

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCION "C"

Consejera Ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D. C, veinte y nueve (29) de abril dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01202-01 (30.691)

Actor: Departamento de Cundinamarca.

Demandado: Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Codeter Ltda.

Referencia: Acción contractual.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el 26 de enero de 2005, a través de la cual decidió:

“PRIMERO: DECLARASE que la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Limitada -Codeter debe reconocer al Departamento de Cundinamarca por concepto de saldo a su favor la suma de trescientos cincuenta millones cincuenta y ocho mil doscientos treinta y nueve pesos (\$350.058.239.00).

SEGUNDO: NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: NIEGANSE las pretensiones de la demanda interpuesta por la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Limitada – Codeter por lo señalado en la parte considerativa del proveído.

CUARTO: Sin condena en costas”.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 31 de mayo de 2000¹, el Departamento de Cundinamarca, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción contractual, formuló demanda contra la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Limitada -

¹ Folios 4 C.1.

Codeter- y la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A., con el fin se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

Primera: Que la COOPERATIVA NACIONAL DE DESARROLLO TERRITORIAL CODETER LTDA. es contractualmente responsable ante el Departamento de Cundinamarca por haber recibido el anticipo del contrato SV-284-97 y por no haberlo invertido totalmente en desarrollo del mismo.

Segunda: Que lo anterior constituye la realización del riesgo de mal manejo e incorrecta inversión del anticipo previsto en la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. G U01 02 0644327, expedida por la compañía Aseguradora de Finanzas S.A CONFIANZA, para garantizar el cumplimiento del contrato SV-284-97.

Tercera: Que el contratista CODETER LTDA. al no ejecutar parte de las obras pactadas en el contrato SV-284-97, y/o ejecutar en forma incompleta o incorrecta, otras de ellas, incumplió con sus obligaciones contractuales con el Departamento de Cundinamarca ocasionándole graves perjuicios de orden material.

Cuarta: Que la inexecución de parte de las obras pactadas en el contrato SV-284-97, y/o la ejecución incompleta o incorrecta de otra parte de las mismas, configura la realización del riesgo de incumplimiento previsto en la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. G U01 02 0644327, expedida por la Compañía Aseguradora de Finanzas S.A CONFIANZA, para garantizar el cumplimiento del contrato SV-284-97.

Quinta: Que CODETER LTDA, es contractualmente responsable de los daños materiales y los perjuicios causados al DEPARTAMENTO con ocasión de la no amortización del anticipo y del incumplimiento por la inexecución de parte de las obras pactadas en el contrato SV-284-97, y/o de la realización incompleta o defectuosa de otra parte de las obras.

Sexta: Que CODETER LTDA, como contratista y CONFIANZA S.A como garante, deberán pagar al DEPARTAMENTO los daños materiales y los perjuicios causados con ocasión a la no amortización del anticipo y del incumplimiento en la realización de las obras pactadas en el contrato SV-284-97.

Condenas:

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se CONDENE a las demandadas a pagar, al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, las siguiente3s sumas de dinero:

Primera: La suma de doscientos sesenta y seis millones ciento treinta mil ochocientos nueve pesos con noventa y un centavos moneda corriente (\$266, 130,809.91 m/cte), o aquella que resulte acreditada en el proceso que CODETER LTDA como contratista y CONFIANZA S.A como garante del contratista deberán pagar al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este proceso, a título de reembolso de la suma entregada por el

Departamento al contratista como anticipo del contrato SV-284-97 y no amortizada por éste.

Segunda: La suma correspondiente a la pérdida de poder adquisitivo de la suma – no amortizada- entregada a título de anticipo y los intereses dejados de percibir sobre esa suma desde la fecha entrega-durante el tiempo que ha estado en poder del contratista y hasta la fecha en que efectivamente le sea reembolsada el Departamento.

Tercera: La suma que resulte acreditada en el proceso, que CODETER LTDA como contratista y CONFIANZA S.A, como garante del contratista incumplido – ésta última hasta el límite de la garantía otorgada- deberán pagar al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la sentencia que pongan fin a este proceso, suma correspondiente a los perjuicios materiales causados al Departamento por los mayores costos en que deberá incurrir para adelantar las obras no ejecutoriadas o para corregir las mal ejecutadas, por el contratista en desarrollo del Contrato SV-284-97.

Cuarta: La suma de cuatrocientos treinta millones de pesos (\$430,000,000,00 m/cte), o aquella que resulte acreditada en el proceso, que CODETER LTDA como contratista y CONFIANZA S.A como garante del contratista incumplido - esta última hasta el límite de la garantía otorgada- deberán pagar al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este proceso, como perjuicios materiales, por concepto del valor pagado a ACOOPGUALIVA para adelantar la interventoría del contrato SV-284-97.

Dicha suma será incrementada con el valor correspondiente a la pérdida de poder adquisitivo y los intereses dejados de percibir sobre las sumas entregadas con base en el contrato de interventoría, desde la fecha de entrega de esas sumas y hasta la fecha en que efectivamente le sean reembolsadas al Departamento.

Quinta: La suma que se determine por concepto de costas del proceso”.

2. Hechos

2.1. El Departamento de Cundinamarca celebró con la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial -CODETER LTDA-, el convenio interadministrativo S.V. 284 de 14 de octubre de 1997, en el cual el contratista se obligó con el departamento a realizar, en un plazo de 10 meses, las obras de “rehabilitación y pavimentación de la carretera Choachí- Fómeque-Ubaque-Cáqueza (R.C.) por el sistema de precios unitarios fijos sin reajuste”, por un valor de cinco mil setecientos cuarenta millones de pesos moneda legal (\$5.740´000.000,00 m/cte.), suma que incluía todos los costos directos e indirectos requeridos para la ejecución de la obra.

2.2. La compañía Asegurado de Fianzas S.A –CONFIANZA-, expidió a favor del Departamento de Cundinamarca, la póliza única de cumplimiento No. G-U01-02-0644327 para garantizar los diversos riesgos del convenio SV-284-97, y en particular los amparos de anticipo, por valor de dos mil ochocientos setenta millones de pesos moneda corriente (\$2.870.000.00 m/cte), cumplimiento, por valor asegurado de quinientos setenta y cuatro millones de pesos moneda corriente (\$574'000.000.00 m/cte) y de prestaciones sociales e indemnizaciones, por valor de doscientos ochenta y siete millones de pesos moneda corriente, (\$287,000,000,00 m/cte), póliza que fue aprobada por el Departamento el 22 de octubre de 1997.

2.3. El Departamento ordenó el pago del anticipo y el 29 de octubre de 1997 fue suscrita por las partes el acta de iniciación de la obra, en la cual se estableció que la obra debía estar concluida el 28 de agosto de 1998 (10 meses después).

2.4. Codeter contrató la realización de las obras objeto del convenio SV-284-97, con la firma Construcciones GBG Universal Ltda., lo que a juicio del contratante constituyó una “cesión disfrazada de contrato”.

2.5. El Departamento de Cundinamarca mediante Resolución Nro. 2374 de 18 de junio de 1998, dio por terminado unilateralmente el convenio interadministrativo por adolecer éste de nulidad absoluta al haber sido celebrado contra expresa prohibición, *“acogiendo así el argumento contenido en el concepto de fecha 20 de febrero de 1998 de la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal de la Procuraduría General de la Nación y los análisis y recomendaciones del Comité de Evaluación de la Contratación de esta entidad territorial.”*

2.6. Dicha Resolución fue notificada personalmente, el 23 de junio de 1998, al representante legal de CONFIANZA S.A y a la apoderada de CODETER LTDA . La aseguradora solicitó la revocatoria directa del acto administrativo de terminación unilateral, petición que fue negada por la Resolución 2757 de 20 de septiembre de 1999.

2.7. El secretario de obras del Departamento, mediante Resolución 233 de 6 de diciembre de 1999, liquidó unilateralmente el contrato de obra, liquidación en la cual resultó un saldo en contra de Codeter Ltda, y a favor del Departamento de doscientos

sesenta y seis millones ciento treinta mil ochocientos nueve pesos con noventa y un centavos moneda corriente (\$266.130.809.91 m/cte) que constituyen parte del valor entregado por la demandante y recibido por Codeter Ltda como anticipo del contrato. El acto de liquidación unilateral fue recurrido por el contratista y confirmado en su integridad por la entidad.

2.8. La firmeza del acto de liquidación, en el cual aparece el saldo del anticipo que el contratista debe rembolsar al departamento “configura el siniestro a la luz de la póliza única de cumplimiento expedida por CONFIANZA S.A”, por lo cual el contratista y la aseguradora deben devolver al departamento la suma entregada a título de anticipo y no amortizada por el contratista y los demás perjuicios ocasionados con su incumplimiento.

2.9. Codeter Ltda incumplió con las obligaciones derivadas del contrato, y específicamente, con el cumplimiento de ejecutar las obras en los plazos, y con las especificaciones establecidas por lo que ocasionó perjuicios materiales al Departamento de Cundinamarca que se concretan en los gastos en que éste debió incurrir para desarrollar el convenio, y en particular el que se concretó en el valor que debió pagar por la interventoría de la obra contratada, la corrección monetaria e intereses causados sobre la suma de dinero entregada como anticipo al contratista y no amortizada por éste y los sobrecostos que deberá pagar ahora el Departamento para contratar de nuevo la mismas obras o corregir las mal ejecutadas.

2.10. El 14 de octubre de 1997 el Departamento de Cundinamarca, celebró con ACOOPGUALIVA, el convenio interadministrativo Nro. SV-298-97 para adelantar la Interventoría Técnica del Convenio SV-284-97 por valor de cuatrocientos treinta millones de pesos (\$430.000.000.00 m/cte), “y como el contratista no cumplió con la ejecución del contrato, será menester, en cumplimiento de la Ley 80 de 1993, contratar un nuevo interventor en cuanto se realicen las obras de construcción no ejecutadas por CODETER”.

3. Actuación procesal.

3.1. Por auto del 30 de junio de 2000², se admitió la demanda y se dispuso notificar a los demandados y al agente del Ministerio Público.

3.2. La Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Ltda- CODETER- contestó la demanda por intermedio de apoderado judicial y se opuso a las pretensiones de la misma.

De otro lado, presentó demanda de reconvención el 8 de septiembre de 2000 en la que elevó las siguientes pretensiones³:

“PRIMERA: DECLARAR LA NULIDAD de las resoluciones número 2374 del 18 de junio de 1998 y 233 del 6 de diciembre de 1999 expedidas por el señor Gobernador del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA y mediante las cuales se dio por terminado unilateralmente la primera, y se liquidó unilateralmente, el Convenio Interadministrativo No SV 284 de 1997 celebrado el 14 de octubre de 1997.

SEGUNDA: DECLARAR que el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA ES RESPONSABLE de los perjuicios ocasionados a la COOPERATIVA NACIONAL DE DESARROLLO TERRITORIAL LTDA “CODETER” al dar por terminado y liquidado unilateralmente mediante las resoluciones que se declaran nulas, el Convenio Interadministrativo No SV 284 de 1997 celebrado el 14 de octubre de 1997.

TERCERA: Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA a INDEMNIZAR los perjuicios ocasionados a la COOPERATIVA NACIONAL DE DESARROLLO TERRITORIAL LTDA “CODETER” al dar por terminado unilateralmente y liquidado mediante las resoluciones que se declaran nulas, el Convenio Interadministrativo No SV 284 de 1997 celebrado el 14 de octubre de 1997.

CUARTA: En consecuencia, CONDENAR al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA a PAGARLE a la COOPERATIVA NACIONAL DE DESARROLLO TERRITORIAL LTDA “CODETER” la suma de QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$559.200.000.00) o la que resulte probada, por concepto de los perjuicios ocasionados al dar por terminado y liquidado unilateralmente mediante las resoluciones que se declaran nulas, el Convenio Interadministrativo No SV 284 de 1997 celebrado el 14 de octubre de 1997.

QUINTA: ORDENAR que la suma de dinero a cuyo pago se condena al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA sea actualizada en su valor”

² FI 20-23 C.1.

³ FI 27 C. 1. La terminación unilateral fue declarada el 23 de junio de 1998 y la liquidación unilateral quedó confirmada y ejecutoriada el 28 de marzo de 2000. La demanda de reconvención fue presentada el 8 de septiembre de 2000, esto es, dentro del término de caducidad que vencía el 24 de diciembre de 2000. En cuanto a la caducidad de la acción contractual ver providencia: *CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia número interno: 32797. Bogotá D.C., diez y seis (16) de marzo de dos mil quince (2015).*

El demandante en reconvención soportó su demanda en los hechos que se sintetizan a continuación:

3.2.1. El departamento de Cundinamarca y la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Ltda –Codeter Ltda- celebraron el 14 de octubre de 1997, el convenio interadministrativo de obra pública No. SV 284 de 1997, cuyo objeto era *la “rehabilitación y pavimentación de la carretera Choachí- Fomeque- Ubague- Cáqueza (R.C)”* y como valor del contrato, las partes estipularon la suma de \$5.740.000.00 y un plazo de 10 meses para su ejecución, que empezaría a contarse a partir de la suscripción del acta de iniciación, lo cual ocurrió el 29 de octubre de 1997; en consecuencia se debería vencer el 28 de agosto de 1998.

3.2.2. Mediante oficio del 28 de noviembre de 1997, Codeter le manifestó al Departamento de Cundinamarca que el convenio no había podido iniciarse por cuanto la entidad no le había facilitado la documentación necesaria como planos, especificaciones técnicas, permisos para transitar, etc, solicitadas por oficio del 24 de noviembre de 1997, por lo que pidió que se ordenara la suspensión del convenio.

3.2.3. El Departamento de Cundinamarca, en respuesta al oficio de fecha 24 de noviembre de 1997, manifestó que el estudio había sido solicitado por el Instituto Nacional de Vías y que una vez lo tuvieran en su poder lo harían llegar al Contratista.

3.2.4. En el mes de enero de 1998, Codeter manifestó al contratante la posibilidad de realizar unas modificaciones de obra, frente a lo cual el Departamento y la interventoría guardaron silencio, lo que retardo el inicio de las actividades contractuales.

3.2.5. El 11 de febrero de 1998, la empresa interventora -ADCOOPGUALIVA LTDA.-, entregó a Codeter la estructura de pavimentación, esto es, 3 meses después de la suscripción del acta de inicio, por lo que el contratista, mediante oficio del 13 de febrero de 1998, solicitó a la interventoría, con copia al Departamento una prórroga al plazo inicialmente pactado, las entidades guardaron silencio.

3.2.6. En varias oportunidades Codeter solicitó al Departamento de Cundinamarca el pago parcial de obras ejecutadas así como el reconocimiento del pago de actividades no incluidas inicialmente en el convenio interadministrativo.

3.2.7. Codeter ejecutó aproximadamente el 52% del convenio, equivalente a \$2.943.214.009.00.

3.2.8. El 18 de mayo de 1998, el contratante comunicó a Codeter su intención de dar por terminado unilateralmente el convenio interadministrativo porque no se había cumplido con el deber de selección objetiva del contratista, toda vez que Codeter no había sido escogida entre una pluralidad de ofertas, situación que viciaba el contrato de nulidad absoluta.

3.2.9. A través de resolución 2374 de 18 de junio de 1998, el Departamento de Cundinamarca dio por terminado unilateralmente el convenio interadministrativo No. SV-284 de 1997. Codeter mediante oficio de 19 de octubre de 1998, hizo entrega a la firma interventora, de las actas de entrega y recibo final de obra y de la liquidación.

3.2.10. Si el convenio hubiera terminado en su totalidad, Codeter habría obtenido un provecho económico de \$459. 200.000, correspondientes a una utilidad equivalente al 10% del valor de la obra.

3.2.11. El valor de los daños ocasionados por el Departamento de Cundinamarca a Codeter al dar por terminado y liquidado unilateralmente el convenio asciende a la suma de \$559.200.000.00.

3.3. La Compañía Aseguradora de Fianzas S.A “CONFIANZA”, contestó la demanda y la demanda de reconvención extemporáneamente.

3.4. Mediante auto de 17 de septiembre de 2002⁴, se abrió a pruebas el proceso y por providencia del 13 de octubre de 2004⁵, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.4.1. El apoderado judicial del Departamento de Cundinamarca alegó de conclusión frente a la demanda de reconvención y solicitó negar las pretensiones de la demanda de reconvención dado que el contrato se terminó de manera unilateral por estar dentro de una de las causales de nulidad absoluta, como lo es celebrar contrato estatal en

⁴ FI 91 C.1.

⁵ FI 250 C.1.

contra de la Constitución y la ley. Señaló por otro lado que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad y no fueron demandados todos los actos administrativos para desvirtuar la presunción de legalidad. Finalmente señaló que no está acreditado perjuicio alguno en el evento de una eventual nulidad decretada por la jurisdicción contenciosa.⁶

En cuanto a la demanda principal, el Departamento de Cundinamarca⁷ señaló que se encuentra demostrada la existencia del convenio SV-284 de 1997, así como la constitución de la póliza de garantía de cumplimiento expedida por CONFIANZA S.A a favor de la demandante. Agregó que igualmente están probados los hechos alegados en la demanda.

En cuanto al incumplimiento en la ejecución del contrato de obra, puso de presente que de conformidad con el dictamen pericial, Codeter ejecutó extemporáneamente varias obras y que otra parte sufrió atrasos; asimismo, que no se cumplió con la calidad de los equipos y personal a utilizar en desarrollo del contrato. Por lo anterior solicitó el reconocimiento de \$405.198.000.00 pagados a Adcoopgualiva para concluir las obras.

3.4.2. Por otro lado, la Aseguradora de Fianzas -Confianza S.A-⁸ sostuvo que no es de recibo amparar obligaciones de un contrato a sabiendas que no se cumplieron con los requisitos legales y constitucionales y que por tanto se violó el deber de información clara y precisa a la aseguradora, lo que implica a su vez una nulidad relativa del contrato.

Adujo que la nulidad del contrato amparado por el seguro conllevaría a un objeto ilícito del de seguro.

Manifestó que en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, no hay lugar al pago de intereses sobre el anticipo pues ese dinero no es equiparable a un mutuo comercial.

Considero improcedente la pretensión de perjuicios por concepto de incumplimiento puesto que la terminación del contrato tuvo su origen en las irregularidades en que

⁶ FI 251 C.1.

⁷ FI 293 C.1.

⁸ FI 302 C.1.

incurrió la administración dentro del proceso de selección y contratación y no en la falta de cumplimiento de las obligaciones del contratista.

Codeter y el Ministerio Público guardaron silencio.

5. Sentencia de primera instancia

El Tribunal, mediante providencia del 26 de enero de 2005 de primera instancia, adujo que el contrato terminó de manera unilateral por el departamento, por tanto no puede imputarse incumplimiento al contratista, toda vez que el plazo contractual no había vencido.

Sin embargo, consideró que conforme al acto de liquidación unilateral del convenio, existía un saldo a favor del Departamento de Cundinamarca por valor de \$266.130.809, correspondiente al anticipo no utilizado y del cual no existe prueba que se haya reintegrado.

En cuanto a la configuración del siniestro con el fin de hacer efectiva la póliza de seguro, sostuvo que la entidad debió proceder, mediante acto administrativo, a declarar la ocurrencia del mismo.

En cuanto a la demanda de reconvención el Tribunal de Instancia considera debidamente fundamentada el acto administrativo por medio del cual se declara la terminación unilateral del contrato SV-284-97. Así dispuso: *“(...) Por lo tanto, cuando los contratos estatales son celebrados con desviación de poder o desconocimiento del deber de selección objetiva se obra contra expresa prohibición legal y también se produce la causal de nulidad absoluta consagrada en el numeral 2° del artículo 44 de (si) al Ley 80 de 1993 y la entidad administrativa tiene el deber legal de dar por terminado el contrato y ordenar su liquidación, como ocurrió en el presente caso”*⁹.

6. Recurso de apelación

El recurso fue presentado el 17 de febrero de 2005 y se concedió mediante auto de 16 de mayo del mismo año.¹⁰

⁹ FI 342 C.6.

¹⁰ Fls 345 C.6.

La parte actora impugnó la decisión en el sentido de solicitar la modificación de la sentencia en cuanto al no reconocimiento del incumplimiento del convenio interadministrativo por Codeter Ltda, y el consecuente pago de perjuicios y la no condena a la aseguradora Confianza S.A. a pagar el anticipo no amortizado y el valor asegurado por el incumplimiento.

El recurrente señaló que la terminación del contrato no enervaba el incumplimiento, el cual se encuentra demostrado, a través del dictamen pericial, del se desprende que Codeter ejecutó extemporáneamente varias obras y otras sufrieron importantes atrasos.

Consideró que los perjuicios materiales que sufrió el Departamento de Cundinamarca ascendieron a \$405.198.000.00, por el pago realizado a la empresa interventora.

Finalmente, puso de presente que para el cobro de la póliza de seguro, podía escoger entre ejercer la acción ejecutiva derivada de una decisión administrativa o la acción ordinaria contractual.

7. Actuación en segunda instancia

7.1. Por auto del 15 de julio de 2005, se concedió a la parte actora un término de tres días para sustentar el recurso de apelación.

7.2. A través de proveído del 25 de agosto de 2005, se admitió el recurso de apelación y mediante auto de 30 de septiembre de 2005 se corrió traslado a las partes para alegatos de conclusión.

7.2.1. El apoderado del Departamento de Cundinamarca reiteró los argumentos del recurso de apelación.

7.2.2. La apoderada de Confianza S.A. manifestó que no hay lugar a declarar el incumplimiento del contrato porque el contratista quedó imposibilitado para terminar las obras a las cuales inicialmente se había obligado, tal y como lo argumentó el Tribunal de Instancia.

Por otro lado, en cuanto a la responsabilidad de la aseguradora señaló: “(...) Lo anterior significa que si la entidad se percató de la ocurrencia de un riesgo imputable al contratista durante la ejecución del contrato, debió declarar su ocurrencia mediante acto administrativo debidamente motivado y notificárselo a la aseguradora para que esta ejerciera su defensa (...) Sin embargo, si la entidad no declaró la ocurrencia del siniestro, no puede hacer efectiva por ninguna vía la garantía, pues el demandante considera que la póliza puede hacerse efectiva por la vía ordinaria (contractual) únicamente con la resolución de liquidación del contrato en firme, sin la declaratoria del siniestro, desconociendo el clausulado de la póliza que conforma el contrato de seguro.”¹¹

7.2.3. La Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado¹² rindió su concepto, en el que adujo que en el acto de liquidación unilateral, el Departamento de Cundinamarca únicamente adujo como suma adeudada el saldo del anticipo dejado de amortizar por el contratista, sin indicar ningún valor a su favor por concepto de incumplimiento por parte de Codeter. “En otras palabras, el acto administrativo de terminación unilateral del contrato, se constituyó en la prueba principal del estado económico del contrato interadministrativo No SV-284-97, y de las obligaciones que subsistían a cargo de cada una de las partes, es decir, que lo pretendido por el Departamento de Cundinamarca, de hacer efectivas obligaciones no cumplidas por CODETER durante la ejecución del contrato y que no quedaron plasmadas en el acto de liquidación unilateral, resultan improcedentes (...)”

En cuanto a la responsabilidad de la aseguradora indicó que el hecho de que en el acto administrativo se hubiese omitido declarar la ocurrencia del siniestro, no afecta la decisión contenida en el mismo de considerar responsable a la aseguradora hasta el monto indicado en la póliza de cumplimiento, en relación al pago del saldo del anticipo no amortizado.

En consecuencia, solicitó modificar el fallo de primera instancia en el sentido de ordenar tanto a Codeter como a Confianza S.A. el pago del anticipo entregado y no amortizado.

Codeter guardó silencio.

El proceso ingresó a Despacho para fallo el 29 de noviembre de 2005.

¹¹ FI 376 C.6.

¹² FI 402 C.6.

Mediante memorial de 8 de febrero de 2006 obrante a folio 410 se adjuntó la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca de fecha 7 de julio de 2005, en el proceso contractual No. 25000232600020001133-1, instaurado por la aseguradora Confianza S.A (allá demandante y aquí demandada) contra el departamento de Cundinamarca (allá demandado aquí demandante), providencia que fue apelada y cuyo recurso fue declarado desierto por ese mismo Despacho. La providencia tiene importancia por lo que versa sobre los mismos hechos controvertidos en el presente proceso.¹³

II. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, para lo cual se hace necesario estudiar, los siguientes aspectos: i) competencia; ii) acervo probatorio; iii) análisis del caso concreto, iv) reconocimiento de personería, v) condena en costas.

1. Competencia.

El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia, toda vez que el valor de las pretensiones por concepto de perjuicios, se estimó en la suma de \$430.000.000.00 y la cuantía que se requería para la época de presentación de la demanda en acción de controversias contractuales – 31 de mayo de 2000¹⁴ – para que el asunto fuera susceptible del recurso de apelación, era de \$26.390.000.00.

2. Acervo probatorio.

La Sala destaca las pruebas relevantes para el fallo:

¹³ FI 410. C. 6.

¹⁴ FI.4 C. 1.

- Copia auténtica del Contrato Interadministrativo de obra pública Número SV-284-97, celebrado entre el Departamento de Cundinamarca y la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Limitada "CODETER", del que se destaca; "(...) CLÁUSULA PRIMERA: Objeto. El CONTRATISTA se obliga a realizar para EL DEPARTAMENTO, la obra relacionada con REHABILITACION Y PAVIMENTACION CARRETERA CHOACHI- FOMEQUE- UBAGUE- CAQUEZA (R.C.) de acuerdo con los planos y especificaciones adoptados en la Resolución Departamental No. 155 de febrero de 1997, por la cual se adoptan las disposiciones de la Resolución No. 008067 de diciembre de 1.977 que regula sobre las normas técnicas para proyectos de la Red Vial, a los PRECIOS UNITARIOS FIJOS y en la forma señalada en este contrato...CLÁUSULA SEXTA: VALOR DEL CONTRATO: El valor del presente contrato es por la suma de: CINCO MIL SETECIENTOS CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$5.740.000.000.00) m/cte. PARAGRAFO. EL CONTRATISTA declara que los precios unitarios determinados en la cláusula cuarta de éste contrato, incluyen todos los costos directos e indirectos requeridos para la ejecución de la obra, por tanto EL DEPARTAMENTO no reconocerá sumas diferentes a las aquí expresadas por la ejecución de las mismas, ni reajustes algunos en sus precios...CLÁUSULA OCTAVA: FORMA DE PAGO: EL DEPARTAMENTO pagará a EL CONTRATISTA el valor del presente contrato así: El 50% del valor del contrato como anticipo y el resto por cuentas mensuales, efectuando en cada una la amortización del anticipo, sin que en ningún momento el valor del último pago sea inferior al 15% del valor del contrato. CLÁUSULA NOVENA: PLAZO DE EJECUCION DE OBRAS. El plazo de ejecución, es decir, el tiempo durante el cual EL CONTRATISTA se compromete a entregar a entera satisfacción de EL DEPARTAMENTO, la totalidad de la obra objeto del presente contrato será de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de suscripción del acta u orden de iniciación. El acta de iniciación deberá suscribirse dentro de los (3) días hábiles siguientes al recibo del anticipo. CLÁUSULA DECIMA SEGUNDA GARANTÍAS: El Contratista se obliga para que dentro de los tres días hábiles siguientes al del perfeccionamiento del contrato, constituya a favor del (sic) EL DEPARTAMENTO la garantía única, otorgada a través de una compañía de seguros o entidad bancaria cuya póliza matriz este aprobada por la Superintendencia Bancaria, que ampare los siguientes riesgos: 1) Cumplimiento del contrato, equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, cuya vigencia será igual a la del contrato y tres (3) meses más, contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento. 2) manejo y buena inversión del anticipo, cuya

cuantía será equivalente al cien por ciento (100%) del valor del mismo y con vigencia igual a la del contrato y tres (3) meses más. 3) Estabilidad de la obra, equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total final de la obra, vigente por cinco (5) años contados a partir de la fecha del acta de entrega y recibo final de la obra. 4) Salarios y Prestaciones sociales, equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato vigente por el término de vida legal del contrato y tres (3) años más. 5) responsabilidad Civil Extracontractual por daños a terceros equivalente al diez (10%) del valor total del contrato, vigente por el término del contrato y tres (3) años más....CLAUSULA TRIGESIMA PRIMERA: DOMICILIO CONTRACTUAL. Para todos los efectos legales las partes acuerdan como domicilio contractual la ciudad de Santafé de Bogotá. Para constancia se firma en Santafé de Bogotá D.C. a los 14 de octubre de 1997.”

- Garantía única de Seguro de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales, del 21 de octubre de 1997, cuyo objeto es garantizar el cumplimiento de las obligaciones surgidas en virtud del contrato interadministrativo de obra pública Nro. SV-284-97 referente a la rehabilitación y pavimentación carretera CHOACHI-FOMEQUE-UBAQUE-CAQUEZA (R.C.). Como valor asegurado se acordaron: por concepto de cumplimiento: 21-oct-1997 a 21-noviembre-1998, valor asegurado: 574.000.000.00; por concepto de Anticipo, valor asegurado: 2.870.000.000.00, vigencia 21-oct-1997 a 21-nov-1998....” (FI 25 C.2 pruebas).
- Copia de la constancia de pago de prima para el cumplimiento de las obligaciones surgidas en virtud del Contrato Interadministrativo. (FI 28 C.2 Pruebas).
- Copia auténtica de la aprobación de la póliza única por parte del Departamento de Cundinamarca. (FI 29 C.2 Pruebas).
- Copia auténtica del Acta de Iniciación de obra suscrita el 29 de octubre de 1997. (FI 30 C.2 pruebas).
- Copia auténtica del Convenio interadministrativo No. 298/97 celebrado entre el Departamento de Cundinamarca y la Administración Cooperativa para el Desarrollo del Gualiva para la interventoría técnica de la obra- Rehabilitación y Pavimentación de la Carretera Choachí- Fomeque - Ubaque – Caqueza, por valor de \$ 430.000.000.00, con un plazo de 14 meses, el cual fue suscrito el 14 de octubre de 1997.
- Oficio de octubre 22 de 1997, en el que se señala que el Departamento de Cundinamarca debe a CODETER LTDA por concepto de cancelación del 50% del

anticipo del Convenio SV-284-97, la suma de \$2.870.000.000.00. (FI 35 C.2 Pruebas).

- Copia auténtica de la Resolución Numero 02374 de 18 de Junio de 1998, por medio de la cual se da por terminado unilateralmente un contrato. En su parte motiva se señaló que conforme al concepto de la Procuraduría General de la Nación enviado a la Gobernación de Cundinamarca, se *“omitió en absoluto el obligado análisis de factores de selección y evaluación de conveniencia, capacidad, idoneidad, experiencia, etc., de una pluralidad de propuestas conforme lo señala el artículo 29 de la Ley 80 de 1993”* pues considera que *“la contratación directa, y en especial la contratación a través del mecanismo de los contratos o convenios interadministrativos con Cooperativas, no está exenta de la aplicación de los principios rectores de la contratación estatal. El artículo 7º del Decreto 855 de 1994, debe ser siempre leído y analizado, cuando de Cooperativas o Asociaciones de Entidades Territoriales se trate en concordancia con el artículo 2º del mismo estatuto. En consecuencia, la referencia que hace el mencionado Decreto, de que los contratos interadministrativos se celebrarán directamente, debe entenderse de manera sistemática, habiendo agotado previamente a la escogencia del Contratista, los principios de economía, transparencia y en especial el deber de selección objetiva conforme a los términos del artículo 29 de la Ley 80 de 1993”*. Agrega el Ministerio público en el oficio citado, que en su criterio *“...se configura las situaciones de NULIDAD ABSOLUTA de los contratos, prevista en los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, en concordancia con el inciso primero del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y numeral segundo de la misma disposición. Por lo que solicitaron el pronunciamiento del Señor Gobernador sobre la posibilidad de dar aplicación al mecanismo de TERMINACION DE LOS CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS celebrados en la Cooperativa durante 1997, conforme lo establecido en el artículo 45 inciso 2º de la Ley 80 de 1993...Por su parte, el inciso segundo del artículo 45 de la ley en cita, señala apodícticamente que “en los casos previstos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre...”* (FI 36 C.2 Pruebas.)
- Copia auténtica de la Resolución Número 02757 de 20 de septiembre de 1999, por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria directa de una resolución en el sentido de negar la misma. (FI 42 C.2 Pruebas).

- Copia auténtica de la Resolución Número 233 de 06 de diciembre de 1999 por la cual se liquida unilateralmente el Convenio No. S.V 284 de 1997. “(...)2.- Que el Departamento de Cundinamarca a través de la Gerencia para la Infraestructura entregó por concepto de anticipo al contratista Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial CODETER LTDA., la suma de dos mil ochocientos setenta millones de pesos moneda legal (\$2.870.000.000.00) M/cte., de los cuales fueron amortizados dos mil seiscientos tres millones ochocientos sesenta y nueve mil ciento noventa pesos con nueve centavos (\$2.603.869.190.09) M/cte, quedando un saldo a favor del Departamento de doscientos sesenta y seis millones ciento treinta mil ochocientos nueve pesos con noventa y un centavos (\$266.130.809.91)...8.-Que el Departamento de Cundinamarca remitió a CODETER LTDA un proyecto de Acta de Liquidación Bilateral del convenio de la referencia con el fin de proceder de mutuo acuerdo a la liquidación del mismo, documento que fue devuelto por la Cooperativa introduciéndole cambios sustanciales al proyecto original al incluir el pretendido pago de intereses de mora y pago de daños y perjuicios ocasionado por el acto administrativo de terminación unilateral, sumas de dinero que no pueden ser aceptadas en manera alguna por el Departamento en razón a no haberse causado. 9.- Que dada la imposibilidad de liquidar en forma bilateral el convenio SV. 284 de 1997 por no existir el mutuo acuerdo entre las partes contratantes, el Departamento de Cundinamarca haciendo uso de las facultades conferida en el artículo 61 de la Ley 80 de 1993 procede a liquidarlo en forma unilateral...”. (FI 48 C.2 Pruebas).
- Copia auténtica de la Resolución Número 073 de 27 de marzo de 2000. “*Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por CONFIANZA contra la Resolución No. 233 de 1999 mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato No. SV-284/97....RESUELVE: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución 233 de diciembre 6 de 1999...*” (FI 60 C.2 Pruebas)
- Oficio del 3 de octubre de 2002 por medio del cual se le comunica al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial “CODETER LTDA” entró en liquidación forzada Administrativa mediante Resolución N° 0384 de 21 de febrero de 2002, emanada de la Superintendencia de la Economía Solidaria. (FI 69 C.2 Pruebas).
- Acta del Tribunal donde se deja constancia que la testigo no compareció a la diligencia para rendir el correspondiente interrogatorio. (FI 104 C.2 pruebas).

- Testimonio rendidos por, RODRIGO JARAMILLO ARANGO, el día 11 de febrero de 2003, FABIO CORREDOR ZAMORA Y BERNARDO OSSA LOPEZ el día 20 de febrero de 2003. (FL 104 C. 2 pruebas).
- Dictamen pericial para definir el alcance del monto de los perjuicios solicitados por el demandante. (C.4).

3. Análisis del caso concreto.

Como presupuesto procesal, la demanda fue presentada el 31 de mayo de 2000 con fecha de terminación unilateral del contrato el 18 de junio de 1998 con acta de liquidación unilateral mediante resolución 233 de 6 de diciembre de 1999, confirmada por la Nro. 073 de 27 de marzo de 2000, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución anterior. Por lo que se encuentra dentro del término para ejercer la acción previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Descendiendo al caso en estudio, se tiene que la parte actora impugnó la sentencia de primera instancia frente a tres aspectos puntuales:

- 1) La declaratoria de incumplimiento del contrato de obra pública y la consecuente condena de perjuicios.
- 2) El pago del contrato de interventoría que se efectuó sobre el contrato de obra.
- 3) La condena a la aseguradora Confianza S.A. por el incumplimiento y mal manejo del anticipo por parte del contratista.

Sin perjuicio de lo anterior, debe advertir la Sala, que dado el caso de observarse la nulidad absoluta del contrato deberá el juez declararla de oficio al ser esta disposición de orden público, sin que con dicha declaración se vulnere de manera alguna el principio de la *no reformatio in pejus*.¹⁵

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Radicación número: 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565). Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014). “La nulidad absoluta del contrato estatal pueden alegarla las partes, el agente del Ministerio Público, cualquier persona que acredite interés directo –esto a partir de la Ley 446 de 1998- o declararla oficiosamente el juez; además, no es susceptible de saneamiento por ratificación. Incluso, en los casos previstos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44, el jefe o representante legal de la entidad pública puede terminar el contrato –como lo hizo el alcalde de El Retiro, en el contrato sub iudice-, mediante acto administrativo motivado, y ordenará su liquidación.”

En el caso bajo estudio, se tiene acreditado que el Departamento de Cundinamarca celebró el Convenio Interadministrativo Nro. SV-284-97 con la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial-Coddeter Ltda-; que dicho convenio tenía como objeto la rehabilitación y pavimentación de la carretera de Choachí, Foyeque, Ubaque y Cáqueza (R.C) y por valor de \$5.740.000.000.00 m/cte. En este orden, la Compañía Aseguradora de Finanzas- Confianza S.A. expidió a favor del Departamento de Cundinamarca, la póliza única de cumplimiento Nro. G-UOI-02-0644327 para garantizar los diversos riesgos del aludido Convenio SV-284-97, y en particular los amparos de anticipo a favor de Coodeter Ltda. Por valor de \$ 2.870.000.000.00 m/cte y de cumplimiento por valor de \$ 574.000.000.00.

De igual forma se encuentra acreditado dentro del expediente, que el Departamento de Cundinamarca mediante acto administrativo Nro. 02374 de 18 de junio de 1998 dio por terminado unilateralmente el convenio interadministrativo al haber sido suscrito contra expresa prohibición constitucional y legal de conformidad con el artículo 44 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, el cual establece las causales de nulidad absoluta y por su parte en lo atinente al inciso segundo del artículo 45 de la ley en cita que señala que: *“En los casos previstos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre”*.

Por la fuerza del análisis anterior la entidad señaló: *“se concluye que la administración omitió en la contratación directa con la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Limitada “CODETER LTDA”, el deber de selección objetiva señalado, por cuanto sin mediar trámite administrativo, suscribió el Convenio Interadministrativo No. S.V. 284...”* Lo anterior, porque no se hicieron estudios e invitación a diferentes oferentes para el análisis respectivo de la propuesta que mejor atendiera a las necesidades de la obra.

Ahora bien, la terminación unilateral del acto administrativo goza de la presunción de legalidad y frente a este no se elevó cuestionamiento en segunda instancia. Sin embargo, la Sala debe precisar que una cosa es la facultad de terminar unilateralmente el contrato mediante acto administrativo y otra cosa la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta de este por parte del juez.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional, apoyándose en la jurisprudencia de esta Corporación señaló:

“Así las cosas, la terminación unilateral del contrato, entendida como un mecanismo de autotutela de la administración, no tiene por objetivo deshacer todo lo realizado durante la ejecución de aquél por las partes, sino finalizarlo antes de lo previsto; por el contrario, la nulidad absoluta implica la constatación judicial de un vicio grave que afecta la validez del contrato por cuanto al momento de su celebración se desconocieron disposiciones de orden público. De allí que, por regla general, la declaratoria de nulidad busca devolver las cosas al estado “en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo” (art. 1746 del C.C.).

Una segunda diferencia entre la terminación unilateral del contrato y la declaratoria de nulidad, consiste en que mientras que ésta puede ser adoptada con posterioridad a la terminación del contrato, por cuanto pretende desaparecer todos los efectos jurídicos producidos, aquélla sólo es procedente en cuanto el contrato estatal se encuentre vigente.

Una tercera divergencia, atinente a la competencia, consiste en que mientras que la declaratoria de nulidad es del resorte exclusivo del juez del contrato, y por ende se plasma en una sentencia que hace tránsito a cosa juzgada, la terminación unilateral es una facultad que radica en cabeza del jefe o representante legal de la entidad respectiva y se consigna en un acto administrativo debidamente motivado, el cual, por supuesto, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Un último aspecto que marca una diferencia entre ambas figuras consiste en que la terminación unilateral produce efectos hacia el futuro o “*ex nunc*”, en tanto que la declaratoria de nulidad apunta a regresar las cosas al estado anterior a la celebración del contrato, es decir, efectos “*ex tunc*”.

Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 29 de agosto de 2007, consideró lo siguiente:

*“En firme la decisión administrativa de terminación unilateral del contrato, adoptada por la entidad contratante, es claro que la misma únicamente produce efectos hacia el futuro, “*ex nunc*”, mientras que la declaratoria judicial de nulidad absoluta, como ya se indicó, tiene como efecto retrotraer las cosas al momento de la celebración del contrato, como si éste en realidad nunca hubiere existido, es decir, que está llamada a generar efectos “*ex tunc*”*

(...)

La segunda hipótesis se presenta cuando la administración, en ejercicio de su potestad-deber, constata la existencia de una causal de nulidad absoluta, de aquellas consagradas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que afecta un contrato que actualmente se está ejecutando, procediendo a darlo por terminado. En tal caso, nada impide que la propia administración, un agente del Ministerio Público, cualquier persona e incluso de oficio, soliciten la declaratoria judicial de la nulidad absoluta del contrato. De tal suerte que, en definitiva, el acto administrativo mediante el cual se da por terminado unilateralmente un contrato estatal no invade la órbita competencial del juez del contrato.

Una última hipótesis se presenta cuando el jefe o representante de la entidad constata la existencia de un vicio de nulidad absoluta que afecta la validez de un contrato, la cual no se adecua a ninguno de los supuestos señalados en el segundo inciso del artículo 45 de la Ley 80 de 1993. En tal caso, necesariamente deberá acudir a la acción contractual, sin poder dar por terminado el contrato unilateralmente.

Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 2 de mayo de 2007, consideró lo siguiente:

“Sin embargo, no podrá ejercer esta facultad, aunque existiere un vicio de nulidad absoluta que afectare la legalidad del contrato, cuando la situación irregular no corresponda a alguno de los supuestos establecidos en los tres numerales antes referidos, sencillamente porque la ley no le ha otorgado competencia para ello y, por lo tanto, en esos otros eventos la única opción que tendría la entidad sería la de demandar judicialmente la declaratoria de nulidad del contrato.

(...)

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

*En suma, la declaratoria judicial de nulidad y la terminación unilateral de un contrato estatal son dos vías legales que pueden llegar a interponerse de manera simultánea o sucesiva, sin que ello constituya, en principio, vulneración alguna al derecho al debido proceso administrativo.”*¹⁶

En los contratos estatales la nulidad se produce por causas adicionales de las previstas en el derecho privado. El artículo 44 de la Ley 80 dispone que son nulos por las razones dispuestas en el derecho común –objeto y/o causa ilícita, ausencia de solemnidades e incapacidad absoluta-, y también cuando: i) se celebran con personas incursas en inhabilidad o incompatibilidad; ii) se celebran contra expresa prohibición constitución o legal; iii) se celebran con abuso o desviación de poder; iv) se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; v) se celebren con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley¹⁷.

¹⁶ Sentencia T-387/09. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

¹⁷ El artículo 21 de la Ley 80 de 1993 dispone: “*Del Tratamiento y Preferencia de las Ofertas Nacionales.* Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional. “Cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión se dispondrá la desagregación tecnológica. “En los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento, distintos de los créditos de proveedores, se buscará que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento. Así mismo, se buscará incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional. “En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional. “Para los

La nulidad absoluta del contrato estatal pueden alegarla las partes, el agente del Ministerio Público, cualquier persona que acredite interés directo –esto a partir de la Ley 446 de 1998- o declararla oficiosamente el juez; además, no es susceptible de saneamiento por ratificación. Incluso, en los casos previstos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44, el jefe o representante legal de la entidad pública puede terminar el contrato.¹⁸

En cuanto a la declaratoria de oficio la Sección Tercera de la Corporación precisó:¹⁹

En esa línea ha de advertirse que no han sido pocos las decisiones que esta Corporación ha proferido en punto de la competencia que le asiste al juez del contrato para pronunciarse oficiosamente frente a su legalidad, cuando de su análisis se evidencia la existencia de vicios que afectan su validez, postura que en modo alguno ha obedecido al capricho del fallador, sino a la autorización que en ese sentido ha impartido expresamente la Ley a cuyo imperio se encuentra sometido el administrador de justicia²⁰.

En efecto, el párrafo del artículo 78 del Decreto-ley 222 de 1983, norma que gobernó el procedimiento precontractual que antecedió la celebración del contrato No. 001 y vigente para la época de suscripción del mismo (28 de agosto de 1991), establecía que las causales de nulidad absoluta previstas en ese mismo artículo “pueden alegarse por

oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquel que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica. “El Consejo Superior de Comercio Exterior determinará el régimen vigente para las importaciones de las entidades estatales. **“Parágrafo 1.** El Gobierno Nacional determinará que debe entenderse por bienes y servicios de origen Nacional y de origen Extranjero y por desagregación tecnológica. Corresponde también al Gobierno Nacional diseñar mecanismos que faciliten el conocimiento oportuno tanto de la oferta de bienes y servicios de origen nacional, como de la demanda de las entidades estatales. **“Parágrafo 2.** El Gobierno Nacional reglamentará el componente nacional al que deben someterse las entidades estatales, para garantizar la participación de las ofertas de bienes y servicios de origen nacional.

¹⁸Ob. Cit., Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Radicación número: 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565).

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E) Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014).

²⁰ Subsección A, Sección Tercera, Consejo de Estado, 9 de abril de 2014, expediente 33608, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. *“Ahora bien, tal y como lo expresó esta Sala²⁰, aunque entre las pretensiones formuladas en la demanda no se encuentre alguna que tenga por objeto la declaratoria de nulidad del contrato, dicha circunstancia no impide que, en estos casos, el juez proceda de manera oficiosa a declararla, de conformidad con las facultades–deberes que al respecto le han sido otorgadas e impuestos por la ley.”*

el Ministerio Público en interés del orden jurídico o ser declaradas oficiosamente, cuando estén plenamente comprobadas.”

*Esta norma fue incorporada en el inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 al establecer que “la nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público y, por cualquier persona **o declarada de oficio**, ...”; por su parte, el artículo 87 del C.C.A., en la forma en que fue modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 dispuso que “[E]l juez administrativo queda facultado **para declararla de oficio** [se refiere a la nulidad absoluta] cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”.*

Así mismo, el artículo 1742 del Código Civil ordena: “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato;...”.

A propósito de la potestad, y a su turno deber, del juez para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, la jurisprudencia de la Sección Tercera también ha considerado que puede y debe ejercerla al dictar el fallo “en cualquiera de las dos instancias, y así la controversia judicial no haya girado en torno a dicha nulidad, mientras en el proceso intervengan las partes contratantes, porque de lo contrario se violaría la garantía constitucional del debido proceso”²¹.

En este mismo sentido la Sección Tercera puntualizó:

“La Sala no puede pasar desapercibidos los vicios que afectan la validez del contrato sin formalidades plenas que surgió como consecuencia de la orden de prestación de servicios 000074 del 16 de enero de 1997. A pesar de que la legalidad de la citada orden de prestación de servicios no fue cuestionada en el presente proceso, el artículo 1742 del C.C. contempla la facultad oficiosa del juez para pronunciarse respecto de las nulidades absolutas de los actos jurídicos y de los contratos cuando éstas aparezcan de manifiesto en el mismo, con el fin de garantizar la prevalencia del orden público que debe regir las relaciones jurídicas. Esa misma noción fue acogida por el inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, en cuanto consagra la facultad de declarar oficiosamente la nulidad absoluta de los contratos estatales, cuando adolezcan de vicios de tal raigambre. Las causales de nulidad absoluta están concebidas por el ordenamiento jurídico como una sanción que implica privar de eficacia los actos jurídicos y los contratos que se han erigido en contravía de los intereses superiores, por cuya protección propende el orden jurídico, con el fin de proteger al conglomerado

²¹ Sobre el tema pueden consultarse las Sentencias de 7 de octubre de 1999, Exp. 12387, de 1º de agosto de 2002, Exp. 21.041 y de 6 de julio de 2005, Exp. 12249.

social de los efectos adversos que puedan desprenderse de un acto jurídico o un contrato viciado de tales tipos de ilegalidad. La Sala ha precisado en distintas oportunidades que la facultad del juez de declarar de manera oficiosa las nulidades absolutas que sean manifiestas en los actos o contratos no está sometida al régimen de la caducidad, no solo porque resulta evidente que durante el trámite del proceso puede transcurrir el tiempo previsto por el ordenamiento jurídico para que fenezca la oportunidad de alegarlas por la vía de acción, sino porque la facultad oficiosa difiere ostensiblemente del derecho público subjetivo de acción y los términos de caducidad están concebidos como límites temporales para hacer efectivos ante la jurisdicción, por la vía de acción, los derechos sustanciales; además, el fenecimiento del término de caducidad carece de la virtualidad de sanear los vicios de que adolezcan los actos o contratos

(...)

La facultad del juez no es ilimitada. En efecto, para declarar la nulidad de manera oficiosa, debe observar: i) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria a la cual se refiere el artículo 1742 del C.C., pues, ocurrida la prescripción, se produce el saneamiento de los vicios ii) que en el proceso se hallen vinculadas las partes intervinientes en el contrato o sus causahabientes y iii) que el vicio surja de manera ostensible, palmaria o patente Por otra parte, se precisa que el término de prescripción extraordinaria que rige en el caso concreto es el de 20 años, según lo dispuesto por el artículo 2532 del C.C., norma de carácter sustancial que se hallaba vigente para la fecha en que comenzó a correr el término, el cual resulta aplicable a términos del artículo 41 de la Ley 153 de 1887.”

De conformidad al caso bajo estudio y en observancia los principios de transparencia y selección objetiva del contrato, así como en consonancia con los motivos expuestos en el acto administrativo que terminó unilateralmente el contrato, la Sala observa, que al no mediar trámite administrativo que evidencie haberse efectuado un análisis de factores previos y determinantes a la contratación sobre conveniencia, oportunidad, capacidad, idoneidad, experiencia etc;²² no se puede considerar que se haya dado cumplimiento a una contratación directa respetando el principio de selección objetiva, ya que el hecho de que la contratación pueda ser directa no implica de manera alguna obrar con arbitrariedad en la selección del contratista. Por consiguiente, se declarará la nulidad absoluta del contrato de conformidad con la jurisprudencia reiterada por esta corporación.

Ahora bien, la Sección Tercera ha entendido en cuanto a los efectos de la nulidad contractual lo siguiente:

“(...)La nulidad constituye la sanción legalmente consagrada para aquellos eventos en los cuales el contrato se ha celebrado con el desconocimiento de requisitos y

²² En cuanto a la pluralidad de ofertas artículo 14 del Decreto 2170 de 2002 derogado expresamente el párrafo por el Decreto 866 de 2003.

formalidades que el legislador ha considerado indispensables en su formación para hacerlos acreedores a la tutela y protección del ordenamiento jurídico o con vulneración de normas cuya observancia se impone al momento de su nacimiento y consiste en privar de sus efectos, total o parcialmente, al respectivo acto o contrato, como si nunca hubiera existido. La nulidad es total, cuando el vicio invalida el acto o negocio jurídico en toda su extensión o parcial, cuando el mismo sólo recae sobre parte del mismo, pudiendo subsistir las otras disposiciones que lo conforman; también puede ser relativa o absoluta, según la trascendencia de la norma vulnerada. La nulidad relativa, está principalmente consagrada en interés particular, por corresponder a vicios que afectan concretamente a una de las partes, caso en el cual deben ser alegados por el afectado para que proceda su declaración y son susceptibles de saneamiento. La nulidad absoluta, por su parte, está consagrada en interés general y corresponde a aquellos eventos en los que el desconocimiento de tales formalidades y requisitos configura una seria vulneración del ordenamiento jurídico y reviste una gravedad tal, que el vicio resulta insaneable por ratificación y puede ser declarada de oficio por el juez.

(...)

El propósito principal de la declaratoria de nulidad es eliminar del ámbito jurídico el acto o contrato que ha surgido en contravención del ordenamiento normativo al que se hallaba sujeto, con el fin de privarlo de la totalidad de sus efectos y aun cuando ya éstos se hubieren producido y por ello, busca devolver las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo (artículo 1746 C.C.)²³, es decir que la declaratoria de nulidad afecta la validez del acto o contrato desde el mismo momento de su celebración, lo cual implica que tiene efectos ex tunc, se extienden hacia el pasado, como si el negocio jurídico no se hubiera celebrado y tiende a dejar a las partes en el estado en que se hallaban antes de su celebración.”²⁴

La Sala en reciente jurisprudencia expuso *in extenso*²⁵:

“Pero la existencia de un acto no determina la validez de él y de sus efectos. El acto puede haber surgido a la vida civil, pero afectado de un vicio dirimente que inexorablemente lo condena a muerte o que puede producir esta. Tal sucede cuando faltan condiciones para su validez, cuya lista es: la capacidad legal de los agentes; la ausencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo); la observancia de la

²³ “Artículo 1746. Efectos de la declaratoria de nulidad. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. (Subraya la Sala)

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

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH. Bogotá D.C, veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014)

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565). Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014).

plenitud de la forma solemne; la licitud del objeto; la realidad y licitud de la causa, y la ausencia de lesión enorme en los casos en que esta da lugar a su rescisión.”²⁶

De acuerdo con lo expuesto, el acto nace a la vida jurídica porque atiende los requisitos que la Ley exige para su existencia, no obstante, no implica que sea válido y que, en consecuencia, produzca efectos jurídicos, porque -como se señaló- aunque la validez está atada a la existencia del acto jurídico, en el primer escenario los requisitos del contrato deben cualificarse. Ya no se tratará del otorgamiento, por ejemplo, del consentimiento, sino que debe estar exento de vicios –error, fuerza o dolo-. Asimismo, la declaratoria de nulidad de los contrato, y en general de los actos jurídicos, implica, en términos de Ospina Fernández, la paralización de la eficacia futura, pero también su destrucción retroactiva –desde luego, en cuanto sea posible- por ende conduce a la extinción de las obligaciones entre las partes.

El doctrinante Ricardo Uribe Holguín, señala que lo nulo es lo que carece de validez y eficacia, pero precisa que no todo lo inválido puede calificarse de nulo, en efecto, sostiene: “Lo nulo, como concepto civil, solo es predicable del acto o contrato, no de las obligaciones ni de los instrumentos público. Proviene la nulidad de que el acto o contrato carezca de alguna de sus condiciones de validez, como bien se expresa por el art. 1740 del CODIGO: ‘Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa’.”²⁷. El mismo autor añade que los contratos pueden ser “total y parcialmente nulos”. En este orden, el contrato puede estar viciado en todas sus estipulaciones, o puede estarlo únicamente en alguna, evento en el que es válido en las demás. En ese sentido, se refiere a los elementos o cláusulas del contrato y, por supuesto, a sus vicios, en los siguientes términos: “Por regla general, cuando son nulas las estipulaciones esenciales del convenio, este es susceptible de anulación total, y cuando los son apenas las accidentales, únicamente se anulan estas, subsistiendo la convención con solo aquellas. Las estipulaciones naturales o presuntas no pueden estar afectadas de nulidad, porque son disposiciones de la ley que suplen la voluntad de las partes (art. 1.501).”

²⁶ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Ed. Temis. Bogotá. Págs. 519 y 520.

²⁷ URIBE HOLGUÍN, Ricardo. De las Obligaciones y del Contrato en General. Editorial Temis, segunda edición, pág. 226.

Además, el derecho privado distingue entre la nulidad absoluta y relativa de los contratos –artículos 1740 y 1741 del CODIGO Civil-. La primera procede del objeto o la causa ilícita, por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza. Además, el acto es absolutamente nulo si proviene del incapaz absoluto²⁸. Este defecto lo declara el juez, de oficio, aunque puede alegarse por quien tenga interés, o el Ministerio Público, en defensa de la moral o la ley²⁹.

“Artículo 1741. Nulidad absoluta y relativa. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

“Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

“Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”

La nulidad relativa, por su parte, se produce por cualquier otro vicio, distinto de los que enuncian los incisos primero y segundo del artículo 1741 del CODIGO Civil, y produce la rescisión del contrato: incapacidad relativa de los menores adultos y los disipadores en interdicción judicial; vicios del consentimiento (art. 1508 del CODIGO Civil); falsedad de la causa (art. 1524 del C.C.); inobservancia de las formalidades requeridas, no en consideración a la naturaleza del acto sino a la calidad o estado de los agentes y la lesión enorme dirimente, que tiene lugar en la aceptación de una herencia o legado (art. 1291), en las particiones de bienes (art. 1405) y en la venta y en la permuta de

²⁸ Para Ricardo Uribe Huguín, las causales de nulidad absoluta de los contratos son:

“1°) Objeto ilícito;

“2°) Causa ilícita;

“3°) Omisión de requisitos o formalidad prescrito por la ley en consideración de la naturaleza misma del contrato, salvo el que consiste en otorgar instrumento público, cuya falta determina inexistencia y no nulidad del acto (art. 1760); y

“4°) Incapacidad absoluta de cualquiera de las partes...”-pág. 227, De las Obligaciones y del Contrato en General.-

²⁹ “Artículo 1742. Obligación de declarar la nulidad absoluta. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.”El aparte subrayado se declaró exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-597 del 21 de octubre de 1998.

inmuebles (arts. 1946 y ss., y 1958). Esta nulidad no se declara de oficio, sino a solicitud de la parte en cuyo favor se estableció³⁰, y se sana por ratificación de las partes o por prescripción de la acción rescisoria (art. 1743)³¹.

El CODIGO contempla otros supuestos que configuran la nulidad del acto o contrato. Por ejemplo, si de parte de un incapaz existe dolo para inducir la celebración del contrato o la creación del acto, no podrán alegar la nulidad ni él ni sus herederos o cesionarios³². En otros términos, si la nulidad proviene de un acto doloso de un incapaz, no tiene derecho a alegarla, sólo podrá hacerlo la parte que cumplió; incluso establece que si la causa de la incapacidad relativa desaparece, tampoco puede alegarse la nulidad.

De otra parte, cuando se declara la nulidad absoluta no hay lugar a restituciones mutuas, a menos que las partes no tuvieran conocimiento que alguno de estos requisitos de validez fuera ilícito. Así lo prevén los artículos 1525 y 1746 del CODIGO Civil, en consecuencia, los demás vicios que generen nulidad absoluta o relativa dan a las partes el derecho a ser restituidas al estado en que se hallaban antes del contrato. En efecto, el artículo 1746 del CODIGO Civil dispone que las restituciones mutuas proceden, sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o la causa ilícita, esto es, advirtiendo lo estipulado por el artículo 1525:

“Artículo 1746. Efectos de la declaratoria de nulidad. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

“En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración

³⁰ “Artículo 1743. Declaración de nulidad relativa. La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes. “La incapacidad de la mujer casada* que ha obrado sin autorización del marido o del juez o prefecto en subsidio, habiendo debido obtenerla, se entiende establecida en beneficio de la misma mujer y del marido.”

³¹ URIBE HOLGUÍN, Ricardo. De las Obligaciones y del Contrato en General. Editorial Temis, segunda edición, pág. 226.

³² “Artículo 1744. Contrato realizado por dolo de un incapaz. Si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad.

“Sin embargo, la aserción de mayor edad, o de no existir la interdicción, u otra causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener el pronunciamiento de nulidad.”

los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.”

En concordancia con el inciso primero de esta norma, el artículo 1525 del CODIGO Civil, prevé: “Art. 1525. No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.” Pero si se trata de un acuerdo celebrado por algún incapaz, sin los requisitos que exige la ley, el que contrató con él puede pedir la restitución o reembolso de lo que gastó o pagó, siempre que pruebe que el incapaz se hizo más rico con el negocio.”³³

Adicionalmente, a diferencia del derecho privado, el estatuto de contratación pública dispone que si se declara la nulidad de un contrato de ejecución sucesiva, se reconocerá y pagarán las prestaciones ejecutadas hasta la adopción de la decisión. No obstante, si el contrato es nulo por objeto o causa ilícita, la entidad sólo debe pagar el beneficio que el contratista le haya prestado:

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

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

Sobre este tema se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 24 de noviembre de 2004, exp. 25.560, sostuvo que la diferencia entre la legislación civil y la pública radica en que en ésta se exige la prueba del beneficio que la administración recibió del contratista, para que en los contratos de ejecución periódica se reconozcan las prestaciones debidas:

“En resumen, para la Sala el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece efectivamente una regla distinta a la del CODIGO Civil,

³³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Radicación número: 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565). Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014).

consistente en que el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita, sólo tienen lugar cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido. Se trata, pues, de una regla diferente a la prevista en la legislación civil en tanto que condiciona el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas al beneficio del Estado y solamente hasta el monto del mismo. La especialidad de la norma de la ley 80 no radica, entonces, en impedir las sanciones que se derivan por violación del orden jurídico a sabiendas y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues, como ha indicado la Corte Suprema de Justicia, esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta disposición se aplicaría únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas.

“Así, el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 no conlleva 'derogatoria' alguna de las sanciones que prescribe la legislación civil a contratos celebrados con conocimiento de violar el ordenamiento jurídico. No se infiere de su tenor literal, tampoco de una interpretación sistemática, ni siquiera de sus antecedentes que, como se advirtió, son equívocos”.
(Subrayado fuera del texto original)

Ahora bien, en lo referente a la apelación, por no haberse condenado al contratista CODETER LTDA a pagar los perjuicios sufridos por el Departamento de Cundinamarca de un supuesto incumplimiento. Tenemos que de conformidad con la jurisprudencia expuesta y atendiendo a que en el caso particular no se trató de una mera terminación anticipada del contrato, sino que por haberse entrado a declarar la nulidad absoluta del Convenio Interadministrativo SV. 284-97 lo deja sin efectos jurídicos, esto es, como si no se hubiese contraído obligación alguna, con la finalidad de volver las cosas en el estado anterior a su celebración; por lo tanto, se enerva cualquier discusión de un eventual incumplimiento sobre el objeto del contrato, para dar paso a las restituciones mutuas que dieran lugar.

No obstante, la jurisprudencia contenciosa administrativa establece la posibilidad de reconocer el pago a favor del contratista, siempre que, se presenten beneficios obtenidos por la administración sobre las prestaciones de tracto sucesivo que hayan sido efectivamente ejecutadas, ya sea sobre el objeto o causa ilícita, sin perjuicio de la administración pueda repetir aquellas sumas por las cuales pagó o financió y no haya obtenido ningún beneficio, valga precisar, siempre que ésta no haya celebrado el contrato a sabiendas de la

ilicitud. Situación que no sucedió para el presente caso, ya que la parte demandada no demostró de manera cierta que el contratante conocía de la problemática de la nulidad al momento de la suscripción del Contrato Interadministrativo de Obra.

En el presente caso, obra dentro del expediente acta de liquidación unilateral donde se hace constar por parte de la administración las prestaciones periódicas ejecutadas y de su beneficio efectivo obtenido, dentro de la cual dispuso para la liquidación total, el factor del anticipo y el porcentaje de la ejecución de la obra alcanzada así:

RESUMEN OBRA EJECUTAD:

TRAMO CHOACHÍ- EL CRUCE 1.294.465.233.90

TRAMO FOMEQUE- LA UNION 771.032.304.39.

TRAMO EL CRUCE- UBAQUE 135.729.070.20

TRAMO UBAQUE-CAQUEZA 402.642.581.60

VALOR TOTAL OBRA EJECUTADA 2.603.869.190.09

RESUMEN POR ANTICIPO:

VALOR ANTICIPO 2.870.000.000.00

VALOR AMORTIZADO ACTA LIQUIDACION 2.603.389.190.09

SALDO A AMORTIZAR POR ANTICIPO 266.130.809.91

SALDO CONTRATO A FAVOR DE LA GOBERNACION: 266.130.809.91.

Por consiguiente existe un saldo a favor en donde la administración no obtuvo ningún beneficio y por el cual la Administración revistió de dichos recursos al contratista para el desarrollo del contrato por lo que da lugar a la restitución por este concepto, ya que de no efectuarse dicha restitución conllevaría a un enriquecimiento sin causa por parte de la demandada.

Al margen de lo anterior, se deja la Salvedad, que de discutir la eventual terminación unilateral del contrato y su incumplimiento, como lo pretendió hacer ver la parte actora, la Sala acogiendo al concepto presentado por la Procuraduría Cuarta Delegada, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación puntualizó:³⁴

“Por último se agrega que, como regla general, una vez expedido el acto de liquidación, no es procedente demandar únicamente el incumplimiento del contrato

³⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Radicación número: 47001-23-31-000-1993-03570-01(17431). Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil trece (2013).

para obtener el reconocimiento de los eventuales perjuicios derivados del mismo, puesto que para alcanzar la prosperidad o estimación de las pretensiones acerca de resarcimiento del incumplimiento contractual, el acto de liquidación en el cual no se haya contemplado el mismo, debe ser retirado en sus efectos del mundo jurídico si se pretende desconocer la decisión en él contenida, así como si se busca la inclusión de nuevas cuentas a cargo de alguno de los contratantes que hagan variar el resultado final de las mismas, toda vez que, como se ha explicado, el contenido del acto de liquidación establece un saldo final de la ejecución contractual que proviene de las obligaciones recíprocas de ambas partes, de donde como regla general no puede sustraerse el acto de liquidación de la pretensión de incumplimiento contractual y del debate procesal acerca del mismo, en tanto la obligación supuestamente incumplida incida en el valor del saldo final de la liquidación.”³⁵

En un caso similar igualmente puntualizó en lo relacionado con el acta de liquidación lo siguiente:

“La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado de manera reiterada que la liquidación del contrato, vista de manera general (bilateral, unilateral o judicial), es el “balance final o corte definitivo de cuentas de la relación contractual, cuyo propósito fundamental es el de determinar quién le debe a quién y cuánto”. A lo anterior se añade que la liquidación tiene por objeto establecer el estado en el cual quedaron las obligaciones principales que surgieron con ocasión del contrato y las accesorias que surgen después de la ejecución material del mismo, los ajustes, las revisiones y los reconocimientos a que haya lugar según lo ejecutado y lo pagado, la idoneidad de las garantías que se deben ofrecer para la etapa poscontractual y los acuerdos, conciliaciones o transacciones a las cuales lleguen las partes, para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo, tal como lo prevé el artículo 60 de la Ley 80 de 1993. El acta de entrega suscrita el 28 de febrero de 2000, entre los representantes legales de las partes del convenio interadministrativo 009 de 1999, contiene el verdadero balance final de la relación negocial, en la medida en que permite conocer con claridad el nivel de cumplimiento de las obligaciones a cargo de cada una de ellas, el ajuste de cuentas efectuado y el balance final de éstas. (...) Para la Sala no existe duda de que en el acta de entrega CORPORINOQUIA reconoció la obligación de pagar a CODETER el 50% del precio total del convenio y que, a la vez, declaró satisfechas las obligaciones a cargo de esta última, de manera que dicha acta constituye el reflejo de lo que fue la relación negocial, en cuanto al cumplimiento de las prestaciones a cargo de cada una de las partes, a lo pagado y a lo adeudado a título de contraprestación, lo que, en últimas, significa que, en la misma acta, las partes liquidaron bilateralmente el negocio celebrado. Para corroborar el anterior aserto, basta señalar que la pretensión de liquidación judicial del precitado convenio tiene como fundamento, únicamente, la información consignada en el acta de entrega a la cual se

³⁵ La regla general comentada se aplicó, por ejemplo, en el siguiente caso: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 7 de noviembre de 2012, Expediente No. 25.915, Radicación No. 440012331000200000293 01 actor: Laureano Quintero Gómez, demandado: Instituto Nacional de Vías —INVIAS—.

ha hecho alusión y, en ese sentido, resulta improcedente reiterar lo que las partes consignaron en ella, con el único fin de señalar que el contrato ha sido formalmente liquidado. (...) el convenio 009 de 1999 fue liquidado bilateralmente el 28 de febrero de 2000, a lo que se agrega que en ese instante tal liquidación adquirió fuerza vinculante para las partes, de manera que no es posible desconocer lo establecido en el acta que la contiene, salvo que el juez la invalide por encontrar en ella algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo).”³⁶

En el presente caso, el Departamento de Cundinamarca no especificó el alcance del cumplimiento defectuoso de la obra, dado que en el acta de liquidación tan sólo se limitó a señalar la amortización del anticipo con relación a la ejecución de la obra alcanzada, por lo que resulta improcedente modificar lo que allí quedó consignado, más aún cuando se ha obrado con los poderes especiales de la Administración, esto es, de liquidarlo de forma unilateral el Convenio Interadministrativo.

También, en el recurso de apelación se solicitó el reconocimiento del pago del contrato de interventoría sobre la obra objeto del convenio, esto es la suma de \$ 430.000.000 por concepto del valor pagado a COOPGUALVIA. Observa la Sala, tal y como lo señaló el concepto del Ministerio Público que esta pretensión no está llamada a prosperar, en la medida que los costos que tuvo que sufragar el demandante por concepto de la interventoría, corresponde a un contrato aparte al del Convenio Interadministrativo, que si bien se contrató para supervisar y ejercer el control de calidad y entrega de las obras pactadas, no por ello se puede pretender que CODETER LTDA, asuma los pagos que se realizaron con ocasión del mismo.

Finalmente, en el recurso de apelación se solicita declarar y condenar a la Aseguradora Confianza S.A por el riesgo del mal manejo del anticipo, esto es, como riesgo autónomo y distinto al riesgo del cumplimiento del objeto contractual.

La Sección Tercera ha señalado, que cuando los contratistas constituyen pólizas a favor del Estado, las cuales, junto con el acto administrativo de liquidación, la declaratoria de caducidad o terminación, prestan merito ejecutivo. Ahora bien, establece que la garantía presta merito ejecutivo a favor del Estado, junto con el acto administrativo que declara la correspondiente obligación.³⁷

³⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Radicación número: 85001-23-31-000-2002-00289-01(25440). Bogotá, D.C., nueve (9) de octubre de dos mil trece (2013).

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación Número: 05001-23-31-000-1994-00297-01 (13599). Bogotá D.C., abril catorce (14) de dos mil cinco (2005). “(...) Para la Sala, las dos normas contempladas en los numerales 4 y 5 del C.C.A, dan la posibilidad de que las garantías constituidas a favor de las entidades

No obstante, si bien obra el acto administrativo que terminó anticipadamente con la ejecución del contrato, dicha terminación no tuvo origen en una caducidad sobre el contrato³⁸, se observa también que el acto administrativo tuvo como fundamento la ausencia de requisitos legales para celebrar dicho contrato, y no en relación a un eventual incumplimiento o del mal manejo del anticipo; procediendo posteriormente la Administración a liquidar lo efectivamente prestado dentro dicho plazo. Por lo anterior, al no terminarse el contrato por razones de un eventual incumpliendo y de una indebida destinación del dinero, no hay lugar a condenar a la compañía aseguradora, esto es, por no haberse consolidado los riesgos amparados, y sin que sea procedente entrar a reconocer perjuicios por concepto del riesgo autónomo de las malas inversiones del

estatales, incluida la de estabilidad de la obra, presten mérito ejecutivo, con las siguientes precisiones: En primer lugar, lo dicho supone tener claro que el numeral 4 del art. 68, que se encuentra parcialmente vigente, como se deduce de la sentencia de agosto 24 de 2000 -Exp. 11318, C.P. Jesús María Carrillo. Según lo entendió entonces la Sala, se circunscribe a la atribución de competencias, para los procesos ejecutivos a la jurisdicción contencioso administrativa, despojando de la misma a la jurisdicción coactiva, pero no se extiende a la posibilidad de dictar los actos administrativos a que dicha norma se refiere, ni a la conformación del título ejecutivo; luego el numeral 4 del artículo 68 sigue vigente, en cuanto al hecho de que indiscutiblemente los actos allí relacionados prestan mérito ejecutivo, pues esto no contraviene la ley 80 de 1993, luego no se ha operado una derogación tácita en este sentido; lo que sí quedó derogado fue el hecho de que dicho actos presten mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, pues el artículo 75 de la ley 80 ha dispuesto que los procesos de ejecución, derivados de los contratos estatales, sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa. En segundo lugar, y partiendo de la vigencia del numeral 4 citado, éste regula y se refiere expresamente a las relaciones de naturaleza contractual, cuando los contratistas constituyen pólizas a favor del Estado, las cuales, junto con el acto administrativo de liquidación, la declaratoria de caducidad o la terminación, prestan mérito ejecutivo. Ahora bien, el numeral 5 establece que cualquier otra garantía presta mérito ejecutivo a favor del Estado, junto con el acto administrativo que declara la correspondiente obligación. Para la Sala estas dos normas se deben integrar, para comprender su alcance y significado plenos, integración de la cual resulta que cualquier póliza contractual, constituida a favor del Estado, presta mérito ejecutivo -aunque no por jurisdicción coactiva-, pues no es lógico -ni es el sentido de la norma- fraccionar el mérito ejecutivo de las garantías contractuales a favor del Estado, cuando es claro que el numeral 4 citado incluye todos los amparos que puede contener una póliza; y el numeral 5 incluye cualquier otro tipo de garantía a favor del Estado, de donde se deduce que el propósito mismo de la norma es el de otorgar una prerrogativa a las entidades estatales para que puedan declarar ellas mismas el siniestro, y hacerlo exigible en forma efectiva. Nota de Relatoría: Ver Exp. 11318 del 24 de agosto de 2000.”

³⁸ **Ley 80 de 1993. Artículo 18º.- De la Caducidad y sus Efectos.** La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar. Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley. La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento. (Subraya la Sala)

contratista al no reflejarse el monto detallado en el acta de liquidación unilateral, conforme a los lineamientos anteriormente expuestos.³⁹

En este orden de ideas, se procederá a actualizar el valor de la condena dictada por el tribunal de instancia con la siguiente formula: $S = Ra \text{ if/ii}$

4. Reconocimiento de personería.

A folio 437 del cuaderno principal, obra poder especial otorgado por el Departamento de Cundinamarca, al doctor Andrés Eloy Ordoñez con tarjeta profesional T.P Nro.10040 del Consejo Superior de la Judicatura, al cual se le reconocerá personería en los términos de poder otorgado.

5. Condena en costas.

No hay condena en costas a la parte actora, porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a su imposición, cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso no se vislumbra que aquella hubiese actuado de esa manera, no se hará condena alguna en ese sentido.

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el 26 de enero de 2005, la cual quedará así:

³⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02444-01(29214). Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014). “LIQUIDACION DE CONTRATO - Actuación posterior a la finalización de la ejecución del contrato que establece de modo definitivo las obligaciones y derechos pecuniarios de las partes y su cuantía / ACTA DE LIQUIDACION FINAL - Debe identificar las partes, objeto y alcance del contrato, determinar el precio, pago y sumas pendientes por cancelar, señalar actas pendientes, anticipos, plazo de ejecución, prórrogas, adiciones y reinicios / ACTA DE LIQUIDACION - Documento donde las partes estipulan las salvedades e inconformidades con la ejecución del contrato de manera detallada y concreta. La Jurisprudencia ha establecido que el alcance y sentido de la liquidación definitiva de un contrato es el de un verdadero balance o corte de cuentas, lo cual permite determinar si alguna de las partes de un contrato le debe algo a la otra u otras y, de ser así, cuánto es el monto del valor adeudado. NOTA DE RELATORIA: En relación con la definición y alcances del acta de liquidación, consultar sentencia de 9 de marzo de 1998, Exp. 11101, MP. Ricardo Hoyos Duque.”

PRIMERO: Declárese la nulidad absoluta del convenio interadministrativo Nro. SV-284-97, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Declárese que la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Limitada-Codeter- debe restituir al Departamento de Cundinamarca por concepto de saldo a su favor la suma de (\$523.711.811 pesos) de acuerdo a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Niéganse las demás pretensiones de la demanda interpuesta por el Departamento de Cundinamarca.

CUARTO: Niéganse las pretensiones de la demanda interpuesta por la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Limitada-Codeter- por lo señalado en la parte considerativa del proveído.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

TERCERO: Reconózcase personería al abogado Andrés Eloy Ordoñez Ordoñez, como apoderado del Departamento de Cundinamarca, en los términos del poder conferido.

CUARTO: Sin condena en costas.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidenta