistema celebrados por institución educativa por abuso o desviación de poder y de actos administrativos de terminación unilateral / **Restrictor**: Fundamentos para la selección de contratistas en la contratación pública; Principios que rigen la contratación estatal; Principio de Transparencia; principio de selección objetiva; Nulidad absoluta del contrato estatal por abuso o desviación de poder; Declaratoria de oficio de la nulidad absoluta del contrato estatal y sus consecuencias; Saneamiento de la nulidad absoluta del contrato estatal.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 29 de febrero de 2012 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que resolvió:

*“****PRIMERO:*** *NEGAR las pretensiones de la demanda.*

***SEGUNDO:*** *Declarar oficiosamente la nulidad absoluta de los contratos denominados: “Fortalecimiento Educación Básica - Convenio Centro de Estudios para los Sistemas de Información “C.E.S.I” – Colegio Eustaquio Palacios” – “CONVENIO DE ADMINISTRACIÓN Y DE COOPERACIÓN ACADÉMICA ENTRE EL COLEGIO DEPARTAMENTAL EUSTAQUI [sic] PALACIOS Y EL CENTRO DE ESTUDIOS PARA LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN C.E.S.I”, suscritos el 28 de febrero de 1996 y el 30 de agosto de 2001, respectivamente.*

***TERCERO:*** *Ordenar al Municipio de Santiago de Cali – Institución Educativa Eustaquio Palacios restituir a favor del Centro de Estudios para los Sistemas de Información C.E.S.I la suma de $83.890.000, y todo el mobiliario de sistemas de propiedad de la demandante que se encuentre en las instalaciones de la Institución Educativa Eustaquio Palacios.*

*(…).”*

1. **ANTECEDENTES**

**1. Lo pretendido**

En demanda presentada el 10 de junio de 2005[[1]](#footnote-1) por el Centro de Estudios para los Sistemas de Información “C.E.S.I”., Institución Educativa no formal con autorización oficial según Resoluciones No. 0721/91 y 0298/93 emanadas de la Secretaría de Educación Departamental, se solicitó que se declarara la nulidad de la Resolución No. 004 de 9 de septiembre de 2003, proferida por la Rectoría de la Institución Educativa “Eustaquio Palacios” por medio de la cual se terminó unilateral y ordenó la liquidación del contrato de Fortalecimiento Educación Básica - Convenio Centro de Estudios para los Sistemas de Información “C.E.S.I” – Colegio Eustaquio Palacios y el Convenio de Administración y Cooperación Académica[[2]](#footnote-2) suscrito con el Centro de Estudios para los Sistemas de Información “C.E.S.I”.

Adicionalmente, requirió que se declarara la nulidad de la Resolución No. 0018 de 12 de noviembre de 2003 *“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 004 del 9 de septiembre de 2003”.*

En consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad, solicitó se condene a la Institución Educativa “Eustaquio Palacios”, Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali y Municipio de Santiago de Cali al pago de daño emergente[[3]](#footnote-3) y el lucro cesante[[4]](#footnote-4), a la corrección monetaria a la que haya lugar y cualquier otro índice de ajuste monetario a las sumas que resultaren de la condena.

Finalmente, pidió que se condene a la Institución Educativa “Eustaquio Palacios”, Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, y al Municipio de Santiago de Cali al pago de costas, agencias en derecho y demás gastos del proceso.

**2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.**

La parte demandante fijó los siguientes hechos como sustento de las pretensiones de su demanda[[5]](#footnote-5):

El 30 de agosto de 2001 se suscribió el contrato denominado *“Convenio de Administración y Cooperación Académica”* entre el Colegio Departamental “Eustaquio Palacios” y el Centro de Estudios para los Sistemas de Información “C.E.S.I”.

Precisa el accionante que en cumplimiento del objeto contractual, el Centro de Estudios para los Sistemas de Información C.E.S.I., dotó de equipos y materiales a tres salas de sistemas ubicadas en el Colegio Eustaquio Palacios. La duración del contrato se estableció en un mínimo de 6 años y un máximo de 12 años, con revisiones cada 3 años de las condiciones y resultados.

El actor sostiene que durante el año lectivo 2001 - 2002, el contrato se cumplió de conformidad con lo estipulado. Sin embargo, durante el año lectivo 2002- 2003 el Rector del Colegio Eustaquio Palacios, no permitió el recaudo de los ingresos por parte del C.E.S.I., ya que cada alumno debía pagar $35.000 en cumplimiento de la clausula quinta del contrato; estos recursos fueron recaudados directamente por el Colegio, sin que fueran trasladados al Centro de Estudios para los Sistemas de Información, razón por la cual considera que la Institución educativa se apropió ilegalmente de esos dineros. Pese a lo ocurrido la parte accionante siguió prestando los servicios contratados.

Posteriormente, llegado el año lectivo 2003 -2004 el Rector de la Institución Educativa no permitió que el C.E.S.I recaudará los dineros estipulados en el contrato; su recaudo estuvo a cargo de la Asociación de Padres de Familia, en esta oportunidad tampoco se transfirieron los dineros recaudados a la parte actora.

Mediante Resolución No. 004 del 9 de septiembre de 2003, el Rector de la Institución Educativa “Eustaquio Palacios” decidió dar por terminado unilateralmente el contrato celebrado entre la mencionada Institución y el Centro de Estudios para los Sistemas de Información y en consecuencia contra este acto administrativo se interpuso recurso de reposición que fue resuelto por medio de la Resolución No. 018 del 12 de noviembre de 2003 que confirmó en todas sus partes el acto administrativo recurrido.

Para concluir, pone de presente que a la fecha de la presentación de la demanda no se ha liquidado el contrato, por parte de la Institución Educativa “Eustaquio Palacios”.

**2.1. Normas violadas**

El actor sostiene que los actos administrativos impugnados son violatorios de las siguientes normas, artículo 1602, 1603, 1610, 1613, 1614 y 1615 del Código Civil, artículo 870 y 871 del Código de Comercio, artículo 5º numeral 1, 17, 23, 44 y 35 de la Ley 80 de 1993, artículo 29, 90, 113, 116 y 122 de la Constitución Política y artículos 2, 3, 44 y 87 del Decreto 01 de 1984.

**3. El trámite procesal**

Una vez admitida la demanda[[6]](#footnote-6) el demandante presentó corrección de la misma[[7]](#footnote-7), la cual fue admitida[[8]](#footnote-8). Noticiado los demandados de este auto admisorio, el asunto se fijó en lista, los accionados dieron respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Por su parte, la apoderada de la Institución Educativa “Eustaquio Palacios” argumentó que tanto el contrato como el convenio aludido en la demanda fueron celebrados con violación del artículo 44 de numeral 2 de la Ley 80 de 1993, debido a que se omitió la aprobación de la garantía y la realización del registro presupuestal. Además señaló que el contrato no estableció ninguna ganancia a favor de la Institución Educativa creando así un desequilibrio contractual, debido a que todo se estableció a favor del contratista, y en consecuencia no se favorecieron los intereses de los estudiantes. Por último, indicó que la ex Rectora de la Institución Educativa no tenía autorización por parte del Consejo Directivo, ni de la Secretaría de Educación Departamental para celebrar dicho contrato[[9]](#footnote-9).

El apoderado del Municipio de Santiago de Cali, presentó su escrito de contestación de la demanda oponiéndose a los hechos y pretensiones de aquella, excepcionando inexistencia de una relación contractual y falta de cumplimiento de los requisitos necesarios para la ejecución del contrato[[10]](#footnote-10).

Vencido el periodo probatorio se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión[[11]](#footnote-11), oportunidad que fue aprovechada por las entidades demandadas[[12]](#footnote-12) para reiterar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Por su parte el Ministerio Público presentó Concepto el 30 de julio de 2010[[13]](#footnote-13), en el cual concluye que se debe acceder parcialmente a las pretensiones del demandante que impone de una parte declarar la nulidad de las resoluciones demandadas, sin embargo, no se debe condenar al pago de indemnización alguna por ausencia de prueba sobre la existencia e intensidad de los perjuicios deprecados.

**II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

El 29 de febrero de 2012, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda, y declaró de oficio la nulidad absoluta de los contratos denominados: “Fortalecimiento Educación básica - Convenio Centro de Estudios para los Sistemas de Información “C.E.S.I” - Colegio Eustaquio Palacios” – y del “Convenio de Administración y de Cooperación Académica entre el Colegio Departamental Eustaquio Palacios y el Centro de Estudios para los Sistemas de Información C.E.S.I.”, suscritos el 28 de febrero de 1996 y el 30 de agosto de 2001, respectivamente.

Adicionalmente, ordenó al Municipio de de Santiago de Cali – Institución Educativa Eustaquio Palacios restituir a favor del Centro de Estudios para los Sistemas de Información C.E.S.I la suma de $83.890.000, y todo el mobiliario de sistemas de propiedad de la demandante.

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

Luego de reproducir los antecedentes de la actuación el *a-quo* desestimó las excepciones propuestas y declaró la nulidad absoluta de los contratos celebrados entre el C.E.S.I y el Colegio “Eustaquio Palacios”.

Como primera medida el Tribunal determinó que la legitimación en la causa por activa, se encontró plenamente verificada en cabeza del C.E.S.I – Centro de Estudios para los Sistemas de Información. Por su parte, en lo relativo a la legitimación en la causa por pasiva, señaló que la Institución Educativa no estaba legitimada para comparecer por sí sola como parte contractual.

En este orden de ideas, concluyó el A quo que para la fecha de celebración de los citados contratos, se encontraba vigente la Ley 115 de 1993 “Ley General de Educación”, junto con su Decreto Reglamentario 1860 de 1994, es así como, partiendo de la mencionada normatividad, y teniendo en cuenta el carácter Departamental de la Institución Educativa “Eustaquio Palacios”, la administración y la prestación del servicio de educación correspondía al Departamento del Valle del Cauca por intermedio de la Secretaría de Educación Departamental, lo cual generaba falta de competencia para contratar en cabeza del Rector de la Institución Educativa, y por lo tanto, a la declaratoria de nulidad absoluta de los contratos suscritos el 28 de febrero de 1996 y el 30 de agosto ded 2001, según los artículos 1502, 1741 del Código Civil y el artículo 899 del Código de Comercio.

**III. RECURSOS DE APELACIÓN**

1.- El 17 de septiembre de 2012 el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación[[14]](#footnote-14), en el que solicitó que se revoque la sentencia de primer grado y se acceda a lo pretendido.

Al momento de la sustentación, el recurrente insistió en que la decisión adoptada en primera instancia es contraría a la normatividad, pues los rectores del Colegio Eustaquio Palacios sí tenían capacidad para celebrar convenios o contratos a la luz del Decreto 1857 de 1994 expedido por el Ministerio de Educación Nacional, que en el artículo 9 estableció: *“****Régimen de la contratación:*** *Las compras y celebración de contratos a que haya lugar con recursos del fondo de servicios educativos se realizarán con estricta sujeción a lo dispuesto en el Estatuto Contractual de la Administración Pública vigente”*

Por otro lado, argumentó el recurrente que en el contrato quedó estipulado que los dineros para la ejecución contractual procedían de los padres de familia, por lo tanto el valor del contrato no estaba sujeto a disponiblidades presupuestales; además el C.E.S.I. quedó facultado para recaudar los dineros, por lo que es claro que la Institución Educativa demandada al recaudar éstos y no trasladarlos a su contraparte contractual incurrió en un incumplimiento, violando de paso el principio general del derecho de “Enriquecimiento sin justa causa”. Aunado a lo anterior, sostuvo que la Institución Educativa habia defraudado “La confianza legítima” al dar por terminado unilateralmente los contratos con el C.E.S.I.

Finalmente, señaló que la decisión tomada en primera instancia ni siquiera fue parte del *petitum* de la demanda, y que su condena es a todas luces irrisoria después de 10 años, puesto que dicha suma de dinero ha perdido poder adquisitivo y el mobiliario está desactualizado conforme al avance de las nuevas tecnologías.

2.- Por su parte, también presentó recurso de apelación la parte demandada - Institución Educativa “Eustaquio Palacios” en el cual argumentó que la sentencia recurrida no tuvo en cuenta que los dineros recaudados por la misma Institución Educativa hacen parte de los fondos docentes, hoy fondos de servicios educativos regulado por el Decreto 992 de 2002 en su artículo 2º, por lo tanto a estos dineros se les debe dar el tratamiento propio del presupuesto de establecimiento educativo al ser parte de la contabilidad de la Institución, de acuerdo al artículo 12 del precitado Decreto. En consecuencia, el contratante no debe restituir los $83.890.000 ya que este dinero es parte de la entidad estatal, como ya se dijo por ser parte de los fondos de servicios educativos.

Además señaló, que la demanda no solicitó restitución de dinero por lo que en consideración del recurrente el juez esta fallando más alla de lo pedido, situación que le esta prohibida. Se cuestionó también, que se evidencia que la Rectora de la Institución Educativa actuó con desviación del poder, debido a la rentabilidad de dicho convenio redundaba solo en las arcas del contratista, cuando la asignatura de tecnología e informática era parte de las áreas obligatorias.

Finalmente, el recurrente llamó la atención sobre el hecho de que en ningún momento se le evitó al contratista el retiro de su mobiliario de las instalaciones de la Institución Educativa, en su criterio el C.E.S.I. los dejó allí con la intención de que la entidad estatal se los pagara. En consecuencia, solicita se revoque la sentencia de forma parcial en el punto tercero del fallo.

Mediante auto del 10 de marzo de 2014[[15]](#footnote-15) esta Corporación admitió los recursos de apelación presentados por la parte actora como por la parte demandada contra sentencia del 29 de febrero de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Posteriormente, mediante auto del 21 de abril de 2014[[16]](#footnote-16) se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera su concepto de rigor.

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

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

**V. CONSIDERACIONES**

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte accionante, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: 1) Normatividad aplicable; 2) Fundamentos para la selección de contratistas en la contratación pública; 3) Principios que rigen la contratación estatal; 3.1)Principio de Transparencia; 3.2) El principio de selección objetiva; 4) Nulidad absoluta del contrato estatal por abuso o desviación de poder; 4.1) Declaratoria de oficio de la nulidad absoluta del contrato estatal y sus consecuencias; 4.2) Saneamiento de la nulidad absoluta del contrato estatal; y 5) Caso concreto.

**1) Normatividad aplicable**

El artículo 38 de la Ley 153 de 1887 preceptúa que en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración.

Los contratos que han dado origen a esta cuestión litigiosa fueron celebrados el 28 de febrero de 1996 y el 30 de agosto de 2001, esto es cuando aún estaba vigente el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

En consecuencia, ha de entenderse que a los referidos contratos le son aplicables aquella disposición con las implicaciones que por aquel entonces tenía.

Lo anterior no significa que el mismo principio que consagraba aquella norma, así como sus implicaciones, no se encuentren ahora plasmados en la Ley 1150 de 2007 aunque por supuesto con algunas variaciones que no son del caso aquí traer.

**2) Fundamentos para la selección de contratistas en la contratación pública**

De manera general, la Administración para la selección de los contratistas en la contratación pública, está sujeta al cumplimiento de los preceptos constitucionales establecidos en el preámbulo de la Constitución Política y los principios fundamentales del artículo 1°, esto es, que *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República (…) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”* y el artículo 2° a cuyo tenor se lee que *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (…) y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”*.

El artículo 365 de la Constitución Política señala que *“los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado,”* que es deber de éste *“asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional,”* que *“podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”*  y que *“en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios*.*”*

Esta preceptiva superior encuentra cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, al disponer que *“los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que [además de la obtención de utilidades cuya obtención garantiza el Estado] colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”*[[17]](#footnote-17)

De otro lado la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley.[[18]](#footnote-18)

Pero además, existe una cláusula de competencia especial para la Administración que deriva de las funciones que le asignó el constituyente en el artículo 209 constitucional[[19]](#footnote-19), siendo estas: i) Estar al servicio de los intereses generales; ii) Ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, iii) Ejercer estas funciones mediante los instrumentos de la descentralización, la delegación y la desconcentración de ellas. Así, de la lectura de dichos principios es claro que se derivan en el ordenamiento jurídico – en materia de contratación pública – otros tales como el de planeación del negocio, legalidad, economía de mercado, llamados a gobernar la acción de la Administración.

Resulta evidente, entonces, que en el orden jurídico colombiano existe una especificidad constitucional a favor de la administración pública, comoquiera que, además de encontrarse sujeta a los principios y valores del preámbulo y los artículos 1º, 2º y 3º, el artículo 209 le asigna un especial rol funcional, como lo es el de estar al servicio de los intereses generales, observando unos particulares principios de acción[[20]](#footnote-20).

Y justamente la contratación estatal es uno de aquellos instrumentos con que cuenta la Administración para el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado[[21]](#footnote-21), razón por la cual durante las etapas de estructuración, proyección o planeación[[22]](#footnote-22) de los contratos del Estado, la precontractual propiamente dicha y, luego de ello, a lo largo de la existencia del contrato estatal se impone a la Administración hacer uso razonable de las herramientas jurídicas de dirección y manejo del contrato conforme a los principios constitucionales y con miras a satisfacer el interés general[[23]](#footnote-23).

**3) Principios que rigen la contratación estatal.**

A su vez, el artículo 23 del mismo Estatuto contractualprevé quetoda actuación de quienes intervengan en la actividad contractual debe regirse por los principios de transparencia, economía y responsabilidad, sin que por ello se pueda dejar de lado su sujeción a los postulados que rigen la función administrativa, esto es, que esté al servicio de los intereses generales y que se desarrolle de acuerdo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad.

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

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

Por supuesto que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también asegura la eficacia de todos los principios que la rigen y por ende la efectiva satisfacción del interés general que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado.[[24]](#footnote-24)

**3.1) Principio de Transparencia[[25]](#footnote-25)**

El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general,[[26]](#footnote-26) la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes,[[27]](#footnote-27) la publicidad de todo el *iter* contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc.

La libre concurrencia de los interesados implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes.

Y es que de no ser así se conculcaría también el deber de selección objetiva porque al excluir posibles proponentes se estaría creando un universo restringido de oferentes en el que perfectamente puede no estar la mejor oferta.

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993[[28]](#footnote-28) para asegurar el principio de transparencia, después de sentar como norma general que la escogencia del contratista debía hacerse por medio de licitación o concurso, regulaba los casos en que se podía contratar directamente.

El Decreto 855 de 1994 reglamentó la contratación directa y recordó en su artículo 2º que en esta estirpe de contratación también debía tenerse en cuenta los principios de transparencia y economía, así como el deber de selección objetiva.

**3.2) Principio de selección objetiva**

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

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

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

Así las cosas, el principio de selección objetiva guarda una estrecha relación con el principio de libre concurrencia de los interesados, que implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes[[29]](#footnote-29).

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

Otro de los factores que inciden en el principio de selección objetiva es el del precio del mercado, que es uno, aunque no el único, que deben tener en cuenta las entidades estatales al celebrar el contrato, pues éstas al definir el costo real del negocio proyectado, es decir el valor de las cosas o servicios que se van a contratar teniendo en cuenta las diversas variables tales como cantidad, calidad, especialidad, momento, lugar, etc., lo que procuran es que no se pague más ni menos de lo que verdaderamente cuestan para ajustarse así a la conmutatividad objetiva que de acuerdo con el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 debe imperar en el contrato estatal[[30]](#footnote-30).

La Sala Plena del Consejo de Estado ha precisado el alcance de este postulado, al manifestar:

*“El principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano, como es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, con independencia del procedimiento utilizado para estos efectos mediante la utilización de pluralidad de variables que eviten el abuso, desvío de poder, y en consecuencia el actuar arbitrario o corrupto de los servidores públicos[[31]](#footnote-31).*

*De la manera más simple, selección objetiva es la que no está inspirada en razones subjetivas, personales, viscerales de los servidores públicos, sino en consideraciones de colectividad, de interés general y de respuestas a necesidades evidentes de la comunidad.*

*La objetividad en la selección de un contratista tiene relación sustancial con el concepto de interés público o general. Puede decirse que constituye el más importante de sus instrumentos, constitutivo de requisito legal esencial respecto de la escogencia del contratista; esto es, norma imperativa de aplicación ineludible, y vinculante.*

*Referirse a la escogencia objetiva en materia contractual significa abordar de manera concreta y efectiva, en todos los procedimientos de escogencia de contratistas principios como los de igualdad, participación y, en especial, el de la libre competencia económica. Lo anterior en virtud de que el deseo del legislador, al romper con los privilegios para la selección de un contratista, es el de permitir que todos aquellos sujetos del mercado que puedan proponerle a la administración bienes, servicios y demás objetos para atender sus necesidades lo hagan de acuerdo con las exigencias de los correspondientes pliegos, compitiendo bajo condiciones de igualdad de acuerdo con sus capacidades, experiencia y conocimientos, para que de esta manera puedan las entidades estatales identificar la propuesta que más favorezca a la entidad[[32]](#footnote-32).”[[33]](#footnote-33)*

Además esta Corporación en sentencia del 30 de enero de 2013, sostuvo que[[34]](#footnote-34):

*“15. El principio de selección objetiva -previsto inicialmente en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993-[[35]](#footnote-35), constituye uno de los más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, buena fe, economía y responsabilidad[[36]](#footnote-36)”.*

Ahora bien, lo dicho obliga también a las Instituciones educativas públicas en el marco de lo preceptuado en el artículo 67[[37]](#footnote-37)de la Carta Política, en el sentido que los contratos que celebren estas entidades utilicen o no recursos del Fondo de Servicios Educativos, deben cumplir con los señalamientos normativos contenidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y sus decretos reglamentarios y en todo caso además, no pueden desconocer los principios de transparencia, economía, publicidad y responsabilidad, de conformidad con los postulados de la función administrativa.

**4) Nulidad absoluta del contrato estatal por abuso o desviación de poder [[38]](#footnote-38)**

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

*“El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional[[39]](#footnote-39) o con abuso o desviación de poder.[[40]](#footnote-40)*

*Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita,[[41]](#footnote-41) razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.*

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

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

*Si lo primero, es decir no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo segundo, esto es se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder”[[42]](#footnote-42)*

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

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

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

Luego, si se entiende que la causa es *“el motivo que induce a la celebración del acto o contrato, que la causa ilícita es aquella contraria a la moral, las buenas costumbres, el orden público y en general la prohibida por la ley – art. 1524-.”[[43]](#footnote-43)* y que la desviación o abuso de poder se configura cuando un funcionario público celebra un contrato con fines diversos a los previstos en la ley, debe entenderse también que la desviación o abuso de poder igualmente se encuadra en la causal de nulidad absoluta del contrato por causa ilícita prevista en el derecho común.

**4.1) Declaratoria de oficio de la nulidad absoluta del contrato estatal y sus consecuencias [[44]](#footnote-44)**

En oportunidad pretérita, ésta Subsección también señaló*:*

*“**La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes.[[45]](#footnote-45)*

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

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

*Pero por supuesto que si nada se ha dado o pagado en razón del contrato nulo, no hay lugar a considerar y a resolver sobre las eventuales restituciones mutuas”[[46]](#footnote-46).*

**4.2) Saneamiento de la nulidad absoluta del contrato estatal [[47]](#footnote-47)**

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

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

*Por consiguiente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos”[[48]](#footnote-48).*

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

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

De esta forma, teniendo en cuenta que los contratos que dieron lugar al presente litigio se celebraron uno el 28 de febrero de 1996 y el otro el 30 de agosto de 2001, la nulidad absoluta de la que estos adolecen no se ha saneado por prescripción extraordinaria.

*Las nulidades absolutas son sanciones que prevé la ley para aquellos negocios jurídicos que contravienen, entre otros, el orden público y las normas imperativas.*

*Significa lo anterior que las nulidades absolutas protegen intereses generales y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y que las facultades del juez se incrementan pues las puede decretar oficiosamente.*

*En consecuencia, si en el trámite de la segunda instancia, que se surte en virtud del recurso de un apelante único, se advierte una causal de nulidad absoluta, es poder-deber del juez el decreto oficioso de ella porque se lo impone el control de legalidad que el ordenamiento le manda en aras de la protección del interés general que envuelve la defensa del orden público y las normas imperativas.*

*Por lo tanto**, jamás podrá decirse que, en un caso como el que se acaba de mencionar, el decreto oficioso de la nulidad absoluta lleve consigo la violación del principio de la reformatio in pejus porque la protección del orden jurídico es un interés general que debe prevalecer sobre el interés particular que contiene el principio de no reformar la sentencia en perjuicio del apelante único”[[49]](#footnote-49)*

**5) Caso concreto**

En el asunto que se revisa en esta segunda instancia por apelación, se encuentra plenamente demostrado para la Sala que la Institución Educativa Eustaquio Palacios, establecimiento educativo oficial suscribió con el demandante, esto es, el Centro de Estudios para los Sistemas de Información “C.E.S.I” dos contratos con la finalidad de capacitar a los estudiantes de los grados 6º A 11º en el área de sistemas, discriminados así:

1. El primero denominado “Fortalecimiento Educación Básica - Convenio Centro de Estudios para los Sistemas de Información “C.E.S.I” – Colegio Eustaquio Palacios”, suscrito el 28 de febrero de 1996, con el objeto de garantizar entre las dos instituciones la iniciación y continuidad del proceso educativo en el área de sistemas en los grados 6º A 11º, los costos educativos serían de CUATRO MIL PESOS ($4.000) mensuales representados en 8 horas prácticas dictadas directamente en la sala de cómputo y el cual tendría una duración indefinida pudiendo cada una de las partes ponerle término con previa comunicación con 6 meses de antelación.
2. En el segundo contrato, suscrito el 30 de agosto de 2001 titulado como Convenio de Administración y de Cooperación Académica, se acordó en su objeto que EL CENTRO DE ESTUDIOS PARA LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN “C.E.S.I” se encargaría de forma independiente y de manera estable de la capacitación del área de informática para todos los grados de la educación básica (6º a 9º ), y educación medio vocacional (10º y 11º ). La duración del contrato sería mínimo de seis (6) años y máximo de doce (12) años, con revisión cada tres años de las condiciones y resultados. En la cláusula quinta referente a los Ingresos y gastos, se indicó que el Centro de Estudios para los Sistemas de Información “C.E.S.I” recaudaría los ingresos y de este monto pagaría los sueldos y prestaciones del profesorado y personal administrativo, de estos recursos también se destinaría anualmente el 10% (diez por ciento) de los ingresos brutos al Colegio Departamental Eustaquio Palacios para los fondos docentes.

La Sala precisa enfatizar como antes se trató, que las instituciones educativas oficiales no están exentas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), por el contrario, es obligatoria su sujeción en cumplimiento a lo consagrado en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

En el caso objeto de Litis, es relevante precisar que se trata de unos contratos estatales, teniendo en cuenta que la entidad contratante es de naturaleza pública que requería la prestación del servicio de capacitación en el área de sistemas, extrañando en el acervo probatorio documento que demuestre que previamente a dicha contratación se realizó justificación de la necesidad y conveniencia de la misma, que se realizaron los estudios previos mediante invitación pública a presentar ofertas que permitiera una comparación de ofrecimientos para determinar el más favorable a los intereses de la entidad contratante, conducta esta, que desconoce abiertamente el principio de transparencia, igualdad y el deber de selección objetiva cuya observancia de manera reiterada y categórica exigen los artículos 23, 24 y 29 de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, no debe perderse de vista que la función administrativa como se desarrolló en la parte considerativa de esta providencia, se encuentra al servicio de los intereses generales, entonces, la actividad de la administración pública debe dirigirse o encaminarse a cumplir los fines del Estado, dicho de otra manera, es que los servidores públicos cuando celebren contratos deben buscar que las entidades públicas cumplan sus fines para que de esta forma se concrete el principio de prevalencia del interés general, situación que no se vislumbra que se haya cumplido en el asunto concreto.

En efecto, las probanzas allegadas enseñan que para contratar la prestación del servicio de capacitación en el área de informática para todos los grados de la educación básica (6º a 9º), y educación medio vocacional (10º y 11º), la demandada no elaboró como lo preceptúa el Estatuto General de Contratación Pública, unos estudios previos que establecieran la necesidad y conveniencia de la contratación. Así mismo, no se encontró en el material probatorio un pliego de condiciones en el que se señalaran las reglas justas, claras y completas para selección del contratista, con factores a evaluar frente al cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio como lo ordena la ley y que permitieran la comparación objetiva y la favorabilidad de la contratación para la entidad mediante satisfacción de los intereses generales, lo cual demuestra una destatención al principio de planeación.

Por el contario, lo que se evidencia por parte de esta Sala es que se violó el deber de selección objetiva en dicha contratación, debido a que el ente educativo procedió a suscribir de forma directa con el demandante, los dos contratos reiterados en lineas precedentes, esto sin realizar estudios previos, comparación objetiva y ningún trámite de publicidad que garantizara la libre concurrencia de los interesados al proceso de selección. En consecuencia, el proceder de la institución educativa demandada favoreció únicamente los intereses del establecimiento de comercio privado que suscribió estos contratos, violando flagrantemente los preceptos constitucionales y legales sobre esta materia.

Tan es así, que de las pruebas arrimadas al proceso se constató que inicialmente la capacitación a los alumnos del Colegio Eustaquio Palacios era dada en las instalaciones del Centro de Estudios para los Sistemas de Información ”C.E.S.I” y luego se tuvo que trasladar esta capacitación al colegio, pues de acuerdo con lo afirmado por el demandante *“la dificultad de llegar o de transporte, la inseguridad que se presentaba para los alumnos de los grados 6, 7 y 8 y el desorden que se presentaba al rededor(sic) de dicha institución que en muchas ocasiones la policia se vieron en la tarea de intervenir por innumerables quejas de los vecinos. En reunión celebrada con la rectora y esta a su vez con los padres de familia se decidió trasladar la sala de computo a las instalaciones del colegio Eustaquio Palacios, para dictar las materias de sistemas de información a todos los grados y grupos de sexto a once de toda la jornada.”*

Se colige de lo expuesto, que la Administración no escogió la oferta más favorable a los intereses de la Institución Educativa puesto que no hizo ningún análisis previo donde se pudiera determinar que la propuesta del contratista era la mejor y más favorable para el cumplimiento de sus intereses como establece el deber de selección objetiva.

Esta Sala de Subsección no tiene duda en afirmar que la demandada desconoció las reglas de la contratación estatal, puesto que se vulneraron los principios de transparencia y selección objetiva.

Pues bien, a partir de las probanzas allegadas, para la Sala se encuentra más que acreditado que en la celebración de los contratos: Fortalecimiento Educación Básica - Convenio Centro de Estudios para los Sistemas de Información “C.E.S.I” – Colegio Eustaquio Palacios” y del “Convenio de Administración De Cooperación Académica entre el Colegio Departamental Eustaquio Palacios y el Centro de Estudios para los Sistemas de Información ”C.E.S.I” suscritos el 28 de febrero de 1996 y el 30 de agosto de 2001, respectivamente, que dieron lugar al presente litigio, la demandada desconoció las reglas de la contratación estatal, puesto que vulneró los principios de transparencia y selección objetiva, siendo necesario entonces declarar la nulidad absoluta de los contratos citados con fundamento en lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993[[50]](#footnote-50).

La violación del deber de selección objetiva determina en este asunto la nulidad absoluta de los contratos: Fortalecimiento Educación Básica - Convenio Centro de Estudios para los Sistemas de Información “C.E.S.I” – Colegio Eustaquio Palacios” y del “Convenio de Administración e De Cooperación Académica entre el Colegio Departamental Eustaquio Palacios y el Centro de Estudios para los Sistemas de Información ”C.E.S.I” suscritos el 28 de febrero de 1996 y el 30 de agosto de 2001, respectivamente, ya que se configura un abuso o desviación de poder, nulidad esta que no puede ser saneada por ratificación de las partes, el término de prescripción extraordinaria no ha logrado sanearla y puede ser decretada oficiosamente si aparece plenamente demostrada y están presentes en el proceso todas las partes que concurrieron a su celebración, tal como ocurre en este caso.

Por consiguiente, es consecuencia obligada decretar la nulidad absoluta de los mencionados contratos, y a su vez la nulidad de las Resoluciones No.04 y 018 de 2003, por cuanto el fundamento de la terminación unilateral de dichos negocios por parte del Representante Legal de la entidad, correspondía a la causal del numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80, esto es, *“(…) 3. Se celebren con abuso o desviación de poder”* y no bajo la causal 2º como lo sustentaron los actos administrativos demandados.

Ahora bien, en consideración a lo dicho es menester para la Sala referirse a las restituciones mutuas de conformidad con lo señalado en el artículo 1746 del Código Civil que establece que la nulidad del contrato declarada mediante sentencia tiene la fuerza de cosa juzgada que *“da a las partes derecho para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el  objeto o la causa ilícita”.*

Conforme con lo anterior, la Sala encuentra probado del acervo probatorio que mediante oficio de fecha 30 de enero de 2004[[51]](#footnote-51) la Revisora Fiscal de la Institución Educativa Eustaquio Palacios, presentó informe de los recaudos realizados entre el año 1995 y el año 2003 por capacitación en el área de informática para todos los grados de la educación básica (6º a 9º) y educación media vocacional (10º y 11º), en virtud del convenio de administración y de cooperación académica celebrado entre la Institución Educativa Eustaquio Palacios y el Centro de Estudios para los Sistemas de Información C.E.S.I., determinando que el C.E.S.I., recibió los dineros recaudados por la prestación del servicio hasta el año lectivo 2001-2002 de acuerdo con los soportes contables.

Esta información coincide con la proporcionada por la auxiliar administrativa grado 13 de la Institución Educativa Eustaquio Palacios, quien mediante Oficio[[52]](#footnote-52) del 7 de abril de 2003 dirigido al Rector de la misma, indicó:

*“(…) los ingresos obtenidos por concepto del convenio CESI- EUSTAPA, fue el siguiente:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***AÑO LECTIVO*** | ***VALOR RECAUDADO*** | ***VALOR CANCELADO AL CESI*** |
| *1997-1998* | *0* | *0* |
| *1998-1999* | *0* | *0* |
| *1999-2000* | *0* | *0* |
| *2000-2001* | *22.145.000.00* | *22.145.000.00* |
| *2001-2002* | *58.730.000.00* | *58.730.000.00* |
|  |  |  |

(…)”

De otra parte, reposa en el expediente el Oficio[[53]](#footnote-53) del 25 de abril de 2006 suscrito por la auxiliar administrativa grado 13 de la Institución Educativa Eustaquio Palacios y dirigido al Rector de la misma, en donde informa que: *“En respuesta a su oficio sin No. de abril 24 del presente, me permito informar que el valor recaudado por concepto de sistemas en el año 2002- 2003, fue de $83.890.000 según recibos de bancos que reposan en tesorería”,* al respecto observa la Sala, que la ambigüedad de dicha afirmación no permite concluir, primero, que la funcionaria se refiera al Convenio de Administración y Cooperación Académica suscrito el 30 de agosto de 2001, cuyo objeto era brindar capacitación en sistemas en los grados 6º a 11º por parte del C.E.S.I. y adicionalmente, que la totalidad de estos recursos reportados corresponden al recaudo contemplado en el contrato mencionado.

La anterior circunstancia, imposibilita concluir de manera fehaciente que la entidad estatal se haya beneficiado ni el monto del beneficio, tal como lo exige el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual no hay lugar al reconocimiento y pago de prestaciones ejecutadas.

De otra parte, frente a la restitución del mobiliario de sistemas ordenado por el Tribunal al demandado, esta Sala considera que teniendo en cuenta que para que se produzca dicho reconocimiento, no basta con la mera afirmación del contratista sino que debe haberse probado que la entidad estatal se benefició mediante la entrega efectiva de los bienes por parte del demandante, probanza inexistente en el proceso.

Finalmente, no se ordenará compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, pues de las probanzas allegadas se encuentra demostrado que esta autoridad inició el respectivo proceso de investigación, pero si ordenará iniciar las investigaciones correspondientes a la Procuraduría General de la Nación por la conducta de quien celebró los contratos violando el deber de selección objetiva y a la Contraloría General de la Nación frente a la afirmación contenida en la contestación de la demanda de la Institución Educativa Eustaquio Palacios *“Al Punto 5º. Es cierto que la institución educativa recaudó el valor los estudiantes venían pagando por el área de sistemas e informática lo realizó la institución educativa estatal porque antes del periodo lectivo del periodo 2002 – 2003 el recaudo lo hacia el Centro de Estudios para los Sistemas de Información “C.E.S.I.” a través de las cuentas de su representante legal y cuando por equivocación los estudiantes cocinaban (sic) en las cuentas bancarias de la institución estatal, la ex rectora le entregaba el dinero al “C.E.S.I.” en efectivo y con cheque sin ningún comprobante de egreso, según los extractos bancarios de la cuenta Nro. 3012-007004506 de CONAVI-OF.3012 del mes de: Mayo, junio, julio, agosto, septiembre, noviembre, diciembre de 2001 y enero y marzo de 2002 y la relación de pagos que anexo en las pruebas. (…)”*

Por lo antes expuesto, la Sala modificará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 29 de febrero de 2012, en cuanto a la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 004 y 018 de 2003 y frente al reconocimiento de restituciones mutuas.

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

**R E S U E L V E**

**MODIFICAR** la sentencia proferida el 29 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, la cual quedará así:

**PRIMERO:** Declarar la nulidad absoluta de los contratos denominados: “Fortalecimiento Educación Básica - Convenio Centro de Estudios para los Sistemas de Información “C.E.S.I” – Colegio Eustaquio Palacios” y del “Convenio de Administración de Cooperación Académica entre el Colegio Departamental Eustaquio Palacios y el Centro de Estudios para los Sistemas de Información “C.E.S.I”, suscritos el 28 de febrero de 1996 y el 30 de agosto de 2001, respectivamente, por los motivos expuestos en esta providencia.

**SEGUNDO:** Declarar la nulidad de la Resolución No. 004 del 9 de septiembre de 2003, proferida por la Rectoría de la Institución Educativa “Eustaquio Palacios” por medio de la cual se terminó y se ordenó la liquidación unilateral del contrato de Fortalecimiento Educación Básica - Convenio Centro de Estudios para los Sistemas de Información “C.E.S.I” – Colegio Eustaquio Palacios y el Convenio de Administración y Cooperación Académica[[54]](#footnote-54) suscrito con el Centro de Estudios para los Sistemas de Información “C.E.S.I”. y de la Resolución No. 0018 de 12 de noviembre de 2003, que confirmó dicha decisión, por las razones expuestas en la parte motiva.

**TERCERO: NO ORDENAR RESTITUCIÓN ALGUNA** por no aparecer demostrado que la entidad estatal se haya beneficiado ni el monto de ese beneficio.

**CUARTO:** **ORDENAR** compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la Nación para que investiguen las conductas de quienes celebraron los contratos violando el deber de selección objetiva.

**QUINTO:** Sin condena en costas.

**SEXTO:** Devolver el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente de la Sala**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Magistrada Magistrado**

1. Folios 24 a 31, C. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Hoy se denomina Institución Educativa “Eustaquio Palacios” [↑](#footnote-ref-2)
3. Señala el actor la configuración del daño emergente, frente al costo de los equipos, accesorios, programas y materiales. [↑](#footnote-ref-3)
4. Señala el actor la configuración del lucro cesante, por el dinero dejado de recibir desde el año 2002 al año 2007, que era la duración mínima del contrato. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 25 a 26, C.1 [↑](#footnote-ref-5)
6. Fl. 34, C.1 [↑](#footnote-ref-6)
7. Fl. 36 al 37, C.1 [↑](#footnote-ref-7)
8. Fl. 42, C.1 [↑](#footnote-ref-8)
9. Fls. 205 a 211, C.1 [↑](#footnote-ref-9)
10. Fls. 264 a 276, C.1 [↑](#footnote-ref-10)
11. Mediante auto del 27 de mayo de 2010, visible a folio 301 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Fls. 315 a 318, C.1 y Fls. 320 a 323, C.1 [↑](#footnote-ref-12)
13. Fls. 325 a 339, C.1 [↑](#footnote-ref-13)
14. Fls 371-374, C.1 [↑](#footnote-ref-14)
15. Fl. 397, C. Ppal [↑](#footnote-ref-15)
16. Fl. 399, C. Ppal [↑](#footnote-ref-16)
17. Lo encerrado entre corchetes fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-17)
18. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tesis Doctoral. El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Universidad Carlos III de Madrid. http://hdl.handle.net./10016/8339. [↑](#footnote-ref-18)
19. Constitución Política. Artículo 209.  La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

    Las  autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. [↑](#footnote-ref-19)
20. Se trata de lo que Schmidt-Assman llama como la legitimación institucional y funcional de la Administración “con la que se designa la posición directa que la Constitución le ha otorgado al Ejecutivo, para subrayar su propia autonomía e identidad ante el poder legislativo y judicial.” SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. En: Barnés, Javier, Innovación y reforma en el Derecho Administrativo. 2° edición, Sevilla, Global Law Press, 2012, p. 66. [↑](#footnote-ref-20)
21. “Bajo esta perspectiva, a la par de los procedimientos y actuaciones administrativas que sustentan el acto administrativo unilateral – el cual, dicho sea de paso, se ha constituido en el instrumento ordinario dentro del Estado de derecho para el cumplimiento de sus propósitos –, se hace imprescindible que todos los servidores públicos entiendan que existe, igualmente, la figura del contrato como mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado.”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca. En: Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos. VI Congreso de Derecho Administrativo. Margarita, 2014, Editorial Jurídica Venezolana y Centro de Adiestramiento Jurídico, p. 301-302. [↑](#footnote-ref-21)
22. Particularmente sobre la planeación esta Sala ha apuntado, entre otras, las siguientes consideraciones:

    “La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales.”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 1° de febrero de 2012, Exp. 22464. [↑](#footnote-ref-22)
23. “Así las cosas, un concepto operativo de contrato estatal, realmente material, debe necesariamente tener como punto de partida la interrelación de los contextos doctrinales y jurídicos que la normatividad contractual del Estado artículo (…) es decir, que cualquier aproximación al diseño de unas bases consistentes de la idea central del negocio público implica reconocer (…) la caracterización privatista de la institución pero dispuesta de manera directa al cumplimiento de los propósitos y finalidades del interés público y general en los términos del artículo 2 constitucional”. SANTOFIMIO GAMBOA, l concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca. Op. Cit, p. 339. [↑](#footnote-ref-23)
24. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de febrero de 2015 Exp. 29.473 [↑](#footnote-ref-24)
25. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 24 de marzo de 2011 Exp. 18.118 [↑](#footnote-ref-25)
26. Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 2002. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2001, Expediente 12037. [↑](#footnote-ref-27)
28. Ya derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de marzo de 2011, Exp: 18.118. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de marzo de 2012 Exp: 22.471. [↑](#footnote-ref-30)
31. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-128 de 2003. *“De dichos textos se desprende claramente, en consecuencia, la voluntad del legislador de que el proceso de selección del contratista sea ajeno a cualquier consideración subjetiva o discriminatoria. Dicha voluntad, atendiendo los principios constitucionales y en particular los señalados en el artículo 209 superior, se extiende a todas las fases del contrato, desde su preparación hasta su liquidación, de manera que en todo su desarrollo se observen rigurosamente los parámetros establecidos por la ley y por los pliegos de condiciones en las diferentes etapas y actuaciones y se adopte una conducta leal, diáfana y veraz conforme al postulado de la buena fe y la mutua confianza entre quienes intervienen en la actividad contractual”*. [↑](#footnote-ref-31)
32. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 de 1999. *“…el principio contemplado en el artículo 3.º del proyecto, según el cual tanto los servidores públicos como los particulares que contratan con la administración deben obrar bajo el claro e inequívoco entendimiento de que una de las finalidades esenciales de la contratación estatal la constituye, precisamente, el cabal cumplimiento de los cometidos estatales, impone partir del criterio de la buena fe de sus actuaciones e implica, por ello, la simplificación de trámites, requisitos y procedimientos, en el ámbito de un estricto régimen de responsabilidad correlativo. Dicho principio encuentra un complemento de significativa importancia consistente en el deber de escoger al contratista mediante la selección objetiva, aspecto éste que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita. En ese sentido, los artículos 24 y 29 del proyecto consagran expresamente ese deber de aplicar tal criterio de escogencia del contratista, para resaltar cómo la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas y que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público...”* [↑](#footnote-ref-32)
33. CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de febrero de 2012. Exp. 38.924 [↑](#footnote-ref-33)
34. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 30 de enero de 2013. Exp: 21.492. [↑](#footnote-ref-34)
35. Ahora en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, norma que no resulta aplicable por ser posterior a los hechos que se juzgan art. 38 de la Ley 153 de 1887. [↑](#footnote-ref-35)
36. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de diciembre de 2007, procesos números 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-. [↑](#footnote-ref-36)
37. Artículo 67 C.N ***“La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social****; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.*

    *La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.*

    *El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.*

    *La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.*

    *Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.*

    *La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley.”* [↑](#footnote-ref-37)
38. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de febrero de 2015 Exp. 29.473 [↑](#footnote-ref-38)
39. Numeral 2º. (Este pie de página corresponde al texto citado.) [↑](#footnote-ref-39)
40. Numeral 3º. (Este pie de página corresponde al texto citado.) [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324. (Este pie de página corresponde al texto citado.) [↑](#footnote-ref-41)
42. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp: 22.471. [↑](#footnote-ref-42)
43. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de marzo de 2007, Exp: 28.010. [↑](#footnote-ref-43)
44. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de febrero de 2015 Exp. 29.473 [↑](#footnote-ref-44)
45. Artículo 45 de la Ley 80 de 1993. (Este pie de página corresponde al texto citado.) [↑](#footnote-ref-45)
46. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp: 22.471. [↑](#footnote-ref-46)
47. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de febrero de 2015 Exp. 29.473 [↑](#footnote-ref-47)
48. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp: 22.471. [↑](#footnote-ref-48)
49. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de enero de 2011, Exp: 16.326. [↑](#footnote-ref-49)
50. “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:

    (…) 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder”. [↑](#footnote-ref-50)
51. Fls. 231-232 C. 1 [↑](#footnote-ref-51)
52. Fl. 74 C. 1 [↑](#footnote-ref-52)
53. Fl. 127 C. 1 [↑](#footnote-ref-53)
54. Hoy se denominada Institución Educativa “Eustaquio Palacios” [↑](#footnote-ref-54)