

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



FACULTAD DE POSTGRADOS MODALIDAD

MONOGRAFÍA

**DERECHO PARA LA JUSTICIA, LA COVIVENCIA E INCLUSION SOCIAL
LINEA PRIMARIA: TEORIA DEL DERECHO, DE LA JUSTICIA Y LA POLITICA**

DESVIACIÓN Y ABUSO DE PODER EN MATERIA CONTRACTUAL

AUTORES

**CARMENSA HERRERA MAYORGA
JULIO ROBERTO FUENTES MURILLO**

BOGOTÁ D.C., 2017.

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



FACULTAD DE POSTGRADOS MODALIDAD

MONOGRAFÍA

**DERECHO PARA LA JUSTICIA, LA COVIVENCIA E INCLUSION SOCIAL
LINEA PRIMARIA: TEORIA DEL DERECHO, DE LA JUSTICIA Y LA POLITICA**

DESVIACIÓN Y ABUSO DE PODER EN MATERIA CONTRACTUAL

AUTORES

**CARMENSA HERRERA MAYORGA
JULIO ROBERTO FUENTES MURILLO**

TUTOR

DR. DAVID GARCIA VANEGAS

BOGOTÁ D.C., 2017.

TABLA DE CONTENIDO

	P.G
JUSTIFICACIÓN.....	4
Categoría	
Proposiciones	
Pregunta problema	
Objetivos	
Objetivo general	
Objetivos específicos	
ESTADO DEL ARTE.....	6
La Urgencia Manifiesta causal de Contratación Directa o excusa para contratar a dedo.	
La aplicación de la teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia colombiana.	
¿Cómo funciona el control de Convencionalidad? definición, clasificación, perspectiva y alcances.	
El Control de Convencionalidad y el Sistema Colombiano.	
MARCO TEÓRICO – CONCEPTUAL.....	20
Mandato constitucional artículo 209 y artículo 3 del CPACA.	
La función administrativa ejercida por el servidor público, punto de vista contratación estatal.	
Artículo 23 de la ley 80 de 1993 principios de transparencia y responsabilidad.	
Desviación y abuso de poder en materia contractual.	
Análisis de las Sentencias Halladas	
CONCLUSIÓN.....	33
PROPUESTA.....	34
BIBLIOGRAFIA.....	36

JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo lo desarrollaremos realizando un análisis con relación a la desviación y abuso de poder en materia contractual.

La desviación de poder en materia contractual se puede definir, como la función administrativa ejercida por el servidor público, con el propósito de favorecer a un tercero, dejando de lado el fin legítimo que persigue la ley con la atribución de la respectiva competencia.

Respecto a lo anterior, se evidencia claramente la vulneración del mandato constitucional contenido en el artículo 209 de nuestra carta magna, conforme al cual la función pública está al servicio de los intereses generales y debe ser ejercida con sujeción al principio de moralidad acorde con los fines del Estado; a sabiendas que la finalidad no es otra que la búsqueda del beneficio común y el bienestar de la comunidad, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales que la regulan art. 209 de la CP. y art. 3 del CPCA.

Es así, que el precepto constitucional desarrollado por el artículo 3° de la ley 489 de 1998, que señala como principios de la función administrativa los atinentes a moralidad, responsabilidad y transparencia, lo mismo que por el artículo 23 de la ley 80 de 1993, establece que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y, de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

De modo que, el marco constitucional y legal prohíbe ejercer la función administrativa dentro de la cual se encuentra la contratación estatal con violación de dichos principios erigidos como orientadores de la gestión pública.

Entonces, el desvío de poder se configura cuando la autoridad administrativa, con competencia suficiente para expedir un acto adecuado a las formalidades, lo ejecuta con fines distintos de aquellos para los cuales se le otorgó esa competencia, es decir, cuando el acto administrativo se aleja de los fines esenciales del Estado, señalados en el preámbulo y en el artículo 2 de la Constitución Política.

A su vez, la doctrina también ha tratado la noción de desviación del poder, fundamentalmente, cuando estudia el tema de la discrecionalidad administrativa que existe

para expedir ciertas decisiones administrativas. En tal sentido, dice, de manera uniforme, que dicha facultad tiene límites, y aunque hay momentos en que las normas le otorgan al funcionario cierta libertad para tomar decisiones, las mismas deben estar dirigidas al beneficio colectivo, porque cuando se expide un acto sin que dicho fin dirija el sentido de las decisiones, se exceden las facultades que las disposiciones otorgan, incursionando en el ámbito de la arbitrariedad, actitud que atenta contra el Estado Social de Derecho.

Categorías

- Desviación y abuso de poder en materia contractual.
- La función administrativa ejercida por el servidor público.
- Propósito de favorecer a un tercero.
- Fin legítimo que persigue la ley.
- Atribución de la respectiva competencia.
- Mandato constitucional artículo 209 y art. 3 del CPACA.
- Función pública al servicio de los intereses generales.
- Principios de moralidad, responsabilidad y transparencia.
- Artículo 23 de la ley 80 de 1993 principios de transparencia, economía y responsabilidad.
- Competencia suficiente para expedir un acto adecuado a las formalidades.
- Cuando el acto administrativo se aleja de los fines esenciales del Estado.
- Doctrina ha tratado la noción de desviación del poder.
- Discrecionalidad y decisiones administrativas.
- Exceden las facultades que las disposiciones otorgan.
- Ámbito de la arbitrariedad, contra el Estado Social de Derecho.

Proposiciones problemáticas

La desviación y abuso de poder en materia contractual, viola y quebranta el fin legítimo que persigue la ley, con el único propósito de favorecer a un tercero.

Cuando el acto administrativo se aleja de los fines esenciales del Estado quebrantando así el mandato constitucional artículo 209, sin acatar los principios de moralidad, responsabilidad y transparencia del artículo 23 de la ley 80 de 1993, se presenta arbitrariedad, contra el Estado Social de Derecho.

¿La función administrativa ejercida por el servidor público, cuando se excede en su atribución de la respectiva competencia, en materia contractual, viola el mandato constitucional artículo 209 y art. 3 del CPACA?

La ley en materia contractual tiene el propósito de cumplir el mandato constitucional artículo 209, la vulneración de los principios de moralidad, responsabilidad y transparencia no forman parte de las facultades que se le otorgan o atribuyen en la respectiva competencia del servidor público.

Pregunta Problema

¿Cómo el consejo de estado ha interpretado la desviación de poder en la contratación estatal, cuando se aleja de los fines esenciales del estado, entre los años 2007 y 2013?

Hipótesis

Una de las causales de nulidad más antiguas y más difíciles de probar en la práctica del contencioso administrativo es la desviación de poder, es la figura procesal mediante la cual, se declara la nulidad de una actuación administrativa en virtud de haber incumplido con los fines esenciales del estado, para los cuales les otorgó esa atribución a sus administradores.

Objetivos

General

Identificar las sentencias de los Actos Administrativos cuando se alejan de los fines esenciales del Estado, en materia contractual entre los periodos (2007- 2010).

Específicos

Ubicar las fuentes de información donde se encuentren las sentencias de los Actos Administrativos cuando se alejan de los fines esenciales del Estado, en materia contractual entre los periodos (2007- 2013).

Definir las sentencias de los Actos Administrativos cuando se alejan de los fines esenciales del Estado, en materia contractual, mediante la revisión y clasificación de las sentencias halladas.

Elaborar un análisis de los resultados obtenidos, de las sentencias cuando se alejan de los fines esenciales del estado.

Estado del Arte

Resúmenes analíticos de investigación (RAI)

RAI 1

Tema: La Urgencia Manifiesta causal de Contratación Directa o excusa para contratar a dedo.

Autora: Arelis Isabel Figueroa Escudero

Año: 2011

Problema

El artículo 42 de la Ley 80 de 1993, ha consagrado la Urgencia Manifiesta, como una condición expresa que hace viable la celebración de contratos de suministro de bienes, prestación de servicios o de ejecución de obras en el inmediato futuro, de forma directa, cuando mediante circunstancias relacionadas con los estados de excepción, fuerza mayor y en general hechos que deban conjurarse ipso facto y que imposibilitan contratar según los procedimientos públicos reglados, pero también en ocasiones puede ser usada para contrataciones caprichosas y a dedo.

Objetivo principal

Estudiar sobre la viabilidad de la institución de la Urgencia Manifiesta, fenómeno jurídico contemplado en el artículo 42 de la ley 80 de 1993.

Analizar la forma como de no cumplirse con los supuestos facticos y legales puede incurrirse en una indebida aplicación en la órbita contractual Estatal.

Resumen

El artículo 42 de la ley 80 de 1993, ha consagrado la Urgencia Manifiesta, como una condición expresa que hace viable la celebración de contratos de suministro de bienes, prestación de servicios o de ejecución de obras en el inmediato futuro, de forma directa, cuando median circunstancias relacionadas con los estados de excepción, fuerza mayor y en general hechos que deban conjurarse ipso facto y que imposibilitan contratar según los procedimientos públicos reglados, pero también en ocasiones puede ser usada para contrataciones caprichosas y a dedo.

El Estatuto de la Contratación Pública en Colombia, permite bajo el fundamento de Principios Constitucionales, de conformidad con los reglamentos, contratar bienes, obras y servicios que conduzcan al cumplimiento de los fines del Estado a través de los distintos

mecanismos de selección de los contratistas. En aras de alcanzar esos fines, respetar y acatar los principios rectores de la contratación, se han fijado unos procedimientos propios para contratar en aquellos eventos especiales como la “Urgencia Manifiesta”, en la cual con ocasión de la presencia de circunstancias especiales, se abre la posibilidad de excepcionar la regla general que es la licitación pública o concurso público, para elegir a los particulares que puedan (una vez reunidos los requerimientos específicos), prestar sus de servicios a la sociedad, permitiendo de esta forma a las entidades, echar mano al mecanismo de contratación directa.

Antecedentes Históricos

Para adentrarse en la historia de la urgencia manifiesta en Colombia, hay que retroceder en el tiempo al año 1912, a la ley 110 del 23 de noviembre, la cual expidió el Código Fiscal Nacional, que establecía la posibilidad de prescindir de la licitación pública cuando hubiere urgencia evidente calificada por los ministros.

Cinco años más tarde la ley 65 de 1915 modifica el Código Fiscal Nacional y establece que para los efectos de la urgencia manifiesta sólo sería necesaria la autorización del presidente de la República.

La ley 61 de 1921, incorpora a la urgencia manifiesta la condición para hacer uso de ella, sólo si fuese requerido conjurar necesidades inmediatas de orden público, seguridad nacional o amenaza de calamidad como una epidemia o inundación, no sin antes ser autorizada por el respectivo Consejo de Ministros.

En el año 1964, la ley 4 en su artículo 5°, literal b, dispuso el uso de la urgencia manifiesta cuando existiere inminente paralización, suspensión o daño de un servicio público. Posteriormente aparece el decreto ley 150 de 1976 del 29 de enero, regulando más concienzudamente la contratación de las entidades estatales, incluyendo la nulidad absoluta de los contratos que se hubieren celebrado bajo el influjo del abuso o desviación de poder del funcionario público responsable de la contratación.

Naturaleza Jurídica

Los presupuestos normativos y estipulaciones desarrolladas en la ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, así como a la doctrina vigente.

La doctrina definió la urgencia manifiesta como una causal de contratación directa vinculada con situaciones apremiantes que implica la necesidad inmediata de bienes, obras

y servicios, según el autor la ley, en aplicación del postulado de la preeminencia del interés público, sacrifica los principios de igualdad y transparencia que sustentan la licitación, por entender que un proceso de esa naturaleza conlleva un tiempo que no es posible perder si se trata de no afectar el interés público que reclama apresuradamente el bien, obra o servicio.

Controles a la Urgencia Manifiesta

El fenómeno jurídico de la urgencia manifiesta es hoy día objeto, como ya se anotó, de una inspección que busca prevenir que los funcionarios públicos la declaren, sin el lleno de los supuestos legalmente establecidos en el artículo 42 de la ley 80 de 1993.

La norma ha dicho que a partir que la entidad expide el acto administrativo que declara la urgencia manifiesta y los contratos celebrados con ocasión de ella, deberá remitir toda la actuación al organismo de control fiscal (contraloría) para su correspondiente control de legalidad, de forma tal que pueda evaluarla y determinar si estuvo sujeto a derecho (artículo 43 Ley 80 de 1993).

Además del anterior control, también la Procuraduría ejerce su control correspondiente, ante este poder disciplinario se responderá cuando no se haya procedido a la luz de la norma, su consecuencia taxativa es la destitución del funcionario de su cargo, por haber hecho uso indebido de esta figura al comprobarse que su actuación fue de forma dolosa o gravemente culposa según lo dispone el artículo 48 de la ley 734 de 2002.

Así mismo la Fiscalía General de la Nación dentro de su poder jurisdiccional puede adelantar investigaciones en forma oficiosa o previa denuncia, del comportamiento de los funcionarios con miras a establecer si se ha configurado conductas punibles referidas a delitos contra la administración pública, artículo 409 del código Penal, que se viola el ordenamiento jurídico cuando los fines que mueven al funcionario público no es el bien común sino el bien propio o el interés personal.

Además de los anteriores controles es importante el que a continuación enuncio, y es, el control que ejerce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, puesto que del resultado de ese proceso, podría darse la anulación del acto administrativo que declaró la urgencia manifiesta y consecuentemente declarar nulo el contrato Estatal producto de esa declaratoria y siendo consecuentes con la máxima que indica que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, a todas luces serán ilegales los contratos celebrados con ocasión de

ésta figura jurídica. También es objeto de control fiscal posterior, esto con el único fin de establecer si la contratación se acordonó o no, a la ley.

Obligaciones de quienes ejecutan el presupuesto

Por la premura que trae intrínseca, la figura de la urgencia manifiesta el artículo 26 de la ley 80 de 1993 bien establece que al momento de declararse la urgencia manifiesta, el costo de los contratos requeridos para conjurar la situación que dio origen a la declaratoria no podrán exceder el monto de las apropiaciones estipulados en la respectiva vigencia fiscal, en el evento que haya sido imposible establecer de antemano la remuneración del contratista, se podrá hacer uso de los servicios de un perito y de igual forma, si fue imposible determinar el valor del contrato antes de que finalice la vigencia fiscal, es procedente constituir una reserva presupuestal.

Análisis de la utilización de la declaratoria de urgencia manifiesta sin el lleno de los requisitos y sus posteriores consecuencias:

Las consecuencias que, para los funcionarios contraventores, se han establecido, puesto que son ellos quienes a su voluntad pueden aderezarla con el objetivo de lograr una contratación sin procesos públicos licitatorios.

La Contraloría General de la República a través de los medios de comunicación, ha venido denunciando, en varias oportunidades, que la selección de contratistas a través de la declaratoria de urgencia manifiesta es uno de los mecanismos generadores de corrupción administrativa, el cual le ha representado al Estado miles de millones de pesos en desmedro patrimonial.

En abril del 2009, el Contralor General, Julio Cesar Turbay disparó otro aviso de alarma por el uso de la urgencia manifiesta y claramente recordó que la selección directa de los contratistas del Estado no puede ser una situación generalizada que suspenda el Estatuto de Contratación, esto puede ser un indicador de que sí se dan los casos en que esta figura jurídica eventualmente puede ser mal utilizada con el único objetivo si se quiere, de favorecer a los amigos de la administración a través de contrataciones a dedo, en últimas lo que se busca, es que debe darse el concurso de todas las Entidades de vigilancia de forma preventiva, activa y eficiente.

Tema: La aplicación de la teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia colombiana.

Autor: Héctor Elías Hernández Velasco y Orlando Pardo Martínez.

Año: 2014.

Tipo de trabajo: Avance de la investigación

Objetivo principal:

Establecer, de forma general, el tratamiento y aplicación que se le ha dado al principio del abuso del derecho por parte de la jurisprudencia colombiana.

Describir, los eventos en los cuales la doctrina del abuso del derecho ha sido aplicada en la jurisprudencia nacional, desde sus primeros fallos con la llamada Corte de Oro en la década del treinta del siglo XX hasta los actuales fallos.

Comprender, qué son los principios generales del derecho y cómo estos se han materializado en la realidad jurídica colombiana.

Resumen

El objetivo general del presente trabajo es establecer, de forma general, el tratamiento y aplicación que se le ha dado al principio del abuso del derecho por parte de la jurisprudencia colombiana. Ello con el fin de comprender, qué son los principios generales del derecho y cómo estos se han materializado en la realidad jurídica colombiana en diversas situaciones, como ocurre con los embargos excesivos, en los denuncios penales, en el ejercicio del derecho de acción, en la tutela, en la acción pública de inconstitucionalidad, en los estados de emergencia y en las relaciones contractuales.

Los principios generales de derecho, modernamente, han sido entendidos como una norma a la cual pueden recurrir los administradores justicia en todos aquellos eventos en que no haya norma aplicable al caso. Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, estas normas sirven al propósito de crear, integrar, interpretar y adaptar todo el ordenamiento jurídico, debido a que este no es una obra hermética, sino, por el contrario, al ser el derecho un producto social integrado por reglas y principios, siempre se requerirá de criterios auxiliares a los cuales los falladores puedan recurrir en todos aquellos eventos en que no exista regla aplicable al caso, como lo previó el legislador colombiano del año 1887 con la Ley 153 en su artículo 8º, y como bien lo entendió la Corte Suprema de Justicia en forma decidida a partir de 1935 con su postura de jurisprudencia

creativa, al reconocer una gama de principios como el abuso del derecho, enriquecimiento sin justa causa, error común, fraude a la ley, imprevisión de los contratos y la buena fe.

En torno al principio del abuso del derecho, objetivo central del presente trabajo, fue reconocido como una norma tendiente a restringir el ejercicio absolutista de los derechos subjetivos, si se tiene en cuenta que a la luz del liberalismo individualista imperante en la legislación patria, no había restricción al uso arbitrario de los propios derechos.

A la luz de los nuevos postulados, de la mano de la doctrina francesa y de pensadores como León Duguit y Josserand, se pudo dejar sentado que los derechos subjetivos son relativos y no absolutos, esto es, que no se pueden ejercer ilimitadamente, y quienes abusen de ellos en detrimento de los intereses de los demás deben responder por su conducta.

El reconocimiento de los principios generales se dio en la década del treinta del siglo XX, momento histórico en el cual la Corte Suprema a través, como se decía, de su jurisprudencia creativa, logró reconocer una serie de principios o criterios auxiliares que ya en otras latitudes venían cobrando importancia. Es de esa forma, como los jueces empezaron a contar con otro tipo de normas para fundamentar las decisiones judiciales.

Con ello, bien se puede establecer que en ese marco, el abuso se constituye en una fuente a la cual se puede recurrir cuando se ejercen los derechos subjetivos con el ánimo de ocasionar un perjuicio, obrando intencionalmente, de manera culposa o contraria al espíritu que guía cada derecho, así como también cuando en forma abusiva se ejercen los derechos fundamentales o se interponen las acciones de orden constitucional con el ánimo de ocasionar un agravio, actuando de manera temeraria.

En el nuevo marco constitucional se ha establecido el criterio del abuso según el cual se abusa de un derecho constitucional propio cuando su titular hace de él un uso inapropiado e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-511 de 1993).

En la nueva Carta, el abuso adquiere un rango de orden constitucional, como se reconoce en el artículo 95, hecho que representa que en cualquier área del derecho se le tiene que dar aplicación, so pena de ir contra las máximas de orden constitucional.

Aplicación de la teoría del abuso en el derecho de acción

El exceso en el litigio constituye un abuso del derecho, debido a que la persona que ha puesto en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado no ha actuado con diligencia ni cuidado o lo ha hecho con la intención de causar perjuicio, es decir, cuando la actuación ha sido negligente, temeraria o con malicia, para obtener una protección jurisdiccional inmerecida; hecho es inadmisibles en un Estado de derecho o social de derecho como el postulado en la Constitución de 1991, porque cuando así se actúa se configura la teoría del abuso y con ella, como consecuencia, se genera un tipo especial de responsabilidad civil extracontractual, en la cual según la jurisprudencia nacional y según la doctrina planteada por Josserand, constituye una especie particular de culpa *aquiliana* en la que se puede ir desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en la que el agente procede movido por la intención de causar daño, *animus nocendi*, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada (Corte Suprema de Justicia de Colombia, abril 28 de 2011).

Denuncios penales

Actualmente, la Constitución de 1991 en su artículo 95, numeral 7º, establece el deber de todas las personas de colaborar con la Administración de Justicia, en eventos específicos como el de denunciar la posible comisión de hechos ilícitos. Denunciar una posible comisión de un hecho ilícito es ejercicio pleno de las garantías constitucionales y legales, y por ese hecho una persona no puede comprometer su responsabilidad penal ni civil en materia del abuso del derecho; pero, contrariamente, puede llegar a constituir una culpa cuando no ha sido hecho con un objetivo serio y de justicia, con buena fe y sobre hechos reales, pues asume entonces la naturaleza peculiar y las consecuencias del acto abusivo.

El abuso en las medidas cautelares

La existencia de un vínculo entre unos sujetos: acreedor-deudor, y la existencia de una prestación de dar, hacer o no hacer. Dados estos elementos sujetos, vínculo y la prestación nacen, conforme al artículo 1527 del Código Civil las obligaciones civiles, las cuales son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento.

De manera concreta logramos sintetizar y precisar que se configura el abuso del derecho, según el criterio dominante de la Jurisprudencia de la Corte Suprema cuando:

- Los bienes del ejecutado se embargan en cuantía que exceda los límites legales.

- Se mantienen medidas que ninguna garantía prestan para la efectividad de la obligación perseguida (Corte Suprema de Justicia de Colombia, octubre 11 de 1973).

- Se comprometen haberes pertenecientes a terceros (Corte Suprema de Justicia de Colombia, mayo 27 de 1964).

De acuerdo con ello, quien embarga bienes excediendo los límites fijados por la norma o regla si se quiere, torna abusivo el ejercicio del derecho subjetivo establecido por el artículo 2488 del Código Civil y, como se dijo, compromete la responsabilidad de quien así actúa, si con tal proceder causa un perjuicio y se le puede imputar un comportamiento temerario o de mala fe (Corte Suprema de Justicia de Colombia, noviembre 27 de 1998).

La autonomía de la voluntad privada y el abuso

Conforme a los supuestos normativos del Código Civil, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera:

En la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones cuando, por ejemplo: están en juego derechos fundamentales; se trata de servicios públicos; una de las partes ocupa una posición dominante; o los acuerdos versan sobre prácticas restrictivas de la competencia.

En el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual que persigue no solo el interés particular sino también el interés público o bienestar común.

Corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos.

El papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-186 de 2011).

De acuerdo con los anteriores lineamientos, y como forma de ilustrar los alcances y las limitaciones que se tienen en el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, en la cual se puede configurar la teoría del abuso del derecho, podemos traer a colación el caso en el cual la constructora X vendió un conjunto de casas de interés social a un número plural de personas.

Al poco tiempo las habitaciones presentaron grave deterioro en las construcciones: grietas, deslizamientos, avería de las tuberías de agua y gas, amenaza de derrumbamiento, etc.

Los perjudicados hicieron las pertinentes reclamaciones a la constructora y pusieron en conocimiento a los entes de control respectivos, sin que les fueran solucionados esos problemas en su totalidad. Es indudable que, visto el caso hasta este enunciado, cualquier tipo de reclamo en el incumplimiento del contrato se debe resolver conforme con los principios rectores de la responsabilidad contractual, porque es obligación de la constructora salir a realizar el saneamiento de la cosa y responder por los defectos o la mala construcción o calidad de los productos de construcción.

Las acciones constitucionales y el abuso del derecho

La teoría del abuso del derecho que desde 1935 venía dominando en el ordenamiento jurídico colombiano, como criterio auxiliar en la actividad judicial, permitió morigerar el exacerbado formalismo dominante desde el siglo XIX. A partir de ese momento se sentó el criterio según el cual una persona no puede abusar de sus propios derechos.

Con la Constitución de 1991, esa concepción teórica sufrió un giro radical, al haberse elevado este principio general de derecho a principio de orden constitucional. En forma expresa, el artículo 95 consagró el deber de toda persona de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; en ese artículo, como lo tiene sentado la jurisprudencia constitucional.

El abuso del derecho frente al nuevo marco constitucional ya no es un mero criterio auxiliar, sino que es una norma de aplicación directa, a la cual pueden recurrir los falladores como fuente para resolver las situaciones litigiosas, como ocurre precisamente en materia de las acciones constitucionales de tutela y las acciones de inconstitucionalidad y, dentro de ellas, los estados de excepción, hasta donde se ha hecho extensivo el alcance de la teoría del abuso del derecho. En este tipo de acciones, una persona como titular de derechos, como el de acción, no puede en forma abusiva ejercer ese derecho con el fin de obtener un provecho o perjudicar a un tercero, como por ejemplo al interponer dos veces la misma demanda, ya sea de tutela o de inexequibilidad, o en materia contractual imponer cláusulas accidentales que vulneren derechos fundamentales (Corte Suprema de Justicia de Colombia, junio 23 de 2000).

La acción de tutela

El constituyente de 1991 reconoció el derecho de amparo o Acción de tutela. Esta acción, como es suficientemente conocido, se constituyó en uno de los grandes avances de la Carta de 1991, si se tiene en cuenta que, a pesar de los 200 años del constitucionalismo colombiano, hasta antes de 1991 no se contaba con una acción que en forma directa y en un juicio sumario permitiera amparar cualquier afectación contra los derechos fundamentales.

La consagración del artículo 86 de la Carta Política, se desarrolló en el Decreto 2591 de 1991, en el cual se reglamentó el ejercicio de la acción de tutela, y se establecieron las limitaciones al ejercicio de esta acción o, lo que es mejor, se consagró lo que puede entenderse como actuación temeraria.

Los estados de excepción

La Corte Constitucional desde sus primeros fallos en 1992, en ejercicio de las facultades de control, abocó el estudio de la teoría del abuso del derecho en materia de los llamados estados de conmoción interior.

Hay que precisar que hasta 1991 el sistema operante fue el llamado estado de sitio, el cual actualmente se denomina como estados de excepción, y en el cual se le conceden al ejecutivo, en forma temporal, facultades extraordinarias con el fin de controlar crisis en diversas materias –guerra exterior, orden público interno, crisis económicas, desastres naturales.

El estado de anormalidad, principalmente político y de orden público, que se ha vivido en el país, ha sido una situación permanente en la historia política colombiana.

La Carta de 1991, como forma de evitar los ya históricos abusos que se había hecho de la figura de los estados de conmoción desde la Carta Política de 1821, propendió por limitar, o más bien establecer un sistema de controles que no permitieran, como lo muestra la Corte Constitucional, gobiernos de facto, sino que materialmente se pudiera ejercer un control eficaz, que contrarrestara cualquier forma de ejercicio abusivo del Presidente de la República, el cual, por las facultades concedidas por el Congreso, quedaba facultado para el ejercicio de precisas funciones legislativas.

En el contexto de la Carta de 1991, y con las normas y precedentes que han regulado la materia, se concluye que los estados de excepción, como su mismo nombre lo denota, son excepcionales, porque lo normal es que el órgano soberano –Congreso– ejerza permanentemente sus funciones soberanas; por esa razón, estos estados solo se conciben,

según el criterio dominante de la Corte Constitucional, como transitorios e inevitables (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-556 de 1992).

RAI 3

Tema: ¿Cómo funciona el control de Convencionalidad? definición, clasificación, perspectiva y alcances.

Autor: Elmer Ricardo Rincón Plazas

Año: 2013.

Problema de Investigación

Respecto del actual desarrollo jurisprudencial y doctrinario en materia de Derechos Humanos, resulta indudable que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el último intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por esto, la pregunta a responder sería simplemente ¿En qué momentos el estado puede apartarse de la interpretación que realiza la Corte Interamericana respecto de las cláusulas convencionales?; o bien, ¿Colombia tiene derecho a incumplir las decisiones tomadas por el alto Tribunal?

El principal problema radica en establecer si los jueces colombianos pueden imponer sus criterios sobre lo resuelto por la Corte Interamericana, es decir, por sobre quien está llamado, por expresa voluntad nuestro Estado a la interpretación de las cláusulas convencionales.

Objetivo General

Mostrar, de acuerdo con las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, qué es el control de convencionalidad, y cuáles son los efectos que sus decisiones tienen sobre los estados, especialmente dentro del Estado Colombiano.

Objetivos Específicos

- Demostrar la funcionalidad del Control de Convencionalidad dentro de las decisiones tomadas por la Corte IDH, aplicables al Derecho interno colombiano.
- Generar tesis que expongan la forma de aplicación del Control de Convencionalidad dentro de las decisiones de los Jueces Colombianos.
- Exponer acerca del funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la manera como se llega al Control de Convencionalidad en el alto tribunal.

Reseña

Tratándose de un tema tan relevante para el Derecho Internacional como el del control de convencionalidad y más precisamente, de la forma como los jueces colombianos, dadas las diferentes circunstancias, incluyen en sus decisiones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus reglas, basados en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así las cosas, se estaría frente a un ejercicio involuntario del control de convencionalidad, dado que ceñirse a los estándares del Sistema Interamericano evita en gran medida la impunidad de crímenes y masacres, de modo que se ha permitido la realización de principios tan importantes como el de la verdad. es necesario hacer referencia a las generalidades del control de convencionalidad, como figura independiente y como figura articulada respecto de las decisiones internas frente a las decisiones de la Corte Interamericana; además de desarrollar lo que ha sido la presencia de Colombia dentro del Sistema Interamericano, frente a las imputaciones de responsabilidad internacional del Estado, revisando cada una de las obligaciones y estándares impuesto a Colombia.

RAI 4

Tema: El Control de Convencionalidad y el Sistema Colombiano

Autor: Manuel Fernando Quinche Ramírez.

Las Sentencias de la Corte Interamericana y el Control de Convencionalidad

La Corte Interamericana al preguntarse recientemente acerca del contenido específico de su competencia contenciosa, señaló que: El Tribunal debe analizar los hechos a la luz de las disposiciones aplicables y determinar si las personas que han solicitado la intervención de las instancias del Sistema Interamericano son víctimas de las violaciones alegadas y, en su caso, si el estado debe adoptar determinadas medidas de reparación.

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Las sentencias de los Tribunales Constitucionales no se limitan simplemente a declarar la conformidad o inconformidad de las leyes con la Constitución, sino que pueden indistintamente establecer condiciones de interpretación, o especificar contenidos y efectos de la decisión; revestir diversas modalidades desde los efectos que produce la sentencia; ejercer lo que la Corte Constitucional colombiana denomina la modulación de los fallos, como facultad de construir el tipo de sentencia que mejor le permita la defensa de la supremacía e integridad del texto constitucional.

Los fallos de la Corte Interamericana no se han limitado simplemente a declarar la responsabilidad internacional del Estado demandado, sino que han incluido en la sentencia condiciones interpretativas de la Convención Americana, han señalado efectos diversos a la decisión, e incluso han dispuesto órdenes que obligatoriamente deben ser cumplidas por el Estado responsable.

El control de convencionalidad y la recepción de la jurisprudencia interamericana por los Estados Partes

La Corte ha construido una consolidada interpretación del artículo 2 de la Convención sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, desde cuya comprensión ha concebido el concepto y la actividad del control de convencionalidad, entendido como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes, de efectuar no sólo control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones corrientes, las normas contenidas en la Convención Americana.

Uno de los problemas centrales atinente al ejercicio del control de convencionalidad, está relacionado con la obligatoriedad de los estándares y reglas fijadas por la Corte Interamericana por vía jurisprudencial.

La internacionalización del Derecho Constitucional

La internacionalización del derecho constitucional consiste en el proceso de inclusión del Derecho Internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado.

La constitucionalización del Derecho Internacional consiste en un proceso distinto, en virtud del cual, se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen una dimensión constitucional, es decir, que son constituciones del orden internacional, que implican la supremacía y respeto de los derechos humanos.

La internacionalización del derecho constitucional opera para cada caso en los planos del derecho interno, en la medida en que cada uno de los Estados fija el lugar que deben ocupar los tratados públicos y sus normas.

Enfoque Metodológico

El enfoque utilizado, para la realización del presente trabajo de investigación fue el Enfoque cualitativo.

El tipo de investigación es exploratoria y descriptiva, debido a que procedimos a identificar las sentencias de desviación del poder, que ha expedido el Consejo de Estado en los años 2007 y 2013. Para poder identificar las sentencias expedidas de los Actos Administrativos, cuando se alejan de los fines esenciales del Estado en materia contractual.

La técnica e instrumento utilizado en el presente trabajo de investigación es el de la observación y de análisis de documentos, de las fuentes de información primarias y de las conexas, principalmente de las sentencias halladas.

Marco Teórico-Conceptual

Mandato constitucional artículo 209 y artículo 3 del CPACA.

Con el fin de desplegar el artículo 209 de la Carta, las autoridades administrativas deben tener un Control Interno que debe basarse en los principios consagrados en ese mandato superior y en los términos establecidos por la ley, para así cumplir con los fines señalados por el Estado. Con este Control Interno se pretende garantizar que las entidades cumplan con sus deberes en beneficio de la comunidad, ya que es evidente que esta función administrativa debe ser ejercida por todos los funcionarios a nivel nacional.

La Corte Constitucional en jurisprudencia C-826 de 2003, ha destacado la importancia dada por la Constitución al sistema de Control Interno, haciendo una detallada y clara exposición de este tipo de control a la administración pública, catalogándolo, junto con las contralorías en el ámbito de sus competencias, como un instrumento de naturaleza gerencial de la mayor importancia dentro de la estrategia institucional con el fin de lograr un efectivo control de gestión y de garantizar el cumplimiento de los objetivos superiores asignados a los diferentes órganos del poder público, los cuales se concretan en la realización material de los fines esenciales del Estado, atendiendo precisamente a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 Superior.

Respecto del artículo 3 del CPACA, es importante resaltar que las autoridades en su buen saber interpretaran y aplicaran las disposiciones según las regulaciones y

procedimientos administrativos consagrados en la constitución y la ley 1437 del 2011 en la parte primera.

Es así, que dichas actuaciones administrativas deben ser desarrolladas, de acuerdo a los principios normativos y que se deben tener en cuenta y aplicarlos, en este caso en la investigación que se adelanta en relación con la contratación estatal y para tal cumplimiento mencionaremos los siguientes principios, el debido proceso, de igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad, pues como sabemos es de vital importancia tener claro que si las actuaciones administrativas hacen uso de estos principios, se verá reflejado en sus ejecuciones y así se cumplirá la moralidad administrativa y no se presentará desviación y abuso del poder así como tampoco corrupción a la hora de contratar y adjudicar los mismos.

La función administrativa ejercida por el servidor público, punto de vista contratación estatal.

Como es de nuestro conocimiento, en el orden jurídico colombiano existe una especificidad constitucional de la administración pública, comoquiera que, además de encontrarse sujeta a los principios y valores del preámbulo, en 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.

Resulta evidente, que 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.

Adicionalmente, también se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto éstos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual.

En consecuencia, el principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación, transparencia y de responsabilidad que, como pilar de la

actividad negocial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración.

Es por esto, por lo que la contratación adelantada por el Estado no puede ser el producto de la improvisación o de la discrecionalidad de las entidades o sus funcionarios, sino que debe obedecer a un procedimiento previo, producto de la planeación, orientado a satisfacer el interés público y las necesidades de la comunidad, fin último que se busca con la contratación Estatal.

Artículo 23 de la ley 80 de 1993 principios de transparencia y responsabilidad.

De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

Igualmente, se aplicarán en las mismas, las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Así, la contratación estatal tiene como fin, 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.

Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deben supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal.

El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración. (Consejo de Estado Sentencia del 13 de febrero de 2015 Exp. 29.473).

Con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir.

En desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad.

Por su parte, el principio de responsabilidad impone al servidor público la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones efectuados con anterioridad.

El principio de responsabilidad se encuentra en íntima relación con el principio de selección objetiva en virtud del cual la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa.

En este sentido, tales documentos deben contener reglas claras, objetivas e imparciales para que los interesados participen en igualdad de condiciones, así como deben contener los criterios de selección y la ponderación precisa, detallada y completa de los mismos, con sujeción a lo cual debe realizarse la evaluación comparativa de las ofertas. Dichas reglas son el fundamento de la selección del contratista, pues fijan las pautas que serán aplicadas al momento de la evaluación de ofertas.

Adicionalmente, también se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto éstos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual.

Desviación y abuso de poder en materia contractual.

La desviación o abuso de poder se configura cuando un funcionario público celebra un contrato con fines diversos a los previstos en la Constitución y 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.

El artículo 44 de la Ley 80 de 1993, dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se proveen en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder.

Al no disponer desde su inicio 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.

Es así, que cuando se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder.

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

Para adicionar a lo anterior, al hablar de abuso o desviación de poder también debe 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.

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 artículo 1524 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.

En análisis de las sentencias del Consejo de Estado, como las de la Corte Constitucional, coinciden en que el vicio de la desviación de poder en la adjudicación de un contrato se presenta cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales.

Ahora bien, con relación a la doctrina, la desviación de poder nace a finales del siglo XIX y encuentra su raíz en la elaboración y doctrina de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, al conocer sobre los recursos promovidos en vía de excès de pouvoir (Jaime Sanchez, 2013, pág. 71).

En ese contexto histórico, puede reconocerse que a diferencia de lo que sucedía en la etapa de la monarquía, donde el Príncipe poseía potestad ilimitada frente al súbdito, porque las normas no eran obligatorias para el gobernante, la noción de la desviación de poder es contemporánea al constitucionalismo, a la aparición del principio de “separación de poderes” y en definitiva, a la sumisión de la Administración Pública, al Derecho.

No obstante, debemos indicar que la asamblea constituyente francesa de 1789, con el objeto de que la Administración conservara su libertad, prohibía que la autoridad judicial conociera acerca de actos administrativos, cuyo juzgamiento debía quedar, entonces, a cargo de la propia Administración. De ello, puede derivarse que, al conocer el Consejo de Estado Francés de los recursos en vía de exceso de poder, sometió a revisión jurisdiccional contencioso administrativa, los actos discrecionales de la Administración, circunstancia que lleva a conceder carácter pretoriano a su jurisprudencia (Jaime Sanchez, 2013, pág. 71).

Seguramente, dicha actividad encuentre su causa en la circunstancia de que la filosofía de la Revolución Francesa no se ocupó del problema de las garantías civiles del ciudadano, sino que centró su interés en la soberanía política. Por ello, no fue la referida Revolución, la que estableció el contencioso administrativo, aunque debe reconocerse que lo pre constituyó, al reconocer el carácter social de la persona individual (Jaime Sanchez, 2013, pág. 72).

Ha sido el Estado Constitucional sobreviniente, donde puede encontrarse el inicio real de la estructuración de la justicia administrativa. Ello, en principio, por el todavía predominante sentido político sobre el administrado, no con la intención de la defensa de los derechos del ciudadano, sino con el ánimo de servir a la Administración; circunstancia que se ha visto morigerada a partir de la era napoleónica y bajo el poder de imperium creado a partir de las ideas del Estado de Derecho. Por la indicada evolución, el hombre pasó del estadio de súbdito a ciudadano, y como tal, centro de derechos que deben respetarse incluso, frente al acto de autoridad y, por supuesto, a los excesos de poder. (Jaime Sanchez, 2013, pág. 73).

No obstante, es el caso “Lesbats” el considerado leading-case en el Derecho Administrativo francés en materia de elaboración de la teoría de desviación de poder. En dicho precedente el Consejo de Estado Francés anuló, en dos oportunidades, la decisión del

Prefecto de la ciudad francesa de Fontainebleau, que prohibía el estacionamiento a cierto motorista en el patio interno de la estación de tren, por argumentar un contrato previo con otro transportista, cuando había un texto de ley anterior, promulgado el 15 de noviembre de 1846 que, si bien confería a las autoridades poderes para regular el estacionamiento o circulación de vehículos, dicha autoridad no podía exceder sus poderes de policía para fines extraños al mantenimiento del orden y organización del tránsito (Consejo de Estado Francés, Sesión del 15 de febrero de 1864, Sirey, refont T. 9, III p. 46) en tanto se probó que la decisión anulada, en realidad, tendía a asegurar el monopolio de dos empresas de transporte particular.

Hay que destacar el hecho de que la desviación de poder es un auténtico problema que perjudica con frecuencia a muchos ciudadanos, ya que implica arbitrariedad e inseguridad jurídica, y debe tener como consecuencia la anulación del acto administrativo al que afecta.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012, dice que la desviación de poder es equivalente al abuso del derecho, aunque Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero señalan que “la diferencia entre el abuso del derecho (por un lado) y el fraude de ley y la desviación de poder (por el otro) es que las dos últimas figuras presuponen no sólo la existencia de normas regulativas (y, en particular, de una regla permisiva) sino, además, de una norma que confiere poder”, añadiendo que el empleo de un poder normativo privado es lo que caracteriza al fraude de ley, mientras que la utilización de un poder normativo público es lo que particulariza la desviación de poder (Rodríguez Malaga, 2014, pág. 56).

Si bien a partir de la Constitución de 1991, Colombia es un Estado Social de Derecho con unos fines y cometidos estatales, definidos en dicha norma, entre los que se encuentra el interés general sobre el particular, “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” (Constitucion Politica de Colombia, 1991), que el derecho, en especial constitucional y administrativo, han venido creando mecanismos que permitan efectivizar estos derechos.

Es así que es normal escuchar que en Colombia la contratación estatal es una actividad eminentemente reglada, que se desarrolla a partir de normas que regulan cada una de las etapas del proceso contractual; pero decir esto es dejar de un lado la idea que brota

por todos los rincones de la Ley 80 de 1993, consistente en que la contratación estatal en Colombia, como cuerpo jurídico dentro del ordenamiento de un Estado social de derecho, implica, una fundamentación en materia de principios generales del derecho, toda vez que su desconocimiento en el tema de la contratación estatal conllevaría la nulidad del contrato, y/o de los demás actos administrativos que se creen en razón del proceso contractual, como sería el caso de la desviación o abuso de poder, esto permite inferir que los principios son el primer límite para la aplicación de dichas cláusulas.

En el artículo 24 numeral 8° de la Ley 80 previene que, “las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y de los demás requisitos previstos en la ley” (Ley 80, 1993, pág. 30).

Para complementar, según Manuel Atienza, señala que la desviación de poder ocurre algo parecido a la relacionado con el fraude de ley en derecho internacional privado. En su conocido curso de derecho administrativo, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández hablan recogiendo una opinión común entre los administrativistas, de una decadencia de la desviación de poder que se debería no a la pérdida de confianza en las posibilidades de esta técnica de control de la discrecionalidad administrativa, sino al hallazgo de otras distintas dotadas de un mayor poder de perspicacia, a saber: el control de los hechos determinantes y el control por los principios generales del derecho (García de Enterría y Fernández, 1999, 463). Sin embargo, no nos parece que esas técnicas deban verse como alternativas: en particular como ya antes hemos mantenido en relación con el fraude, la desviación de poder exige necesariamente el uso de principios jurídicos; lo que caracteriza a esta instrucción es precisamente que los actos que suponen desviación de poder son actos ilícitos por oponerse a un principio (Atienza, Manuel, 2000 pág. 91).

Análisis de las Sentencias Halladas

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección B. CP (E): Danilo Rojas Betancourth. Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-1998-01825-01(23734)

Actor: Hernando Ángel Navarro

Demandado: ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA

Ref: Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (asuntos contractuales)

Que la Secretaría de Educación del Distrito Capital formuló llamado a ofertas número 12 cuyo objeto y alcance era seleccionar en igualdad de oportunidades a quien ofrezca mejor propuesta para contratar talleres en las áreas de cultura y recreación, que contribuyan al mejoramiento de la calidad de la educación extendiendo la formación y la atención en el tiempo libre y la jornada contraria, de los estudiantes de los planteles oficiales del D.C.

Que la oficina jurídica no adelantó el estudio jurídico correspondiente, como se desprende del oficio, de 3 de septiembre de 1997 suscrito por Hernando Ángel Navarro y dirigido a la Secretaría de Educación.

El demandante expuso que la propuesta que formuló dentro del concurso de méritos llamamiento a ofertas número 12, con el objeto de contratar talleres en las áreas de cultura y recreación que contribuyan al mejoramiento de la calidad de la educación extendiendo la formación y la atención en el tiempo libre y la jornada contraria de los estudiantes de los planteles oficiales del Distrito Capital, se ajustó plenamente a los requisitos de los términos de referencia, pero, que fue privada por la entidad accionada del derecho a ser adjudicataria al declarar desierto el proceso de selección. Esgrimió que al justificar la declaratoria desierta se adulteró el texto del párrafo segundo del artículo 29 de la Ley 80.

El numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 previene de manera nítida que las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerá sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley y que además les es prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva.

No debe perderse de vista que, los artículos 23, 24, 25 y 26 de la ley 80 de 1993 ordenan que las actuaciones de quienes intervienen se desarrollen con arreglo al principio de transparencia, desarrollo del principio de imparcialidad de la función administrativa, artículo 209 Constitucional, por cuya virtud en los términos de referencia se definirán ab initio las reglas objetivas, justas claras y completas que aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación literal. b numeral. 5 del art 24 ley 80 de 1993; con sujeción a los principios de economía y publicidad art. 209 C. N. Todo ello, en orden a asegurar la selección objetiva.

Por consiguiente, la declaratoria de desierta únicamente procede por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y nunca a instancias de omisión ilegal de los deberes a cargo de la entidad estatal pues ello riñe con los principios de la función administrativa y en particular los propios de la función administrativa contractual.

Si una de las manifestaciones del principio de economía, tal y como señala el numeral 18 del artículo 25 del Estatuto de Contratación Estatal, consiste en que la declaratoria de desierta de un proceso de selección sólo procede por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva, es claro que invocar su propia negligencia configura infracción del mismo. Violación que, por contera, supone la infracción al debido proceso administrativo que debe también orientar la función administrativa contractual habida cuenta que es una desviación o abuso del poder. Trasgresión grosera que no sólo se invoca inconsultamente como motivo en la resolución que se impugna, sino que además quedó acreditada con el proceder también negligente desplegado por la accionada, al rehusarse una y otra vez a responder los derechos de petición que insistentemente le formuló el hoy recurrente. En otras palabras, no es título para desestimar las propuestas el que la administración no cumpla con sus más elementales deberes como entidad estatal interesada en la selección de un futuro contratista.

La Sala encuentra que la invocación de la inclusión en dicha resolución dentro de sus consideraciones la anormal e irregular conducta omisiva de la oficina jurídica de la entidad accionada como sustento para declarar frustrado el proceso de selección, configuración un claro evento de desviación de poder, pues esta declaratoria de desierta se aparta del fin a ella señalado en la Ley 80 en el citado numeral 18 del artículo 25. En efecto, la Administración no puede invocar su propio proceder negligente como motivo para adoptar esa decisión extrema, de modo que en este evento el funcionario público hizo uso de sus poderes con un fin distinto de aquel para el cual han sido conferidos.

A este propósito es preciso reiterar el criterio decantado de vieja data por esta Corporación, con arreglo al cual este proceder abusivo atenta contra las bases mismas de nuestra institucionalidad.

Lo que viola el acto dictado con desviación de poder es, en último análisis, el postulado básico del Estado de derecho, que pudiera enunciarse así: el poder público no se justifica sino en función de servicio a la colectividad. De ese postulado se deduce, en

primer lugar, que la discrecionalidad de cómo pueden obrar los órganos del poder en ejercicio de sus atribuciones no es jamás ilimitada.

Esos motivos tienen que ser razones de buen servicio para que impliquen el uso legítimo de la atribución respectiva; ya que ésta se confiere al agente u órgano de la administración sólo para que la ejerza por motivos y para fines de buen funcionamiento del servicio que se le haya confiado, y no por móviles de afecto o desafecto personal, de malevolencia o de favoritismo, en contra o en beneficio de alguien.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez

Bogotá D.C., marzo veintidós (22) de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00107-01(28010)

Actor: EMPRESA COLOMBIANA DE VIAS FERREAS -FERROVIAS-

Demandado: SOCIEDAD CARGOPLUS LTDA

Referencia: CONSULTA.

Según el grado jurisdiccional de consulta, surtido frente a la sentencia dictada el 17 de Marzo de 2004, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión atendiendo a la prelación autorizada por la Sala, para los procesos con grado de consulta, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la acción contractual, en la cual se pidió la declaración de nulidad absoluta de un contrato de prestación de servicios, suscrito entre la Empresa Colombiana de Vías Férreas -en adelante FERROVÍAS y la Empresa Optimizadora de los Servicios a la Carga CARGOPLUS LTDA. en adelante CARGOPLUS.

El Consejo de Estado logró demostrar, que en dicha acción contractual si existió la desviación de poder, como lo relataremos a continuación.

Según lo narrado en la demanda, FERROVÍAS, en lugar de realizar una licitación pública, para escoger al contratista, adelantó un proceso de contratación directa amparado en el art. 24, numeral. 1, literal. d, de la ley 80 de 1993, razón por la cual alega el actor dicho negocio está viciado de nulidad absoluta, en los términos del artículo 44, numerales. 2 y 3, de la ley 80.

Sentencia de primera instancia

La sentencia del Tribunal

El 17 de marzo de 2004 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera Sala de Descongestión dictó sentencia, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

PRIMERO: Declárase la nulidad el contrato de prestación de servicios profesionales No. 02-0233-0-97, celebrado entre la Empresa Colombiana de Vías Férreas FERROVÍAS y la Sociedad CARGOPLUS LTDA. Por encontrarse probadas las causales de nulidad en los numerales 2 y 3 del artículo 44 de la ley 80 de 1993.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a la Empresa Optimizadora de los Servicios a la Carga CARGOPLUS LTDA. a reconocer y pagar a FERROVÍAS las sumas que esta última canceló a CARGOPLUS LTDA. por concepto de anticipos, suma a la que se le debe descontar los trabajos realizados durante los seis meses de ejecución del contrato, en los precisos términos establecidos en este proveído.

Posteriormente, en el incidente de liquidación de perjuicios, el *a quo* dijo:

PRIMERO: Aprobar la liquidación presentada por la parte actora de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, ordenar a la Empresa Optimizadora de los Servicios a la Carga CARGOPLUS LTDA, pagar a la Empresa Colombiana de Vías Férreas FERROVÍAS, la suma de... \$5.615'632.306, por concepto de pago de anticipos efectuados dentro del contrato No. 02-0233-0-97celebrado entre CARGOPLUS LTDA. y FERROVÍAS.

El *a quo* analizó dos causales de nulidad, previstas en el artículo 44 de la ley 80: La del numeral 2, relacionada con la celebración de contratos contra expresa prohibición constitucional o legal, y la del numeral 3, referida a la celebración del negocio con abuso o desviación del poder.

Sobre la primera, dijo que el contrato no debió celebrarse bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios, porque el contratista no reunía los requisitos especiales que se requieren para suscribirlo, pues no acreditó el grado de profesionalismo requerido. Por el contrario, el objeto del contrato encajaba en un contrato de consultoría, siendo indispensable para su celebración, la realización de un proceso licitatorio: como tal cosa no se hizo, existe objeto ilícito, en los términos de los artículos 1513 y 1523 del CC., pues la

entidad, en lugar de adelantar un proceso de licitación hizo una contratación directa, lo que viola la ley y los principios de transparencia y selección objetiva.

También encontró estructurada la segunda causal de nulidad, y dijo que hubo desviación de poder, pues no se respetó el principio de transparencia, ni el de selección objetiva. Por tanto, omitir el proceso de licitación constituye desviación de poder art. 24. No.8, ley 80, pues su celebración se hizo con fraude a la ley, y con miras a favorecer a un particular a CARGOPLUS LTDA.

Consideraciones de segunda instancia.

Para lograr identificar como la Sala estudio esta providencia, accedimos en su orden los temas involucrados: brevemente clarificará la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, posteriormente estudió el régimen de la nulidad absoluta de los contratos estatales, y, por último, la factibilidad de declarar la nulidad de la póliza de cumplimiento, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato.

Procedibilidad del grado jurisdiccional de consulta.

En el caso concreto procede el grado de consulta, porque se reúnen los requisitos previstos en el artículo 184 del CCA., los cuales son: Que la sentencia imponga condena, dictada en primera instancia, a cargo de cualquier entidad pública, que exceda de 300 SMLMV, siempre que no haya sido apelada, o que haya sido proferida en contra de quien hubiere estado representado por curador ad litem.

La Sala observa que se han presentado, incluso, los dos supuestos previstos en la ley para que opere esta instancia.

De un lado, se encuentra acreditado que el demandado actuó representado por curador ad litem, luego por esa sola circunstancia procede la consulta, sin que importe el sentido en que el a quo resolvió la controversia.

Por las razones anotadas, y dado que la consulta se surtirá en favor de las dos partes del proceso, la Sala decidirá el conflicto en su integridad, pues sería jurídicamente imposible proteger a una de ellas sin afectar a la otra.

Ahora bien, el Consejo de Estado hace referencia a la causal de nulidad prevista en el numeral 3 del artículo 44 de la ley 80 de 1993, es decir, cuando el contrato se celebra con abuso o desviación del poder.

Sobre esta causal el a quo dijo que prosperaba, porque la desviación de poder se presentó en este caso, pues fue evidente que no se respetó el principio de transparencia ni el de selección objetiva, con el interés de favorecer a la Empresa CARGOPLUS LTDA., lo cual quedó corroborado con la suscripción del contrato.

La desviación de poder, en materia contractual, se puede definir, al igual que lo ha hecho la jurisprudencia y la doctrina tratándose de actos administrativos unilaterales, como la función administrativa ejercida por el servidor público, con el propósito de favorecer a un tercero, o a sí mismo, dejando de lado el fin legítimo que persigue la ley con la atribución de la respectiva competencia. Esta finalidad no es otra que la búsqueda del beneficio común y el bienestar de la comunidad, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales que la regulan art. 209 de la CP. y art. 3 del CCA.

Desde esta perspectiva aparece claramente la vulneración del mandato constitucional contenido en el artículo 209, conforme al cual la función pública está al servicio de los intereses generales y debe ser ejercida con sujeción al principio de moralidad acorde con los fines del Estado.

Precepto constitucional desarrollado por el artículo 3° de la ley 489 de 1998, que señala como principios de la función administrativa los principios constitucionales, en particular los atinentes a moralidad, responsabilidad y transparencia, lo mismo que por el artículo 23 de la ley 80 de 1993 establece que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

De modo que, el marco constitucional y legal prohíbe ejercer la función administrativa dentro de la cual se encuentra la contratación estatal con violación de dichos principios erigidos como orientadores de la gestión pública.

Para concluir, si se tiene en cuenta que sólo el presidente de FERROVIAS era la persona que tenía la posibilidad de asignar contratos, al ser el ejecutor del gasto, su esposa fue requerida para que consiguiera unas amigas y conformaran la empresa CARGOPLUS LTDA, para favorecerlas con los contratos y obtener el provecho particular buscado, a que fuera ella quien determinara a Julián Palacio.

El anterior análisis, contenido en la sentencia que obra en copia auténtica en este proceso, y que acoge la Sala, demuestra que la Empresa CARGOPLUS Ltda., fue creada

con el propósito de que FERROVÍAS le adjudicara este contrato, para lo cual se evadió el proceso del concurso público, tratando de asegurar el contrato por medio de una contratación directa.

Conclusión

La causal de nulidad prevista en el numeral 3 del artículo 44 de la ley 80 de 1993, es decir, cuando el contrato se celebra con abuso o desviación del poder.

La desviación de poder, en materia contractual, se puede definir, al igual que lo ha hecho la jurisprudencia y la doctrina tratándose de actos administrativos unilaterales, como la función administrativa ejercida por el servidor público, con el propósito de favorecer a un tercero, o a sí mismo, dejando de lado el fin legítimo que persigue la ley con la atribución de la respectiva competencia.

Esta finalidad no es otra que la búsqueda del beneficio común y el bienestar de la comunidad, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales que la regulan, artículo 209 de la Constitución Política y el artículo 3 del CPACA.

Es así, que desde esta perspectiva aparece claramente la vulneración del mandato constitucional contenido en el artículo 209, conforme al cual la función pública está al servicio de los intereses generales y debe ser ejercida con sujeción al principio de moralidad acorde con los fines del Estado.

A su vez, la doctrina también ha tratado de llenar de contenido la noción de desviación del poder, fundamentalmente cuando estudia el tema de la discrecionalidad administrativa que existe para expedir ciertas decisiones administrativas. En tal sentido, dice de manera uniforme, que dicha facultad tiene límites, y aunque hay momentos en que las normas le otorgan al funcionario cierta libertad para tomar decisiones, las mismas deben estar dirigidas al beneficio colectivo, porque cuando se expide un acto sin que dicho fin dirija el sentido de las decisiones, se exceden las facultades que las disposiciones otorgan, incursionando en el ámbito de la arbitrariedad, actitud que atenta contra el Estado Social de Derecho.

Dentro de esta causal, existe un supuesto de causa ilícita, prevista en el artículo 1524 del código civil, pues según esta norma la causa es el motivo que induce a la celebración del acto o contrato, y causa ilícita es aquélla que contraría la moral, las buenas costumbres, el orden público y en general la prohibida por la ley.

En este orden de ideas, toda desviación de poder se involucra con la causa ilícita del negocio, es decir, que aquélla figura se contiene en ésta. Incluso, si el numeral 3 del artículo 44 no hubiera contemplado esta causal de nulidad, en forma independiente, de todas maneras, obrar con desviación de poder generaría el vicio de nulidad del negocio, según lo dispuesto en los artículos 1524 y 1741 del Código Civil, además de lo dispuesto en el artículo 899 numeral 2 del Código de Comercio, normas estas aplicables a los contratos estatales.

Propuesta

De conformidad a lo expuesto en líneas anteriores, y teniendo en cuenta las aclaraciones y observaciones que se realizaron desde el ámbito socio jurídico, en el presente proyecto, se colige que los errores observados por el grupo parten de la no observancia y aplicación correcta de los principios que rigen la contratación estatal.

Sobre el particular se observa que de acuerdo con lo prescrito en la ley 80 de 1993, procede no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios en forma irregular, o con desconocimiento con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió

La última de las causales expresada es la que la doctrina y la jurisprudencia conocen como “desviación de poder”, y consiste en el hecho de que el acto administrativo se acomoda externamente a las normas que rigen su expedición, pero el motivo que tiene en cuenta el funcionario que lo expide es distinto del motivo para el cual se le ha investido de competencia.

Aquí el motivo o la intención de quien profiere el acto no quedan plasmados en el acto mismo, a diferencia del cargo de falsa motivación. Tal circunstancia, sin embargo, no impide que el acto administrativo salga del control jurisdiccional, y por el contrario, permite su anulación de comprobarse que las razones que tuvo en cuenta la administración para proferir el acto administrativo acusado, no son aquéllas que le están expresamente permitidas por el ordenamiento jurídico superior, sino otras distintas, con las cuales desvía de su fin legítimo la competencia a ella atribuida; pues según las sentencias analizadas se ha podido corroborar que la administración viene con falencias por parte de sus funcionarios en las decisiones de los actos administrativos, en cuanto al cumplimiento de los fines esenciales de estado en materia contractual.

Es así como, según la ley 80 de 1993, dice que las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido omitir los procedimientos de selección objetiva y de los demás requisitos previstos en la ley.

Bibliografía

- Atienza Manuel y Manero Juan Ruiz, Ilícitos Atípicos sobre el abuso del derecho, el fraude de la ley la desviación de poder 2000, pág. 91.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2001, Expediente 12037. https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas.../71_CE-RAD-17767.doc.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de febrero de 2015 Exp. 29.473.
- Consejo de Estado; Sala de lo contencioso administrativo; Sección tercera; C.P. Myriam Guerrero. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-693-08.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 2002.
- Figuroa, Arelis, La Urgencia Manifiesta causal de Contratación Directa o excusa para contratar a dedo, 2011.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo tomo I, pág. 387.
- Hernández Velasco Héctor y Orlando Pardo Martínez, Avance de la investigación, 2014.
- Laferriere, Cours de Droit Public e Administratif, Vol. II – 1860, ps. 511/512.
- Marienhoff Miguel S, Tratado de Derecho Administrativo, T. II, 3ª ed., AbeledoPerrot, ps. 201 y ss.
- Quinche Manuel, Control de Convencionalidad y el Sistema Colombiano
- Rincón Plazas, Elmer, ¿Cómo funciona el control de Convencionalidad? definición, clasificación, perspectiva y alcances, 2013.
- Sánchez Isaac Jaime, La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español, Madrid, 1973, p. 71.

Normatividad

- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Código Contencioso Administrativo
- Código Civil Colombiano
- Código de Comercio Colombiano
- Ley 80 de 1993

Sitios web consultados

- www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-826-13.htm
- www.occp.co/sites/all/files/Sentencia-del-27-de-enero-de-2016.doc
- www.occp.co/sites/all/files/Sentencia-del-27-de-enero-de-2016.doc
- <http://www.eljurista.eu/2014/12/01/la-desviacion-de-poder-en-el-derecho-administrativo/>