



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 10 de junio de 2022

Radicación: 52001-23-33-000-2014-00070-02 (66765)
Demandante: Funidesc
Demandado: municipio de Orito
Referencia: controversias contractuales

Temas: controversias contractuales – nulidad absoluta del contrato.

Síntesis del caso: la demandante solicitó la declaratoria del incumplimiento de un contrato de cooperación. El Tribunal declaró, de oficio, la nulidad absoluta del contrato.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, el 9 de septiembre de 2020, que declaró, de oficio, la nulidad del contrato de cooperación y negó las pretensiones de la demanda¹.

Contenido: 1. Antecedentes – 2. Consideraciones – 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante – 1.2. Posición de la parte demandada – 1.3. Sentencia recurrida – 1.4. Recurso de apelación

1.1. Posición de la parte demandante

1. El 19 de julio de 2013 la Fundación Integral para el Desarrollo Sostenible de Colombia (Funidesc) presentó una **demand**a, en ejercicio del medio de control de **controversias contractuales**, en contra del municipio de Orito, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe):

PRIMERA: Que se ordene al Municipio de Orito, Putumayo, cancele el valor adeudado por la ejecución y cumplimiento del Contrato de Cooperación No. 033/2011, en favor del contratista Fundación para el Desarrollo sostenible, representado por el señor Eliderman Londoño, la suma adeudada de [...] (\$312.182.028), suma descrita en el Acta técnico jurídico No. 19 de 2012,

¹ El Consejo de Estado es **competente** para conocer las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

Radicación: 52001-23-33-000-2014-00070-02 (66765)
Demandante: Funidesc
Demandado: municipio de Orito
Referencia: controversias contractuales
Decisión: confirmar la sentencia apelada

plenamente autorizada y ordenada por el señor Alcalde, el Interventor y el Supervisor (Secretario de Planeación) de las obras.

SEGUNDA: Se ordene al Municipio de Orito-Putumayo, la cancelación del valor adeudado por la ejecución de obras adicionales para el cumplimiento del Contrato de Cooperación No. 033/2011, en favor del contratista Fundación para el Desarrollo sostenible, representado por el señor Eliderman Londoño, la suma de adeudada [...] (\$ 107.971.382.44), suma descrita y autorizada en las diferentes Actas técnicas de 2012.

TERCERA: Que el Municipio de Orito, Putumayo, cancele el valor de los intereses moratorios a la tasa actualmente existente por valor de (2.5%), desde el momento en que se cumplió la obligación, equivalente a la suma de \$ 10.503.835.25 mensuales, por los meses que se demore el municipio en cumplir con la presente obligación pecuniaria.

CUARTA: Que de existir resolución de terminación unilateral o liquidación unilateral del Convenio de Cooperación Mutua No. 033 de 2011 se declare su nulidad, al no cumplir con los requisitos de procedibilidad establecidos en el mismo Convenio de Cooperación y que al no cumplirse (utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos y/o Tribunal de Arbitramento) con lo cual no se podía declarar esa terminación unilateral, al no reunirse ninguno de los requisitos legales para tal fin, pero porque tampoco se ha notificado ningún acto administrativo de terminación y liquidación.

QUINTA: Que por el incumplimiento al pago de la obligación contraída, sobre dineros adeudados del contrato de cooperación No. 033/2011, el municipio de Orito, cancele al suscrito apoderado el valor correspondiente al Diez (10%) de las sumas efectivamente adeudadas, como valor de los honorarios profesionales, ante la necesidad de tener que recurrir a estas instancias para lograr el pago de unas obligaciones claras, expresas y exigibles”.

2. En la **demanda**² la parte actora narró, en síntesis, los siguientes **hechos** relevantes que fundamentaron sus pretensiones:

3. 1) El 20 de diciembre de 2011 se suscribió el contrato de cooperación 33, entre Funidesc y el municipio de Orito, cuyo objeto consistió en (se transcribe): “impulsar los programas de cobertura educativa, formación deportiva, rescate de valores artísticos y culturales, fortalecimiento institucional de infraestructura estratégica, ordenamiento municipal y equipamiento municipal a través de la ejecución de actividades de construcción descritas en anexos 1 y 2 del contrato”. El 20 de febrero siguiente se firmó el acta de inicio.

4. 2) El comité técnico tuvo varias reuniones, al término de las cuales se firmaron actas en las que se dejó constancia de que existían algunos “ítems no previstos”, del porcentaje del avance de las obras y de las obras adicionales necesarias para el cumplimiento del contrato.

5. 3) Según la parte actora, “el valor total de las obras adicionales ascendi[ó] a [...] (\$107.971.382,44)”.

6. 4) El 10 de diciembre de 2012 se remitieron varios documentos al representante legal de Funidesc para que fueran firmados, sin permitirle su lectura. “Al día siguiente, se elaboró resolución de terminación unilateral del

² Folios 196-212 del cuaderno principal I (208-224 expediente digital).

convenio de cooperación", con el argumento de la finalización del plazo de ejecución del contrato, pese a que aún no se había cumplido el término de 8 meses para su ejecución.

1.2. Posición de la parte demandada

7. El municipio de Orito **contestó la demanda**³ y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Según indicó, el contrato de cooperación se suscribió "a pocos días de terminarse el período constitucional para el cual fue elegida la entonces alcaldesa [...] encontrándose un sinnúmero de hallazgos en el expediente contractual que no permitían el inicio de la fase de ejecución de las actividades contractuales".

8. Afirmó que "el porcentaje de ejecución de obra civil llegó solo al 40,84%", por lo que quedó un saldo a favor de la entidad de \$175.249.881,46, que correspondía al saldo del anticipo que no había sido reintegrado.

9. Indicó que la firma interventora, el 1 de noviembre de 2012, le informó a la entidad que había finalizado el tiempo para la entrega de la obra y le advirtió sobre la "imposibilidad del contratista de continuar con las obligaciones contractuales por motivos económicos". La parte demandada se pronunció, además, sobre los frentes de obra; las diferencias entre la interventoría y el contratista con respecto a los avances de las obras; la aprobación de ítems no previstos; los rediseños y las modificaciones a las cantidades de obra.

10. Insistió en que el contratista no ejecutó "la totalidad de los aportes desembolsados con el anticipo" y añadió que la liquidación unilateral se efectuó con fundamento en la cláusula 14 del contrato, relativa a la terminación "por la expiración de término inicial de duración" (el 19 de octubre de 2012), y como consecuencia de haber considerado inconveniente prorrogar el contrato ante los referidos incumplimientos.

11. Finalmente, indicó que, en contra de la Resolución 715 de diciembre de 2012, en la que se liquidó unilateralmente el contrato, se resolvió desfavorablemente un recurso, a través de la Resolución 108 de 8 de mayo de 2013. Agregó que la entidad se vio obligada a suscribir otro contrato para terminar las obras que Funidesc dejó inconclusas.

12. Formuló las **excepciones** de caducidad de la acción, pues habían transcurrido más de 4 meses desde la firmeza del acto que confirmó la liquidación unilateral, así como la de ineptitud de la demanda, porque no se debió haber intentado el medio de control de controversias contractuales, sino el de nulidad y restablecimiento del derecho.

³ Folios 280-300 del cuaderno principal I (295-315 expediente digital).

1.3. Sentencia recurrida

13. El 9 de septiembre de 2020 el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Segunda de Decisión Oral, profirió la **Sentencia de primera instancia**⁴, en la que resolvió (se transcribe):

“PRIMERO. - DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA del Contrato de Cooperación N° 033 del 20 de diciembre de 2011, suscrito entre el Municipio de Orito (P) y la Fundación para el Desarrollo Sostenible de Colombia, por las razones expuestas en esta providencia, en consecuencia:

NEGAR las pretensiones de la demanda incoada por la Fundación para el Desarrollo Sostenible de Colombia en contra del Municipio de Orito (P), por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. - CONDENAR en costas a cargo de la parte demandante y en favor de del Municipio de Orito (P), cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso y de conformidad con lo ordenado en esta providencia.

TERCERO. - Remitir copia de la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación, Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República a fin de que se investiga la posible comisión de conductas delictivas, de responsabilidad fiscal o disciplinaria [...] (énfasis original)”.

14. Para el Tribunal, “del contrato de cooperación N° 033 del 2011 se predica nulidad absoluta, por haberse celebrado con desviación o abuso de poder, al desconocer principios del Estatuto de Contratación, tales como la transparencia y selección objetiva. [...] la entidad contratante eludió los procedimientos de selección objetiva, puesto que, lo contratado a través de la Fundación para el Desarrollo sostenible de Colombia, en realidad eran obras de construcción y carácter civil que debían someterse a la modalidad de licitación”.

15. Tras pronunciarse sobre el régimen jurídico de los contratos con personas privadas sin ánimo de lucro, indicó que, en observancia de lo disciplinado por el Decreto 777 de 1992, el artículo 2 excluía del ámbito de su aplicación “los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes”.

16. Con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, señaló que, en los acuerdos celebrados al amparo de lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política, “el privado contrata sin pretender obtener una remuneración por la actividad de interés público que desarrolla y la entidad estatal participa para apoyarlo en ese fin, pero nunca para retribuirle, pagarle o remunerarle por la ejecución de esta”.

⁴ Folios 232-235 del cuaderno del Consejo de Estado.

17. Tras identificar todas las “obras civiles y de construcción” objeto del contrato, señaló que estas “debían contratarse por licitación pública y con base en ello suscribir contrato de obra pública”.

18. En el apartado sobre las restituciones mutuas, concluyó que no resultaba procedente reconocer valores adicionales a Funidesc. Finalmente, en relación con la nulidad de la Resolución que liquidó el contrato, estimó que no había “lugar a pronunciarse puesto que se ha[bía] declarado la nulidad absoluta del contrato”.

1.4. Recurso de apelación

19. La parte demandante presentó un **recurso de apelación**⁵, en el que insistió en el argumentó que presentó en el curso de la primera instancia, para que se declarara la nulidad de todo lo actuado por la falta de competencia y de jurisdicción, resultado de la existencia de una cláusula compromisoria.

20. Sostuvo que la oportunidad para declarar, de oficio, la nulidad absoluta del contrato era de 2 años, de conformidad con el literal j del artículo 164 del CPACA, tiempo máximo que también tendría el juez para esa declaratoria, o que, “en gracia de discusión, sería de cinco años”, en atención a lo dispuesto por el Decreto 1 de 1984 (CCA).

21. Según aseguró, aunque era manifiesta la imposibilidad de declarar la nulidad absoluta del contrato, quería reseñar, “sin profundizar”, que el contrato no estaba incurso en la causal de nulidad por desviación o abuso de poder, a la que se refiere el numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, ya que, previo a celebrar el contrato, se invitaron dos fundaciones más, y que las obras ejecutadas eran “obras sociales”, que beneficiaban a la comunidad”.

22. Afirmó que se debía pagar algunas “obras adicionales”, a pesar de reconocer que las obras no habían sido ejecutadas en su totalidad.

23. También se pronunció en contra de la condena en costas, pues el Tribunal “debió haber tenido en cuenta si reposaba dentro del expediente pruebas que acrediten las costas que se causaron”.

24. En la oportunidad para **alegar de conclusión**, la entidad demandada indicó que, “de encontrarse probados los elementos de la nulidad, las pretensiones deb[ían] ser despachadas desfavorablemente”. Añadió que el Municipio no tenía “deuda alguna con la empresa contratista”⁶. La parte demandante y el **Ministerio Público** guardaron silencio⁷.

⁵ Samai, índice 13.

⁶ Samai, índice 15.

⁷ Samai, índice 14.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Análisis sustantivo: 2.1.1. Sobre la solicitud de nulidad de todo lo actuado; 2.1.2. Sobre el término para declarar la nulidad absoluta del contrato; 2.1.3. La nulidad absoluta – 2.2. Sobre la condena en costas

2.1. Análisis sustantivo

25. De conformidad con los motivos de la apelación, la Sala **confirmará** la decisión de primera instancia, porque: no resultaba procedente la solicitud de nulidad procesal por falta de competencia (1); la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta del contrato se produjo en tiempo (2) y se ajustó a la normativa aplicable (3).

26. En el expediente obra copia del contrato de cooperación mutua 33, de 20 de diciembre de 2011, celebrado entre Funsidec y el municipio de Orito⁸, y del contrato adicional 1, suscrito el 28 de agosto de 2012⁹.

27. También se aportó copia del “*acta de decisión respecto de la continuación o liquidación bilateral del contrato*”, de 31 de enero de 2012¹⁰; del acta de inicio, de 2 de febrero de 2012¹¹; de la Resolución 715 de 4 de diciembre de 2012, “*por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato de cooperación mutua N 033 de 2011*”¹²; de las actas del comité técnico y de las órdenes de trabajo y fotografías de las obras realizadas, dentro de las que se encuentran aulas escolares, patios recreativos, un centro deportivo y restaurantes escolares construidos por el contratista.

2.1.1. Sobre la solicitud de nulidad de todo lo actuado

28. La Sala reafirma (como lo hizo el Tribunal Administrativo de Nariño en varias oportunidades procesales, con ocasión de las distintas intervenciones y solicitudes de la parte actora) que no se configuró la nulidad de todo lo actuado aducida por la demandante. Para ello basta con recordar que, aunque la jurisprudencia del Consejo de Estado se debatió entre dos tesis encontradas sobre la renuncia tácita o expresa a la cláusula compromisoria, la Ley 1563 de 2012 zanjó la discusión (que había sido objeto de unificación en la Sentencia de 18 de abril de 2013, exp. 17859). El párrafo del artículo 21 de la referida ley señaló: “*la no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto*”.

29. En el asunto sometido a estudio, la demanda se presentó el 11 de diciembre de 2013, esto es, en vigencia de la Ley 1563 de 2012. Razón

⁸ Folios 34-42 del expediente digital.

⁹ Folios 52-54 del expediente digital.

¹⁰ Folios 43-48 del expediente digital.

¹¹ Folios 49-51 del expediente digital.

¹² Folios 172-181 del expediente digital.

suficiente para rechazar, una vez más, la solicitud de nulidad formulada por la parte actora.

2.1.2. Sobre el término para declarar la nulidad absoluta del contrato

30. Según el recurrente, el juez solo tenía 2 años para declarar la nulidad absoluta del contrato, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 164, numeral 2, literal j del CPACA o, en todo caso, máximo 5 años, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 136, numeral 10, literal e del CCA.

31. Lo primero que se debe advertir es que al caso le resultan aplicables las normas del CPACA, ya que la demanda se presentó el 11 de diciembre de 2013¹³. Sin embargo, la Sala estima que debe darse aplicación al inciso segundo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en virtud de cual *“los términos que hubieran comenzado a correr [...] se regirán por la ley vigente al momento de su iniciación”*. En ese sentido, para el conteo respectivo se debe tener en cuenta el término establecido en el literal e del numeral 10 del artículo 136 del CCA.

32. A pesar de las falencias argumentativas, el recurrente pareció entender que el juez solo podía declarar la nulidad de oficio del contrato dentro de los 2 años posteriores a su perfeccionamiento, con independencia del momento en el que se presentara la demanda, como si su presentación no tuviera ningún efecto sobre este conteo y en desconocimiento de lo dispuesto por el artículo 94 del Código General del Proceso¹⁴.

33. En relación con esta solicitud, es necesario recordar que, en el presente asunto, mientras que el contrato se suscribió el 20 de diciembre de 2011, la demanda se radicó el 11 de diciembre de 2013, esto es, dentro de los dos años posteriores a su perfeccionamiento, realidad que desvirtúa cualquier argumento en torno a la forma en la que se debían contar los 2 años y a la eventual vigencia del contrato (y con mayor razón, frente a los 5 años de los que trataba el CCA).

2.1.3. La nulidad del contrato

34. Los cargos de apelación del demandante sobre la inexistencia de la nulidad del contrato se circunscribieron a señalar que las *“obras sociales”* objeto del contrato beneficiaron a la comunidad y que se había realizado una

¹³ El artículo 164, numeral 2, literal j, sobre la oportunidad para presentar la demanda, estableció un término de 2 años contados a partir del día siguiente de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento. En esa misma disposición se señaló que, si se pretendía la nulidad absoluta del contrato, el término para demandar sería de 2 años, *“que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras que se encuentre vigente”*

¹⁴ CGP, artículo 94 *“La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado”*. [...]

invitación a un par de oferentes, razones que consideró suficientes para que la entidad pudiera contratar directamente, sin acudir a un procedimiento previo de selección.

35. Lo primero que debe tenerse presente es que el artículo 1742 del Código Civil¹⁵ contempla la facultad y el deber del juez de declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato cuando esta “*aparezca de manifiesto*”. En la misma línea, el artículo 45 de la Ley 80 de 1993¹⁶ también define la facultad de declarar oficiosamente la nulidad absoluta de los contratos estatales.

36. Esta Sala advierte que está configurada la nulidad absoluta del contrato, habida consideración de que el negocio jurídico celebrado no correspondió a un “*contrato especial de cooperación*” (como lo denominaron las partes), de aquellos regidos por el Decreto 777 de 1992 (que desarrolla el artículo 355 de la Constitución Política), en los que se contrata con “*entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público*”.

37. La manifiesta nulidad se evidencia luego del análisis del objeto del negocio jurídico y, en especial, del contenido de las obligaciones, de donde se desprende una clara naturaleza jurídica dispar a la que pretendieron darle las partes. A pesar de que la cláusula que contenía el objeto del contrato incluyó, además de la infraestructura y el equipamiento municipal, “*el impulsar el programa de cobertura educativa, formación deportiva, rescate de valores artísticos y culturales*”, en realidad el contrato se circunscribió a la labor de construcción de las obras reseñadas en los anexos 1 y 2.

38. La lista de actividades a desarrollar por el contratista, que se limitó a la construcción de obras, se transcribe a continuación, de conformidad con el contenido del contrato:

- “*Pavimento rígido, zona de parqueo terminal de transporte, municipio de orito, departamento de putumayo*”
- *Continuación construcción módulos zonas de parqueo*
- *Construcción de andenes mini coliseo*
- *Construcción de andenes plaza de mercado*
- *Adecuación infraestructura física coliseo municipal*
- *Terminación centro deportivo recreacional y cultural María Rosario Hernández, barrio jardín del municipio de Orito, Putumayo*
- *Adecuación y remodelación de la nueva sede educativa de educación superior de orito*
- *Adecuación vía playa parker Orito-Putumayo*
- *Construcción patio recreativo Cer San Vicente De Luzón sede Montebello*
- *Terminación patio recreativo sede nueva colonia de Orito, Putumayo*

¹⁵ Artículo 1742. “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”.

¹⁶ Artículo 45. “La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación [...]”.

- Construcción unidad sanitaria Cer San Andrés Sede Santa Rosa del 35 terminación patio recreativo sede Santo Tomas de Aquino de Orito-Putumayo
- Terminación restaurante escolar Cer Lusitania sede santa teresa
- Terminación aula Cer San Felipe sede el progreso dos
- Construcción tres aulas segundo nivel Cer Yarumo sede principal
- Terminación aulas escolares y aula de informática Cer Sinaí sede Monserrate
- Construcción aula escolar Cer Altamira sede principal
- Construcción aula escolar Resguardo La Cristalina construcción graderías e iluminación patio recreativo inspección San Vicente Del Luzón
- Terminación patio recreativo escuela vereda Brisas del Rio Orito
- Construcción patio recreativo sede El Caldero
- Terminación patio recreativo alto tesalia
- Adecuación patio 1. E. Jorge Eliecer Gaitán sede principal proyecto
- Construcción cerramiento Cer Nueva Esperanza-sede central
- Terminación cerramiento escolar cer. El yarumo sede San Andrés De Paula Santander Bengala Sede Don Quijote
- Construcción unidad sanitaria Cer Lusitania sede Aguazul
- Terminación aula múltiple inspección Portugal sede Francisco
- Construcción de unidad sanitaria y pozo séptico Cer Nueva
- Construcción unidad sanitaria Cer Flor del Campo sede la ruidosa
- Construcción unidad sanitaria Cer La Venada sede Chicala Pijaos
- Adecuación restaurante escolar Cer Lusitania sede Cartagena
- Adecuación restaurante escolar Cer. Puerto rico sede corazón del putumayo
- Terminación restaurante escolar Cer. Nueva bengala sede Villa de Leyva
- Terminación restaurante escolar Cer. Palestina sede el sábalo
- Adecuación restaurante escolar Cer El achiote sede Brisas del Achiote
- Terminación restaurante escolar Cer nueva esperanza sede Santa Inés restaurante escolar Cer Simorna sede principal
- Construcción patio recreativo y centro cultural Cer Lusitania sede principal municipio de Orito inspección de policía Churuyaco, pavimentación en concreto rígido, calle 7a entre cra 8 y 9, barrio unión
- Adecuación infraestructura física edificación casa policía municipal"

39. Mientras que Funidesc se comprometió a contratar "por su cuenta y riesgo [...] todo el personal técnico y administrativo idóneo" para la realización de las obras, "a pagar los honorarios y/o salarios y las prestaciones sociales del personal" que empleara en la ejecución de las obras y a suministrar "informes de avances de obra"; el Municipio se obligó, por su parte, a hacerle seguimiento al cumplimiento de las actividades de la Fundación. Como se advierte, ninguna obligación del contrato se refiere a las actividades que desarrollaría la fundación sin ánimo de lucro para promover, por ejemplo, el rescate de valores artístico y culturales, o la realización de "obras sociales".

40. Las obligaciones asumidas, sumado a los incumplimientos referidos por la entidad (como el incumplimiento del "cronograma para la ejecución de obras", las condiciones técnicas convenidas y otros incumplimientos a las obras pactadas advertidos por la interventoría), dan cuenta de la ejecución de un típico contrato de obra pública¹⁷. No existió un esfuerzo conjunto sobre actividades y programas de interés público, al punto de que, luego del

¹⁷ Definidos en el artículo 32.1 de la Ley 80 de 1993 como "[...] los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago".

cambio de gobierno, la nueva administración tuvo serias dudas, previas a permitir la ejecución de un contrato que fue celebrado "a pocos días de terminarse el período constitucional para el cual fue elegida la entonces alcaldesa [...] encontrándose un sinnúmero de hallazgos", que le generaron alertas sobre su posible ejecución.

41. Precisamente, se advierte que la propia entidad, a pocos días de celebrar el contrato, se reunió con el contratista para discutir la posibilidad de terminarlo (que quedó contenida en el acta referida en las pruebas, de 31 de enero de 2012), toda vez que había identificado algunas alertas del Secretario de Infraestructura del Municipio y de la oficina de control interno, que desaconsejaban la celebración del contrato sin un proceso de selección previa, así como que "la carpeta original del contrato" daba cuenta de inquietudes relativas al hecho de que no se hubiera adelantado una licitación pública, sino que se hubiera contratado directamente a Funidsec. También se advirtió que la supuesta invitación a otra fundación sin ánimo de lucro se hizo, en realidad, en la misma fecha en la que se celebró el contrato de cooperación (20 de diciembre de 2011), así como otras irregularidades (18 en total), que llevaron a la entidad contratante a preguntarse sobre la posibilidad de permitir la ejecución del contrato. A pesar de estas inquietudes, el 2 de febrero de 2012 se firmó el acta de inicio.

42. Como se advierte, no solo no existió una licitación previa, sino que, aunque el recurrente afirmó que se invitaron dos fundaciones más, los antecedentes administrativos dan cuenta de una invitación que se realizó el mismo día en que se suscribió el contrato.

43. Una vez aclarado que el negocio jurídico suscrito entre las partes reunía todos los elementos de un contrato de obra, y advertidas otras irregularidades durante el procedimiento administrativo que culminó con la suscripción del contrato, de conformidad con lo dispuesto en la referida Ley 1150 de 2007, la Sala advierte que la selección del contratista debió haberse efectuado a través de licitación pública, toda vez que el tipo de contrato no se ubicaba dentro las excepciones previstas por la norma. La entidad, en cambio, contrató directamente, escudada en la supuesta celebración de un "contrato especial de cooperación", de los que trata la el Decreto 777 de 1992, con lo que inobservó el procedimiento de selección al que estaba obligada.

44. Para el Tribunal Administrativo de Nariño, aunque el contrato se celebró en contra de una expresa prohibición legal (por la exclusión expresa contenida en el artículo 2 del Decreto 777 de 1992¹⁸); en atención al entendimiento jurisprudencial de lo que configura una "expresa prohibición legal", la nulidad

¹⁸ Decreto 777 de 1992, artículo 2: "Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes".

del contrato se derivó del numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que establecía esa consecuencia jurídica cuando se celebren contratos con abuso o desviación de poder, resultado de haber omitido el procedimiento correspondiente de selección de contratista, comoquiera que el *“numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, prohíbe a las autoridades eludir los procedimientos de selección objetiva”*.

45. En virtud de la remisión expresa al derecho común que hace el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, la Sala pone de presente que en el caso concreto se desconoció el artículo 1741 del Código Civil, que establece que se configura una nulidad absoluta cuando se produzca *“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”*, lo que ocurre cuando se desconoce la obligación de aplicar el procedimiento licitatorio.

46. Al haberse pretermitido la licitación, había lugar a declarar la nulidad del contrato, conforme a la violación del numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de la celebración del acuerdo, que constituye una causal de nulidad absoluta de los contratos.

47. Como lo advirtió de manera reciente esta Subsección¹⁹, las normas del Código Civil equiparan algunas nulidades, como la nulidad del contenido del contrato, con la nulidad por objeto ilícito. Como consecuencia, dondequiera que, técnicamente, existen otras ilicitudes, el juez se ha visto obligado a declarar la ilicitud del objeto. Lo mismo ocurre en el presente caso. El artículo 1519 del Código Civil indica que *“hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación”*. La Ley 80 de 1993, en tanto norma de contratación estatal, establece claras reglas de derecho público-administrativo. En consecuencia, celebrar un contrato en contravía de una norma como el artículo 24-8 de la Ley 80 de 1993, que prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva, implica celebrarlo en contravención de una norma de derecho público. Por lo tanto, ese contrato, en aplicación del Código Civil, es nulo por objeto ilícito.

48. A una conclusión similar puede llegarse a partir de la lectura del artículo 899 del Código de Comercio que indica que *“será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa”*. Aquí, como puede observarse, el legislador no identificó la nulidad por contrariar una norma imperativa con la ilicitud del objeto. Razón está que permitiría decretar la nulidad absoluta del negocio jurídico sin declarar que su objeto es ilícito.

49. A la luz de lo señalado, es claro que contrariar el artículo 24-8 de la Ley 80 de 1993, obliga a esta Sala a declarar la nulidad absoluta del contrato. En una

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de marzo de 2022, exp. 64411.

primera línea argumentativa, basada en el Código Civil, por contrariar el derecho público de la nación y por objeto ilícito. En una segunda línea de pensamiento, fundada en el Código de Comercio, por contrariar una norma imperativa.

50. Finalmente, se advierte que el demandante, en la comunicación de 8 de octubre de 2012 que envió a la entidad, reconoció que *"en el mes de diciembre de 2011 en forma precipitada se hizo la carta de invitación, la evaluación técnica-administrativa de la propuesta, la legalización del contrato y el pago del valor del anticipo"*, y que solo fue hasta el 20 de febrero, cuando se reunió por primera vez el comité técnico, que *"se identificaron las obras objeto del presente contrato"* y se le solicitó al contratista elaborar un plan de trabajo para el cumplimiento del objeto contractual. Esta comunicación contradice las afirmaciones contenidas en el recurso de apelación y reafirma que se produjo la suscripción de un contrato sin los estudios previos pertinentes, sin haber identificado el verdadero objeto contractual y que fue celebrado en abierta contradicción de las normas que regían la materia. Consideraciones que resultan más que suficientes para confirmar la decisión de primera instancia²⁰.

2.2. Sobre la condena en costas

51. La parte demandante apeló la condena en costas impuesta en la Sentencia de primera instancia con fundamento en su supuesta falta de materialización. Al respecto se recuerda, como lo hizo el Tribunal Administrativo de Nariño, que el artículo 188 del CPACA²¹ asumió un criterio objetivo, al establecer que en toda sentencia se debe disponer sobre la condena en costas, de conformidad con las disposiciones del Código General del Proceso (CGP), que ordena condenar en costas a la parte vencida en el proceso, como efectivamente ocurrió.

52. Por su parte, de conformidad con el artículo 188 del CPACA y el numeral 3 del artículo 365²² del CGP, se condenará en costas de esta instancia al demandante. En los términos del numeral 3.1.3. del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan 4 salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de agencias en derecho, comoquiera que el apoderado de la entidad demandada presentó alegatos de conclusión en esta instancia.

²⁰ Esta Sala no se pronunciará sobre las restituciones mutuas derivadas de la declaratoria de nulidad porque el estudio de las supuestas obras adicionales a las que hizo referencia el recurrente hace parte de las pretensiones derivadas del incumplimiento contractual y porque, en todo caso, no fueron objeto del recurso de apelación.

²¹ Artículo 188: *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

²² Artículo 365: *"En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

[...]

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda [...]"*.

Radicación: 52001-23-33-000-2014-00070-02 (66765)
Demandante: Funidesc
Demandado: municipio de Orito
Referencia: controversias contractuales
Decisión: confirmar la sentencia apelada

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Segunda de Decisión Oral, el 9 de septiembre de 2020.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante. Se fija la suma de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de agencias en derecho, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. Por Secretaría del Tribunal, se ordena liquidar las costas, que incluirán, por concepto de agencias en derecho, lo indicado en esta providencia.

Por Secretaría, una vez ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firma electrónica

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Aclaración y salvamento parcial de voto

Firma electrónica

FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Firma electrónica

ALBERTO MONTAÑA PLATA