

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 76001233100020060328401 (58.623)
Demandante: Gestión Eficiente Cooperativa Limitada -GESCOP Ltda.-
Demandado: Municipio de Palmira
Acción: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Temas: ADMINISTRADORA PÚBLICA COOPERATIVA- Naturaleza jurídica, definición y régimen contractual / CONVENIO Y CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – distinción, régimen de contratación / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Causal 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 / EFECTOS DE LA NULIDAD

Procede la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

En el centro de la controversia se debate la responsabilidad de la demandada por el incumplimiento de la remuneración acordada bajo el convenio interadministrativo reclamado por la actora. El Tribunal *a quo* declaró de oficio la nulidad absoluta del negocio jurídico, determinación que es objeto de recurso de alzada pues para el demandante GESCOP Ltda. sí podía suscribir un convenio interadministrativo, dada su calidad de *entidad estatal* y comprometerse con el objeto pactado.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión proferida el 29 de febrero de 2016 por el Tribunal Administrativo de Antioquia¹, a través de la cual se decidió:

“Primero: DECLARAR la NULIDAD ABSOLUTA del convenio interadministrativo suscrito por el Municipio de Palmira y Gestión Eficiente Cooperativa Limitada -Gescop Ltda.- The Cooperation Highway, para Desarrollar el Proyecto Integral de Modernización y la Actualización Tecnológico

¹ Por el factor de competencia territorial, la presente controversia le fue asignada en un comienzo al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca; sin embargo, en cumplimiento de las medidas de descongestión previstas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo PSAA15-10363 del 30 de junio de 2015, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de auto del 10 de julio de 2015 –folio 529 del cuaderno 1- remitió el proceso de la referencia al Tribunal Administrativo de Antioquia, autoridad que profirió la sentencia de primer grado, que acá se apela.

expuesto en la parte motiva.

“Segundo: NO ORDENAR el pago de prestaciones, ni restituciones mutuas.

“Tercero: NO CONDENAR en costas a las partes.

“Cuarto: DEVOLVER el expediente al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, previas las anotaciones que fueren menester a efectos de que se notifique la sentencia de primera instancia y se le dé el trámite posterior que corresponda”².

El anterior proveído resolvió la demanda cuyas (i) pretensiones, (ii) hechos principales y, (iii) fundamentos de derecho son los siguientes:

Pretensiones

2. El 22 de agosto de 2006³, Gestión Eficiente Cooperativa Limitada, GESCOP Ltda., en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda contra el municipio de Palmira, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe conforme obra, incluyendo eventuales errores):

“PRIMERA: Que se **DECLARE** que el Municipio de Palmira – Valle del Cauca, INCUMPLIÓ CON SUS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONVENIO No. 062 DE 2002, suscrito con GESTIÓN EFICIENTE COOPERATIVA LIMITADA – THE COOPERATION HIGHWAY – GESCOP LTDA, el día 26 de diciembre de 2002.

“SEGUNDA: Que en consecuencia del incumplimiento antes reclamado, se condene al **MUNICIPIO DE PALMIRA** – Valle del Cauca, pagar a favor de **GESCOP LTDA**, el valor de todos los perjuicios que resulten probados que se nos ha causado -daño emergente y lucro cesante-, en virtud del incumplimiento deprecado, los que precisados en el capítulo respectivo de esta demanda, han de ser actualizados en su valor conforme a lo previsto en la Ley 80 de 1993 y determinar también los respectivos intereses.

“TERCERA: Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento antes referida, se declare la resolución del contrato.

“CUARTO: Que igualmente como consecuencia de las declaraciones anteriores se realice por este H. Tribunal la liquidación del convenio, entonces terminado anticipadamente, considerando los perjuicios reclamados y probados, que naturalmente incluyen las actualizaciones de tales valores y los intereses correspondientes.

“QUINTA: Que se condene al **MUNICIPIO DE PALMIRA** al pago de las costas y demás gastos de este proceso.

“SEXTA: Que a la sentencia que le ponga fin al proceso se le dé cumplimiento en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso administrativo”⁴.

Hechos relevantes

3. En virtud de las facultades que le otorgó el concejo municipal al alcalde del municipio de Palmira mediante el Acuerdo 41 de 2002, dicho ente territorial celebró con Gescop Ltda. –en adelante la Cooperativa o Gescop-, el convenio interadministrativo No. 062 del 26 de diciembre de 2002, cuyo objeto fue “el desarrollo del proyecto integral de

² Folios 551 y 552 del cuaderno principal.

³ Folios 293 y 294 del cuaderno 1.

⁴ Folios 262 y 263 del cuaderno 1.

modernización y actualización tecnológica de la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Palmira”.

4. Si bien en la propuesta no se hizo una enumeración clara de las fuentes de ingresos

que cubrirían la contraprestación acordada, y dado que no se hizo ninguna exclusión, se entendía que la participación de la Cooperativa incluía todas sus fuentes. Reprochó que, en todo caso, el municipio aplicara el ítem de evaluación financiera que determinaba que los ingresos que definían su participación provenían exclusivamente de las *transferencias departamentales por el impuesto unificado de vehículos*.

5. Gescop entregó a satisfacción las instalaciones de tránsito el 14 de julio de 2003, pero el municipio no pagó las participaciones acordadas de forma oportuna -que correspondían al 45% de los ingresos de tránsito y transporte que administraba, desde el momento de su recaudo-, afectando la participación del inversionista.

6. Sostuvo que el municipio, sin criterios claros ni expresos sobre la interpretación del convenio, pagó dos meses de gestión (enero y febrero de 2004). Posteriormente, el 24 de septiembre de 2004, la entidad consignó lo correspondiente a los meses de marzo a julio de ese año bajo criterios confusos y diferentes a los que se comprometió a garantizar para cada año; y, en adelante, no efectuó ningún otro pago a pesar de que Gescop trabajó de septiembre de 2004 a agosto de 2005.

7. Aseguró que el 7 de septiembre de 2005, ante la oferta del municipio de pagar los servicios prestados hasta julio de 2005 por un valor de \$157'000.000, la Cooperativa expresó su diferencia con la suma debida sin recibir dicho abono, lo cual impidió que Gescop continuara ejerciendo el objeto convenido al ser insostenible la operación.

Fundamentos de derecho

8. Afirmó que fueron vulnerados los artículos 2, 6, 25 y 83 de la Constitución Política, 4, 13, 14, 23, 25, 26, 27, 28, 40 y 50 de la Ley 80 de 1993, 28, 1602, 1603, 1609, 1613, 1614, 1617, 1618 y 1622 del Código Civil, y 835 y 871 del Código de Comercio.

9. Lo anterior, pues adujo que cumplió las proyecciones esperadas durante su gestión, pero la entidad interpretó de forma errónea la cláusula décimo tercera al excluir arbitrariamente los diferentes ingresos derivados de la actividad de tránsito y transporte -como fueron los recibidos por el Simit y cierto porcentaje de las multas-.

10. Además, los antecedentes que motivaron la suscripción del convenio tenían por fin otorgar una participación del 55% al municipio y del 45% al ente cooperativo, sin estipular exclusión alguna de los diferentes tipos de ingresos municipales derivados de la actividad de tránsito y transporte.

Demanda de reconversión⁵

⁵ Como estrategia de defensa, el municipio de Palmira escogió formular demanda de reconversión -el 27 de febrero de 2007- y abstenerse de contestar la demanda principal, tal como se advierte en el informe secretarial visible a folio 311 del cuaderno 1.

11. El municipio de Palmira pretendió lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluyendo eventuales errores):

"2.1. Que se declare nulo el Convenio Interadministrativo celebrado entre el MUNICIPIO DE PALMIRA y GESTIÓN EFICIENTE COOPERATIVA LIMITADA –GESCOP LTDA.- THE COOPERATION HIGHWAY – suscrito el 26 de diciembre de 2002.

"2.2. Que se declare el incumplimiento por parte de GESTIÓN EFICIENTE COOPERATIVA

LIMITADA –GESCOP LTDA.- THE COOPERATION HIGHWAY del convenio interadministrativo celebrado con el MUNICIPIO DE PALMIRA, firmado el 26 de diciembre de 2002.

“2.3. Que se disponga la liquidación del citado convenio conforme a las pruebas que se alleguen y practiquen en el proceso.

“2.4. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a GESTIÓN EFICIENTE COOPERATIVA LIMITADA –GESCOP LTDA.- THE COOPERATION HIGHWAY a indemnizar plenamente al MUNICIPIO DE PALMIRA por los perjuicios de todo orden por su incumplimiento contractual, constituido, entre otros, por los daños directos e indirectos en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante; los perjuicios materiales y los costos financieros en que ha incurrido el MUNICIPIO DE PALMIRA como consecuencia del incumplimiento contractual.

“2.5. Que el monto indemnizatorio debe actualizarse o corregirse monetariamente a fin de que se compensen los efectos de la pérdida del poder adquisitivo el dinero entre la época de causación del daño y la fecha de pago efectivo de la indemnización y que deben aplicarse intereses moratorios sobre las sumas liquidadas adeudadas.

“2.6. Que en el evento que a GESTIÓN EFICIENTE COOPERATIVA LIMITADA –GESCOP LTDA.- THE COOPERATION HIGHWAY se le deba reconocer suma alguna se compense ésta con los perjuicios que se le deban reconocer al MUNICIPIO DE PALMIRA.

“2.7. Que se condene en costas y agencias en derecho a PALMIRA y GESTIÓN EFICIENTE COOPERATIVA LIMITADA –GESCOP LTDA.- THE COOPERATION HIGHWAY”⁶.

12. En apoyo de sus peticiones, sostuvo que bajo el convenio interadministrativo la Cooperativa se comprometió a instalar en la Secretaría de Tránsito del municipio un software especializado que no era de su propiedad, circunstancia que produjo una investigación penal contra los representantes legales de Gescop Ltda. y el alcalde del municipio de Palmira, por violación de las normas de derechos de autor.

13. Desde el 12 de septiembre de 2005, Gescop dejó de cumplir el objeto pactado; además, tampoco hizo la inversión mínima de \$555'000.000 que debió realizar durante el primer año de vigencia del convenio.

14. Señaló que en virtud de la cláusula décimo tercera, Gescop debía garantizar ingresos superiores a los proyectados en los escenarios financieros del proceso de reestructuración de pasivos de la Ley 550 de 1999⁷, razón por la cual el municipio debía recibir como mínimo los ingresos presupuestados, los cuales, en caso de ser inferiores, no daban lugar a participación porcentual alguna a favor de Gescop.

⁶ Folios 8 y 9 del cuaderno 2.

⁷ El municipio de Palmira fue admitido a un proceso de reestructuración de pasivos mediante Resolución 439 del 14 de marzo de 2001 proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 114 del c. 3)

15. Como fundamentos de derecho, manifestó que Gescop desconoció los artículos 4, numerales 1 y 6; 26, numerales 7 y 8; 44, numeral 2; y 52 de la Ley 80 de 1993, así como los artículos 1602, 1615, 1616, 1618, 1619, 1621 y 1622 del Código Civil.

La defensa de la demandada en reconvencción⁸

16. En su contestación⁹ Gescop se opuso a las pretensiones, pues: (i) no advierte que exista causal de nulidad; y (ii) la entidad repite el error de interpretación de la cláusula décimo tercera del convenio, respecto al cálculo de los ingresos.

17. Formuló las excepciones de: (i) *cumplimiento contractual por parte de Gescop*, pues construyó las instalaciones de tránsito, entregándolas a satisfacción, y desde el 1 de septiembre de 2003 inició la operación acordada; (ii) *incumplimiento contractual por parte del municipio de Palmira*, al desconocer las obligaciones de pago a favor de Gescop, generando desequilibrio contractual; (iii) *contrato no cumplido*, por cuanto no podía exigirse a Gescop ejecutar un convenio que se tornó insostenible; e (iv) *ineptitud sustancial y formal de la demanda*, dado que las pretensiones de la demanda de reconvención al pedir la nulidad del convenio junto con su declaratoria de incumplimiento, se excluyen entre sí.

Alegatos en primera instancia

18. Luego del debate probatorio¹⁰, al alegar de conclusión, la demandante ratificó los argumentos expuestos a lo largo del proceso¹¹; el municipio subrayó que (i) no se cumplían los requisitos para contratar de forma directa a Gescop Ltda., por cuanto no estaba constituida por mínimo 5 entidades al suscribir el convenio, viciando la capacidad de dicho ente cooperativo; (ii) se configuró la causal de objeto ilícito, en la medida que Gescop se comprometió a instalar un software que no era de su propiedad; y, (iii) señaló que la parte actora dejó de cumplir las obligaciones pactadas y la entidad territorial sólo dio aplicación a la cláusula décimo tercera que exigía un tope de ingresos a recaudar que, en caso de ser inferior al pactado, no daba lugar a participación porcentual alguna para la Cooperativa¹².

El Ministerio Público guardó silencio.

Fundamentos de la providencia recurrida

⁸ El 2 de marzo de 2007 fue admitida la demanda de reconvención. Folios 18 y 19 del cuaderno 2.

⁹ Folio 49 del cuaderno 2.

¹⁰ En auto del 28 de septiembre de 2007 se abrió a pruebas el proceso –folios 312 a 314 del cuaderno 1-, providencia en la cual: (i) se tuvo como tales los documentos aportados tanto por Gescop como por el municipio de Palmira, (ii) se libraron los siguientes oficios: a) al municipio de Palmira para que aportara la totalidad del expediente administrativo referente al convenio interadministrativo 062 de 2002 (folios 1 a 414 del cuaderno 3); b) a la Cámara de Comercio de Bogotá para que allegara el expediente de la inscripción de Gescop Ltda. (folios 15 a 577 c.4); c) a la Contraloría Municipal de Palmira, con el fin de que anexara los documentos referentes a la afiliación de los municipios de Palocabildo, Alvarado y Riogrande a Gescop Ltda. (fls. 1 a 14 del c.4); y d) a la Fiscalía 57 Seccional de Bogotá, con el propósito de que remita información sobre el proceso 82430 (folios 397 a 400 del cuaderno 1), (iii) se decretó el interrogatorio de parte del representante legal de Gescop Ltda. (folios 653 y 654 del cuaderno 4), (iv) se decidió acceder a la recepción del testimonio de Carlos Augusto Mahecha (folios 486 a 489 del cuaderno 3) y (v) se decretó un dictamen pericial contable (el cuaderno 5 corresponde a la práctica de esta experticia, así como los folios 411 a 451 del cuaderno 1).

¹¹ Folios 496 a 508 del cuaderno 1.

¹² Folios 511 a 513 del cuaderno 1.

19. El Tribunal de primer grado¹³ señaló que de oficio declaraba la nulidad absoluta del convenio interadministrativo *sub examine*, por considerar que se celebró contra expresa prohibición legal, desviación de poder y adolece de objeto y causa ilícitos.

20. Indicó que Gescop, como una “*Administración Pública Cooperativa*”, cuya composición corresponde a un 60% de entidades territoriales y un 40% de entidades privadas, se regía por el derecho privado según el art. 43 del Decreto 1482 de 1989 y, por ende, no podía ser contratada de forma directa bajo las previsiones de la Ley 80 de 1993. Además, que al expedirse la Ley 454 de 1998 estas entidades quedaron

excluidas de la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública.

21. A su vez, manifestó que se configuró la causal de nulidad de objeto y causa ilícitos, dado que se utilizó la figura del convenio interadministrativo con fines ajenos a esta modalidad de selección para evadir la licitación pública, que era la pertinente.

22. Aseveró que la Cooperativa no cumplía los mínimos legales para comprometerse con el objeto pactado, pues ni ella ni sus asociadas tenían las actividades de instalar, administrar, hacer mantenimiento o desarrollar un software, uno de los aspectos primordiales del pacto. Y, si bien el objeto social de Gescop contempló la actividad de consultor de sistemas de comunicación y obras complementarias, estas actividades superaron los objetos sociales de los entes que la integran; por ello tuvo que acudir a un tercero para ejecutar el convenio.

23. Precisó que en aplicación del artículo 8 del Decreto 1482 de 1989, Gescop no podía establecer en su objeto social actividades o especialidades distintas a las que pueden desarrollar sus asociados, de modo que se encontraba en imposibilidad de suscribir el convenio interadministrativo en controversia.

24. Al analizar la finalidad de los convenios y su diferencia con los contratos interadministrativos, indicó que en los primeros se suman esfuerzos para suplir una necesidad o un servicio público a cargo de ambas partes y, por ello, la actora no podía pretender la obtención de utilidades o intereses de lucro. Concluyó que lo pactado fue un contrato de concesión que evadió los procesos de selección, escenario que genera un vicio en el objeto y la causa.

25. Sostuvo que la omisión de las modalidades de selección del contratista, junto con la trasgresión de los principios de moralidad, selección objetiva y transparencia, configuran la nulidad del acuerdo negocial por desviación de poder, al haber entregado “a dedo” su ejecución a Gescop, pese a no contar con capacidad para ello, pues (i) el presupuesto del convenio superaba con creces el patrimonio neto de la cooperativa; y, (ii) esta solo tenía 1 año de constituida, por lo que carecía de experiencia.

26. Así, declaró la nulidad absoluta del negocio jurídico y determinó que no había lugar al pago de restituciones mutuas, dado que no se acreditó que la Administración hubiere obtenido beneficio por la ejecución parcial del mencionado acuerdo negocial.

¹³ Sentencia visible a folios 531 a 552 del cuaderno principal.

II. EL RECURSO INTERPUESTO

Síntesis del recurso de apelación:

27. Gescop presentó recurso de alzada solicitando la revocatoria de la sentencia de primer grado, e insistió en sus pretensiones.

Manifestó que la decisión del *a quo* obedece a un prejuicio que se tiene contra las administradoras públicas cooperativas, al afirmar que el Estado las ha usado para contratar directamente en desconocimiento de los principios de transparencia, igualdad y moralidad pública; señaló que: (i) el artículo 43 del Decreto 1482 de 1989 fue derogado por el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que estableció que las

administradoras públicas cooperativas son entidades estatales, lo que les autorizaba a celebrar convenios interadministrativos; (ii) el artículo 66 de la Ley 454 de 1998 reiteró la aplicación de los principios de la función administrativa a los contratos ordinarios de las administradoras públicas cooperativas, sin excluir la contratación interadministrativa de éstas, la cual se regía por la Ley 80 de 1993; y, (iii) sólo con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se dispuso que tales cooperativas participarán en igualdad de condiciones con los particulares en los procesos de selección.

28. Reprochó la falta de claridad del Tribunal para distinguir entre los conceptos de capacidad, objeto y causa en un contrato, y las premisas que configuran su ilicitud. Sobre el primero, anotó que el *a quo* desvirtuó la capacidad de Gescop y de sus asociados para ejecutar el objeto pactado, contra la realidad probada respecto de la modernización de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Palmira, mediante una afirmación que desconoció la teoría que sustenta estas asociaciones, al aseverar que Gescop no podía comprometerse en actividades distintas a las que podrían desarrollar sus asociados.

Añadió que Gescop tenía capacidad para suscribir el convenio en estudio, según consta en su certificado de existencia y representación legal, la que, asimismo, se demostró al entregar la sede de la Secretaría remodelada, con nuevos equipos de cómputo y comunicaciones, provistos del software respectivo.

29. A su vez, sostuvo que el *a quo* erró al aseverar que el pacto comercial no correspondía a un convenio interadministrativo sino a un contrato de concesión, puesto que, a pesar de que existan algunas prestaciones recíprocas similares, lo acordado fue un convenio entre dos entidades públicas autorizadas por la ley, motivado en alcanzar un mejor recaudo para el municipio y en que Gescop desarrollara su objeto de asistencia a los municipios, escenario que no configura un objeto o causa ilícitos. Afirmó que la realización de una obra, la dotación de equipos y la asunción de tareas operativas para el municipio no constituyen objeto o causa ilícitos, pues desarrollan propósitos institucionales de ambas.

Trámite de segunda instancia

30. Una vez admitido el recurso por esta Corporación ¹⁴, se surtió la etapa de alegaciones, en la cual (i) Gescop reiteró los argumentos que fundaron su alzada; (ii) el municipio de Palmira los presentó de forma extemporánea ¹⁵; y, (iii) el Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

El objeto de la apelación

31. Comoquiera que el eje de inconformidad del censor gira en torno al tratamiento jurídico que el *a quo* otorgó a Gescop en su calidad de administradora cooperativa y su régimen de selección y contratación, la Subsección analizará: (i) la naturaleza y evolución normativa de las administradoras cooperativas; (ii) la caracterización de los convenios y contratos interadministrativos y los eventos que dan lugar a su contratación directa; finalmente, (iii) se estudiará el caso concreto.

(i) Las Administradoras Cooperativas

32. La Sala debe ocuparse, en primer lugar, de analizar la naturaleza de este tipo de manifestaciones asociativas, con el propósito de sentar las bases legales ¹⁶ que definen el alcance, finalidades y requisitos exigidos en la conformación y actuación de estos entes para, seguidamente, completar su marco normativo a través de las disposiciones especiales que en materia de contratación pública ha incorporado el legislador, cuandoquiera que a ellas se integren entidades estatales, en orden a establecer la calidad con la que actúan y el régimen jurídico al que están sujetas.

33. El origen de este tipo de asociaciones se encuentra inspirado en el cooperativismo, fundamento que realza la premisa del trabajo por el bienestar y no por el lucro, donde despunta como elemento esencial la sumatoria de los esfuerzos de los individuos para conformar entes solidarios y alcanzar beneficios colectivos que producen desarrollo social y cultural. Entonces, la razón de ser de la economía solidaria se aleja de la concepción individual de producción y desarrollo, y promueve los valores de la cooperación, con proyección en la esfera de la sociedad y la economía a través de diversas actividades.

34. En desarrollo del sector cooperativo ¹⁷, fue expedido el Decreto 2536 de 1986 a través del cual se demarcó el sector de la economía solidaria como aquel conformado

¹⁴ El 27 de febrero de 2017. Visible a folio 587 del cuaderno principal.

¹⁵ Según el informe secretarial visible a folio 596 del cuaderno principal.

¹⁶ De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 80, “*Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley (...)*”.

¹⁷ En Colombia la formalización del modelo solidario se remonta a la Ley 134 de 1931, que reguló las “*sociedades cooperativas*”, en cuya exposición de motivos se plasmó el objetivo de crear estas formas de asociación como mecanismo para promover la solución de escenarios de consumo, ahorro y crédito de los asalariados, grupo poblacional que estaba en crecimiento a raíz del proceso de industrialización. Ver: GUARIN TORRES, Belisario, “*Legislación Cooperativa en América*” Consultar en: https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjupcy33q_4AhU_mYQIHQdqBVoQFnoECBMQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.aciamericas.coop%2F

por múltiples organizaciones de tipo participativo abierto y otras formas asociativas instrumentalizadas para la satisfacción de las necesidades básicas de las comunidades, generando inversión, empleo, ahorro social, ampliación de servicios en el área de la salud, vivienda, mercadeo, transporte, educación, producción, recreación y progreso en general. Se creó el Consejo Nacional de Economía Solidaria como el órgano encargado de identificar, coordinar e impulsar los recursos a nivel interinstitucional e intersectorial, a través de la cooperación de instituciones y entidades, públicas y privadas, en apoyo a la promoción de empresas y asociaciones del sector de la economía solidaria.

por múltiples organizaciones de tipo participativo abierto y otras formas asociativas instrumentalizadas para la satisfacción de las necesidades básicas de las comunidades, generando inversión, empleo, ahorro social, ampliación de servicios en el área de la salud, vivienda, mercadeo, transporte, educación, producción, recreación y progreso en general. Se creó el Consejo Nacional de Economía Solidaria como el órgano encargado de identificar, coordinar e impulsar los recursos a nivel interinstitucional e intersectorial, a través de la cooperación de instituciones y entidades, públicas y privadas, en apoyo a la promoción de empresas y asociaciones del sector de la economía solidaria.

35. Con el ánimo de actualizar la legislación, promover un mayor dinamismo y ámbito de actuación empresarial, tener la posibilidad de crear bancos e instituciones financieras de naturaleza cooperativa, configurar jurídicamente este sector y definir con mayor claridad sus relaciones con el Estado ¹⁸, se promulgó la Ley 79 de 1988. En dicha norma se revistió al Presidente de la República con facultades extraordinarias para expedir las normas reguladoras en estas materias; así en el año 1989 fueron expedidos los Decretos Ley 1133 sobre las Precooperativas; 1480 referido a Asociaciones Mutualistas; 1481 para Fondos de Empleados; y, 1482 relativo a Administraciones Públicas Cooperativas.

36. Sobre las últimas, *administraciones públicas cooperativas*, se debe indicar que según el artículo 130¹⁹ de la Ley 79 de 1988, éstas son establecidas por la Nación, los departamentos y los municipios o distritos, a través de leyes, ordenanzas o acuerdos, respectivamente, con un mínimo de cinco integrantes. En virtud de su naturaleza, se trata de asociaciones sin ánimo de lucro, pero compuestas por personas de derecho público conformadas para la satisfacción de las necesidades de sus miembros y de la comunidad.

37. Además de los requisitos para su constitución, la Ley 79 de 1988 estableció unas prohibiciones especiales aplicables a todo tipo de cooperativa, así:

“Artículo 6º. A ninguna cooperativa le será permitido:

(...)

4. Desarrollar actividades distintas a las enumeradas en sus estatutos,

(...)”.

38. A su vez, el Decreto Ley 1482 de 1989 reiteró que son formas asociativas del sector cooperativo, cuyo número de asociados es ilimitado, pero en ningún caso inferior a cinco –precisando que debe existir compatibilidad entre los objetivos de sus

MG%2Fzip%2Fcolombia_guarin.zip%3F39%2F40ed46d046f25c6d33e50ee8fcafc41b040705e1&usg=AOvVa
w1di

FMmwBi5pXfomMuCozVK.

¹⁸ Ver: GUARIN TORRES, Belisario. Ibidem

¹⁹ “Artículo 130. Las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas, establecidas por la Nación, los departamentos, intendencias y comisarías y los municipios o distritos municipales, mediante leyes, ordenanzas o acuerdos, serán consideradas como formas asociativas para los efectos de este título y podrán constituirse con un mínimo de cinco entidades”.

integrantes y las finalidades de la cooperativa (art. 8²⁰)–. Sus excedentes deben destinarse a la prestación de servicios de carácter social, no habrá repartición de las reservas sociales, y su objeto es la prestación de servicios a sus asociados, aunque *“en razón del interés social o del bienestar colectivo, cuando la naturaleza de los servicios lo permita, podrán establecer en sus estatutos la extensión de éstos a otras entidades o al público en general”* (art. 31).

Como proyección de la autonomía e iniciativa conferidas para su constitución, la creación de una administración cooperativa se hace mediante documento privado, aun tratándose de personas jurídicas de derecho público, dando paso al surgimiento de una persona jurídica diferente de las entidades que la integran.

39. Es claro que la regulación específica no determina directamente ni el objeto ni las funciones particulares a ejecutar por estas asociaciones, pues se trata de un parámetro normativo que debe llenarse de contenido a través de la expresión de voluntad de sus asociados y la confluencia de objetivos expresados específicamente en sus estatutos, siempre dentro de los límites que definen la naturaleza jurídica de estas formas de asociación y en línea con las finalidades legales que autorizan su nacimiento. De modo que, al constituir una administración pública cooperativa, la legislación del sector exige, de forma detallada, que: *“Los estatutos de toda administración cooperativa deberán contener: (...) 2. Objeto y enumeración de sus actividades”* (se subraya), como lo dispone el artículo 6 de la norma en cita; precisión que determina las únicas actividades

que se irán a desarrollar a través de tal instrumento.

40. Con la Ley 454 de 1998 se determinó el marco conceptual que regula la economía solidaria y, sin derogar la normatividad de las cooperativas contenida en la Ley 79 de 1988, salvo en los aspectos que le fueran contrarios, se definió la economía solidaria como el “*sistema socioeconómico, cultural y ambiental conformado por el conjunto de fuerzas sociales organizadas en formas asociativas identificadas por prácticas autogestionarias solidarias, democráticas y humanistas, sin ánimo de lucro para el desarrollo integral del ser humano como sujeto, actor y fin de la economía*”.

- **Régimen contractual**

41. El artículo 43 del Decreto Ley 1482 de 1989 estableció lo siguiente:

“Los contratos de las administraciones cooperativas tendrán un tratamiento similar al establecido para los contratos de las sociedades de economía mixta, teniendo en cuenta el monto de los aportes sociales individuales provenientes de las entidades públicas asociadas a la misma. Cuando en la administración cooperativa estos aportes conformen el noventa por ciento (90%) o más de la totalidad de los aportes sociales, los contratos se someterán a las reglas previstas para los contratos de las empresas industriales o comerciales del Estado de acuerdo con las normas legales vigentes.

Los contratos de las administraciones cooperativas en que el total de los aportes sociales de las entidades públicas asociadas sea inferior al noventa por ciento (90%) mencionado se someterán a las reglas del derecho privado salvo las excepciones que consagre la ley.

²⁰ **“Parágrafo.** La asociación a las administraciones cooperativas estará condicionada a la compatibilidad de los objetivos de éstas con los objetivos o finalidades de las entidades que pretenden su vinculación”.

Resulta relevante recordar que, previo a la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, es decir, en aplicación del Decreto 222 de 1983, sólo eran aplicables las normas relativas a la contratación de la Nación a las sociedades de economía mixta que tuvieran una participación del Estado del 90% o más, y si éstas tenían una participación inferior quedaban sometidas a las normas de derecho privado, de acuerdo con los artículos 1²¹ y 257²² del referido Decreto 222 de 1983.

42. Posteriormente, el numeral 1° del artículo 2° la Ley 80 de 1993 al definir los sujetos que integran el concepto de *entidad estatal*, como destinatarios del régimen de contratación público, indicó lo siguiente:

“1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

(...)”

43. Dicha norma incluyó en la categoría de entidades estatales a las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, al disponer:

“Parágrafo. Para los solos efectos de esta Ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas

entidades”.

44. Del análisis integral de estas dos disposiciones -literal a) y párrafo citados-, se desprende que al modificar el porcentaje de participación estatal que define el régimen contractual aplicable a las sociedades de economía mixta y demás personas jurídicas con participación pública mayoritaria, también se varió el de las administraciones públicas cooperativas, quedando obligadas a aplicar el EGCAP cuando la participación estatal fuera superior al 50%²³.

²¹ “Artículo 1. De las entidades a las cuales se aplica este estatuto. Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos), y los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto.

“Así mismo, se aplicarán a los que celebren las Superintendencias por conducto de los Ministerios a los cuales se hallen adscritas.

“A las Empresas Industriales y Comerciales del estado y a las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades ...” (se subraya).

²² “Artículo 257. De los contratos de las sociedades de economía mixta. Los contratos de las sociedades de economía mixta, en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten a las reglas previstas en el presente estatuto para los contratos de las empresas industriales o comerciales del Estado.

“Los contratos de las demás sociedades se someterán a las reglas del derecho privado, salvo disposición en contrario”.

²³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 11 de febrero de 2010, radicación 11001-03-06-000-2009-00058-00(1972), Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos.

45. Entonces, en su doble dimensión, las administraciones públicas cooperativas (i) podían celebrar convenios o contratos interadministrativos, pues por ley ostentaban la calidad de entidades públicas según el párrafo del literal a) del artículo 2° de la Ley 80 de 1993; y (ii) en relación con su régimen de contratación estaban sujetas al EGCAP -especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebraran contratos por cuenta de éstos- siempre que su participación pública fuera mayoritaria.

46. Frente a este último escenario, posteriormente, la Ley 454 de 1998 -en su artículo 66²⁴- determinó que “los entes solidarios de carácter público, así como aquellos cuyo patrimonio esté conformado parcialmente con recursos públicos, se sujetarán en la celebración de contratos, a los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, publicidad, economía, celeridad, moralidad, eficiencia y responsabilidad”. A partir de esta ley se entendió que los contratos que estas entidades celebraban “quedaron excluid[o]s de la Ley 80; quedando vinculadas, tan sólo, sujetos a la aplicación de dichos principios”, como en su momento fue advertido por esta Corporación²⁵.

47. Así que el porcentaje de participación estatal en las administraciones públicas cooperativas ya no era definitorio de su régimen de contratación, pues el aplicable, de forma general, sería el derecho privado junto con los principios de la función administrativa; lo anterior, bajo el entendido de que tal disposición estaba referida a la normatividad que tales entes debían aplicar en calidad de contratantes, disposición que razonó en orden a que su régimen fuera compatible con el sector cooperativo que buscan desarrollar, y siempre que se guardara relación con el objeto para el cual fueron creadas. Por el contrario, en el caso de fungir como contratistas del Estado, quedaban sujetos al EGCAP de cara a la aplicación del régimen de la entidad contratante mediante el respectivo contrato interadministrativo.

48. Por su parte, el art. 14 del Decreto 2170 de 2002²⁶ reguló “los contratos interadministrativos con cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales” y, en tal ámbito, dispuso que “la selección de estas entidades se hará conforme a las siguientes reglas:

“1. Cuando el objeto pueda desarrollarse por varias de estas entidades, la entidad demandante del bien, obra o servicio invitará a presentar ofertas a todas aquellas que puedan ejecutar el contrato.

“ 2. Cuando el objeto del contrato solamente pueda ser desarrollado por una entidad, el mismo se celebrará sin necesidad de adelantar proceso de selección alguno, circunstancia que deberá ser certificada por la Superintendencia de Economía Solidaria o quien haga sus veces en el caso de cooperativas o por el Ministerio del Interior en el caso de asociaciones de entidades territoriales.

²⁴ “ARTÍCULO 66. En concordancia con lo dispuesto en el capítulo Segundo del Título V y del Capítulo 5 del Título VII de la Constitución Política, los entes solidarios de carácter público, así como aquellos cuyo patrimonio esté conformado parcialmente con recursos públicos, se sujetarán en la celebración de contratos, a los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, publicidad, economía, celeridad, moralidad, eficiencia y responsabilidad. “Para toda contratación con el Dansocial como la Superintendencia de la Economía Solidaria, tendrán prelación las entidades de la Economía Solidaria competentes, en igualdad de condiciones”.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, radicación 52001233100019990098501 (23.088), Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

²⁶ Con vigencia a partir del 1 de enero de 2003.

Las entidades a que se refiere el presente artículo deberán inscribirse en el RUP, en relación con los contratos a que se refiere el artículo 22 de la Ley 80 de 1993 y sólo podrán celebrar contratos respecto de los cuales posean la debida y comprobada experiencia, solidez financiera, capacidad técnica, administrativa y jurídica que les permita ejecutar directamente y sin la necesidad de ningún tercero el correspondiente contrato”²⁷.

49. Con la Ley 1150 de 2007 se derogó expresamente el párrafo del artículo 2° de la Ley 80 de 1993²⁸, de modo que las cooperativas y asociaciones integradas por entidades territoriales ya no serían consideradas *entidades estatales* en los términos generales en que se les dio esta connotación (más allá del régimen aplicable) y sólo lo serían en las condiciones definidas en el literal a) del numeral 1° del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 –que no fue derogado– conforme al cual, para efectos de la ley de contratación pública, se denominaban entidades estatales, entre otras, “(...) las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles”.

50. Ahora, en lo relacionado con su régimen de contratación, esta ley derogó expresamente el artículo 66 de la Ley 454 de 1998²⁹ y estableció en el artículo 10 que “[l]as cooperativas, las asociaciones conformadas por entidades territoriales y en general los entes solidarios de carácter público estarán sometidos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La celebración de contratos de entidades estatales con asociaciones o cooperativas de entidades territoriales y en general con entes solidarios, se someterá a los procesos de selección de que trata la presente ley, en los que participarán en igualdad de condiciones con los particulares”; por ende, con dicha normativa desapareció “uno de los denominados regímenes especiales en materia contractual, y reversando en este caso concreto la [denominada] huida del derecho administrativo en la misma materia, tras el retorno de

estas entidades al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”³⁰.

51. Finalmente, la Ley 1474 de 2011, al precisar las reglas y eventos en que tiene lugar la contratación directa a través de contratos interadministrativos, dispuso:

“Artículo 92. Contratos interadministrativos. Modifícase el inciso primero del literal c) del numeral 4 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre

²⁷ Artículo 14 del Decreto 2170 de 2002.

²⁸ “ARTÍCULO 32. DEROGATORIA. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993: El párrafo del artículo 2º (...).”

²⁹ “También se derogan las siguientes disposiciones: (...) el artículo 66 de la Ley 454 de 1998 (...)” *Ibidem*.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, radicación 52001-23-31-000-1999-00985-01 (23.088), Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo”.

52. La Sala precisa que la mención a las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 en este caso, se efectúa únicamente para ilustrar el desarrollo normativo del tipo de asociación en estudio pues, de cara al marco temporal de la controversia, estas preceptivas no son aplicables a la presente *litis*.

(ii) Los convenios interadministrativos –características y mecanismo de contratación-

53. Los convenios interadministrativos se integran a la actividad contractual estatal, en la medida que expresan el consenso de voluntades entre entidades públicas bajo el común designio de cumplir de manera conjunta las funciones a su cargo o prestar los servicios que les han sido legalmente encomendados; esta modalidad de contratación tiene fundamento, entre otros, en los principios de colaboración y coordinación entre entidades, cuyo propósito se proyecta en la satisfacción del interés público como concepto que inspira el ejercicio de la función administrativa, incluyendo, como es apenas natural, a la actividad contractual.

54. En sendos pronunciamientos, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo³¹, así como parte de la doctrina, se ha pronunciado sobre el trato disímil que se le ha otorgado a la figura del convenio interadministrativo, para diferenciarlo, en unos casos, o asimilarlo, en otros, al contrato. Tal distinción no deviene de una mera comprensión lingüística, sino que trasciende la noción, finalidades y elementos de la concepción clásica del contrato –negocio jurídico, de contenido patrimonial, característicamente oneroso, donde existe una prestación y una contraprestación en función del interés de cada una de las partes, y que se expresa a través de la estipulación de obligaciones recíprocas que se miran como equivalentes según las previsiones iniciales acordadas al momento de proponer o contratar³²–, para situarse en un escenario no equiparable con la noción de contrato,

cuya función jurídico negocial versa y se fundamenta en la “*armonía plena en el cumplimiento de finalidades comunes*”³³ asociadas al ejercicio de funciones administrativas.

55. En este punto, se precisa que la figura de los convenios es concebida como una forma de gestión cooperada de competencias administrativas, prevista en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998³⁴, que asume el ropaje de un negocio jurídico en el cual se

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencias: (i) del 14 de junio de 2019, radicación AP 2010-02552 y (ii) del 20 de noviembre de 2019, radicación 66001-23-33-000-2015-00131-01(61429).

³² QUICENO ARENAS, Andrés Mauricio, “*Afectación al principio de selección objetiva a través de la celebración de convenios o contratos interadministrativos*”, Revista Digital de Derecho Administrativo, enero de 2021; Consultar en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6655/9647#citations>

³³ *Ibidem*.

³⁴ “**ARTÍCULO 95. ASOCIACIÓN ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS.** *Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.*

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus

regulan intereses convergentes de, al menos, dos entidades estatales. Se trata de una manifestación de la llamada actividad negocial de la administración pública³⁵ que se basa en el principio de *colaboración* administrativa y, por tanto, allí no existe una posición prevalente de una parte frente a la otra, ni está presente ánimo o interés remuneratorio entre ellas. Así que en los casos en que el acuerdo interadministrativo obligue patrimonialmente a las partes bajo tal interés, se dirá que “*dichos convenios constituy[e]n contratos*”³⁶ *en toda la extensión del concepto y con los efectos respectivos*^{37,38}.

Por lo anterior es posible señalar que la nota distintiva de los convenios interadministrativos “*puros o genuinos*” está dada por la ausencia de un interés meramente económico o ganancial, pues las partes se relacionan en un ámbito de igualdad o equivalencia; entre tanto, los contratos interadministrativos se caracterizan porque su objeto lo constituyen obligaciones de contenido patrimonial y por lo mismo son onerosos, lo que implica el gravamen de cada parte en beneficio de la otra que se desarrolla en un ámbito de preeminencia de la entidad estatal contratante, en función de la necesidad que se pretende satisfacer³⁹.

56. De este modo, se eleva como elemento esencial de esta categoría jurídica, la existencia de una colaboración mutua cuyo fin es alcanzar un objetivo recíproco que beneficia a los administrados; es decir, implica la unión “*a través del mecanismo de gestión contractual, para la obtención de un fin público de interés común, que por lo general obedece a las características de ambas entidades estatales*”⁴⁰; por ende, “*la finalidad de asociación de los convenios en cuestión excluye la contraposición de intereses entre las entidades que los suscriben, esa circunstancia no deviene en que las prestaciones que son objeto de sus obligaciones escapen a un carácter patrimonial, con mayor razón cuando no se está en presencia de una cooperación exclusivamente administrativa sino además económica y/o técnica. Inclusive, aún en presencia de una cooperación estrictamente administrativa, ello no impediría que haya casos en los que pueda deducirse una ‘compensación’ implícita de las prestaciones a las que se obliga*

Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal”.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del de 7 de octubre de 2009, radicación 25000-23-24-000-2000-00754-01(35476) y del 24 de enero de 2011, radicación 52001-23-31-000-1996-08183-01 (15940).

³⁶ Nota original: “CE. S3. Fallo de 23 de junio de 2010 [Rad. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17860)]. MP. Mauricio Fajardo Gómez (E). *Es importante señalar que en esta sentencia el convenio interadministrativo, además de su finalidad asociativa, si involucraba prestaciones patrimoniales, dado que tenía por objeto la cofinanciación de un proyecto entre el departamento de Risaralda y el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social.*

“CE. S3/sA. Fallo de 26 de noviembre de 2014 [Rad. 25000-23-26-000-1999-02856-01(29906)]. MP. Hernán Andrade Rincón. *En esta providencia que refrendó la anterior en relación con las obligaciones patrimoniales, se trató el caso de un convenio interadministrativo, sin ninguna finalidad asociativa, suscrito entre el Departamento de Cundinamarca y Codeter Ltda., cuyo objeto era la construcción de una obra pública”.*

³⁷ Nota original: “De acuerdo con la Corte Constitucional en la sentencia C-671/15 [MP. Alberto Rojas Ríos], si bien la Ley 1150/07 al prever los casos en los que procede la contratación directa se refiere a los ‘contratos interadministrativos’, esto no implica que la excepción a la licitación pública sólo se aplique a éstos y no a los convenios interadministrativos, puesto que ello conduciría a una interpretación irrazonable según la cual esta modalidad contractual, cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de selección objetiva y en la cual únicamente será proponente aquélla. En tal sentido, la causal de contratación directa es aplicable a los convenios y a los contratos interadministrativos”.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de noviembre de 2019, radicación 66001-23-33-000-2015-00131-01(61429), Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 26 de julio de 2016, radicación 11001-03-06-000-2015-00102-00(2257), Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.

⁴⁰ *Ibidem* <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6655/9647#citations>

*cada entidad*⁴¹, pero siempre en el marco de dicha cooperación, y por fuera del concepto de remuneración o contraprestación.

57. En cuanto al análisis de la modalidad de selección, pese a que en el caso de los convenios interadministrativos ninguna de las partes funge como contratista, cabe mencionar que la Ley 80 de 1993, desde su versión original, previó la posibilidad de celebrar contratos o convenios interadministrativos a través de la contratación directa, así:

“Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

1. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

“(…)

“c) Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro”.

58. Como ya se reseñó, dada la preocupación que surgió por la utilización de este tipo de negocios jurídicos con entidades públicas sometidas al derecho privado, que podían llevar a eludir los procedimientos de selección, la Ley 1150 de 2007 (literal c, núm. 4 del artículo 2⁴²) hizo expresa una premisa que imponía que para estos negocios “*las obligaciones derivadas de los mismos tengan **relación directa** con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos*” (negrilla añadida)⁴³.

Exigencia que para la Subsección, aun cuando no fuera llevada a un texto específico, hacía parte central de la determinación de celebrar un contrato o un convenio interadministrativo, justamente porque allí se determina y concreta la necesidad a suplir con la contratación y la idoneidad de la utilización de ese mecanismo de selección, condicionamiento que se impone en el ejercicio de los principios de la función administrativa en la contratación estatal y bajo el mandato de que al “*celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales*”; no de otra manera se constata la conveniencia, idoneidad y necesidad de celebrar un convenio o contrato interadministrativo, pues el mecanismo

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de noviembre de 2019, radicación 66001-23-33-000-2015-00131-01(61429), Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico

⁴² En dicho numeral, al desarrollar los eventos que dan lugar a la contratación directa, la norma dispuso que este mecanismo “solamente procederá en los siguientes casos: (...)”

c) *Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo.*

En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política”.

⁴³ Posteriormente, la Ley 1474 de 2011, como ya se anotó, recabó sobre esta materia y además de mantener esas limitaciones, agregó que no pueden utilizarse los contratos o convenios interadministrativos, entre otros, cuando se trate de las tipologías de obra, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales, sean las ejecutoras, salvo que participen en procesos de licitación pública o selección abreviada.

de selección de contratación directa no implica el desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva y, más bien, a partir del objeto y/o funciones de la entidad estatal con quien se pretende suscribir el negocio jurídico y su relación directa con el objeto a contratar, descansa la justificación legal de esta forma de escogencia directa.

59. Con todo, la Sala resalta que aún bajo el entendido de que tal imposición solo surgió con la Ley 1150 de 2007, ya las normas especiales que contienen el marco legal aplicable a las administradoras cooperativas, incluso con mayor precisión, habían hecho expreso tal condicionamiento a través de la prohibición de que “*a ninguna cooperativa le será permitido (...) [d]esarrollar actividades distintas a las enumeradas en sus estatutos*” (art. 6 de la Ley 79 de 1989).

(iii) Caso concreto

Bajo el marco conceptual y normativo ofrecido, la Sala pasa a revisar el negocio jurídico que dio origen al asunto de la referencia, para establecer si comparte o no la decisión del *a quo* de declarar su nulidad absoluta.

60. Del material probatorio obrante en el proceso se constata que Gestión Eficiente Cooperativa Limitada es una entidad sin ánimo de lucro que, por su naturaleza, corresponde a una administración pública cooperativa⁴⁴, siendo sus asociados los municipios de Palocabildo (Tolima) -según Acuerdo 006 de 2001, proferido por el Concejo Municipal⁴⁵-, Rioblanco (Tolima) -en virtud del Acuerdo 003 de 2001 de su Concejo Municipal⁴⁶- y Alvarado (Tolima) -según autorización plasmada en el Acuerdo 12 de 2001 del respectivo Concejo Municipal⁴⁷- y las personas de derecho privado Corporación Infraestructura Colombia y la Fundación Bill Gates College, reemplazada posteriormente por la Fundación Salud y Vida -Funsavid-⁴⁸.

61. Asimismo, de conformidad con el artículo 11 de sus estatutos sociales, el 60% de su capital corresponde a participación pública en la medida que cada uno de los mencionados municipios aportó el 20% de las cuotas sociales, según se lee en dicho documento (se transcribe como obra en el texto original):

“Artículo 11- CAPITAL: El capital suscrito de Gescop Ltda. es de Doce Millones Quinientos Mil Pesos (\$12.500.000.00) M/Cte, dividido en cien (100) cuotas sociales de Ciento Veinticinco Mil (\$125.000.00) M/Cte, cada una. Por lo tanto, cada socio tiene veinte (20) cuotas sociales. Este Capital no será reducible durante la existencia de la Cooperativa”⁴⁹.

⁴⁴ Tal como consta en su certificado de existencia y representación legal, visible a folios 34 a 36 del cuaderno 1, y en sus estatutos, que determinaron su naturaleza, así (folio 349 del cuaderno 4):

“Artículo 2- NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS: GESCOP Ltda. es un organismo del sector cooperativo clasificado como empresa de servicios en la forma de Administración Pública Cooperativa, sometida al régimen legal y reglamentario aplicable a estas clases de asociaciones, de conformidad con lo establecido principalmente en el artículo 130 de la Ley 79 de 1.988 y el Decreto Ley 1482 de 1.989 ...”.

⁴⁵ Folios 4 y 5 del cuaderno 4.

⁴⁶ Folios 7 y 8 del cuaderno 4.

⁴⁷ Folios 11 y 12 del cuaderno 4.

⁴⁸ Folio 24 a 28 del cuaderno 4.

⁴⁹ Folio 353 del cuaderno 4.

62. De la revisión de la estructura del negocio jurídico, se observa que éste se identificó como un convenio para la vinculación del municipio de Palmira y Gestión Eficiente Cooperativa Limitada -Gescop Ltda.-, orientado a la modernización y actualización de la Secretaría de Tránsito de la entidad territorial.

63. En los antecedentes que lo sustentaron, a través del documento denominado *“Diagnóstico para la Modernización de la Secretaría de Tránsito”⁵⁰* se registró y puso en conocimiento que el municipio de Palmira se había acogido a un proceso de reestructuración de pasivos conforme a la Ley 550 de 1999, y que la Secretaría de Tránsito no era ajena al mismo; en tal contexto, se estimó necesario procurar su modernización, sistematización y automatización, con el fin de mejorar la prestación de sus servicios y recaudos, mediante la implementación de los sistemas de información requeridos por el Ministerio de Transporte y la DIAN.

64. Como requerimientos básicos para la actualización y sistematización de esa Secretaría, se anotaron los siguientes: a) necesidad de seguridad tanto física como lógica del software, mediante la instalación de detectores de humo, extintores especiales para cableado eléctrico, zonas demarcadas sólo para personal autorizado, implementación de mecanismos de identificación de usuario (ID), barreras de seguridad en la intranet, y el establecimiento de un procedimiento para guardar la información en medios magnéticos; b) la instalación de módulos de gestión y estadísticas que permitieran generar proyecciones de ingresos y operaciones, así como la emisión de los reportes de auditoría; c) el establecimiento de un banco o corporación financiera en la Secretaría, para garantizar que las transacciones se efectuaran en línea y prestar un servicio eficiente; d) contar con un sistema de facturación de trámites; e) poner en marcha un sistema de actualización de información que cumpliera con los estándares de información requeridos por el Ministerio Transporte, la DIAN y demás entes de control, que incluyeran todas las actividades inherentes al Registro Único Nacional de Tránsito⁵¹, para lo cual se detallaron las especificaciones del hardware (equipos) y software a implementar; y f) la mejora de las instalaciones locativas de la Secretaría y, en el mejor de los casos, su reubicación a fin de contar con una infraestructura acorde con tal sistematización.

65. La suscripción del convenio tuvo respaldo en el Acuerdo 041 del 21 de agosto de 2002 del concejo municipal de Palmira, al expedir las siguientes autorizaciones al

alcalde de ese municipio (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

“Artículo 1º: Facultase al Alcalde Municipal para que implemente un proceso integral de modernización en todas las áreas de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Palmira.

“Artículo 2º: Facultase al Alcalde Municipal para expedir todos los actos administrativos y contractuales necesarios para la ejecución del presente Acuerdo.

“Artículo 3º: Para efectos de la modernización de la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal, autorizase al Alcalde Municipal para comprometer vigencias futuras, previo cumplimiento de los siguientes requisitos ...

⁵⁰ Folios 119 a 162 del cuaderno 3.

⁵¹ El cual debía incorporar, como mínimo, los siguientes registros nacionales de información: (i) de Automotores, (ii) de Conductores, (iii) de Empresas de Transporte Público, (iv) de Licencias de Tránsito, (v) de Infracciones de Tránsito, (vi) de Centros de enseñanza automovilística, (vii) de Seguros, (viii) de remolques y semirremolques y (ix) de accidentes de tránsito.

“Artículo 4º: Las facultades conferidas por el presente Acuerdo tendrá una vigencia de seis (6) meses, contados a partir de su publicación”⁵².

66. Igualmente, en la motivación consignada para la suscripción del referido convenio, el Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad territorial⁵³ manifestó que en atención al artículo 24 de la Ley 80 de 1993, resultaba procedente la celebración de un convenio interadministrativo a través de la modalidad de contratación directa con Gescop Ltda., toda vez que esta última tenía contempladas en su objeto social actividades que permitían cumplir el propósito del convenio.

67. El 26 de diciembre de 2002, el municipio de Palmira y Gescop Ltda. suscribieron el convenio interadministrativo para desarrollar el proyecto integral de modernización y actualización de la Secretaría de Tránsito y Transporte de dicha entidad territorial, por un plazo de 6 años y 3 meses, de cuyo contenido se destacan las siguientes cláusulas que interesan al presente caso (se transcribe de forma literal, incluyendo eventuales errores):

“CLAUSULA PRIMERA. OBJETO. En virtud del presente convenio Inter. Administrativo LA COOPERATIVA se obliga para con EL MUNICIPIO a desarrollar el Proyecto Integral de Modernización y la Actualización Tecnológica de La Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Palmira -Valle del Cauca. **CLAUSULA SEGUNDA. ESPECIFICACIONES.** El alcance del proyecto y trabajos a ejecutar serán realizados en el primer año de vigencia del contrato con una inversión mínima de quinientos cincuenta y cinco millones de pesos y se sujetarán a las especificaciones técnico – económicas que se detallan a continuación y que son parte integral de la propuesta presentada:

“1- Cableado estructurado para voz y datos y energía regulada observando los parámetros de desarrollo tecnológico de punta.

“2- Equipos con tecnología de punta que conforman toda la red y permiten realizar la operación en forma integral.

“3- Construcción y adecuación de instalaciones físicas cómodas y confortables, adecuadas por LA COOPERATIVA y entregadas por EL MUNICIPIO para la realización del objeto a LA COOPERATIVA, por igual tiempo al de la duración del Convenio Inter-Administrativo.

“4- Obras de infraestructura para reubicación de la Secretaría de Tránsito.

“5- La Secretaría quedará vinculada dentro de la red de suscriptores que a nivel nacional existe, permitiéndole intercomunicación e intercambio de información.

“(…)”

“8- Sistema bancario dentro de las instalaciones para la atención de las necesidades de los usuarios.

“9- En las dependencias de la Secretaría de Tránsito definidas se instalarán los siguientes elementos:

“SOFTWARE ESPECIALIZADO COMO APLICATIVO: El cual permite ...

“(…)”

“COMUNICACIONES: Se instalará un sistema de comunicación Satelital desde las instalaciones de la Secretaría de Tránsito al NODO CENTRAL.

“10- Servicios por Internet”⁵⁴.

68. En relación con las obligaciones se pactó, lo siguiente (transcripción literal, incluidos eventuales errores):

“CLAUSULA DECIMA TERCERA. OBLIGACIONES DE LA COOPERATIVA. LA COOPERATIVA será responsable de la ejecución completa y oportuna del objeto del convenio, de conformidad con lo previsto en el mismo, en los anexos y en los demás documentos que lo integran ... En virtud del presente Contrato, LA COOPERATIVA asume, entre otras, las

⁵² Folio 52 del cuaderno 1.

⁵³ Folios 104 a 109 del cuaderno 3.

⁵⁴ Folios 38 a 40 del cuaderno 1.

siguientes obligaciones: a) Cumplir con el objeto del Convenio ... para lo cual destinará todos los recursos materiales, técnicos, operativos, financieros y humanos que sean indispensables para garantizar su cabal ejecución, en forma eficiente y oportuna. b) Ejecutar idónea y oportunamente el objeto convenido, haciéndolo directamente y con diligencia mediante la utilización de los recursos materiales, técnicos y humanos que se requieren. c) avisar oportunamente a EL MUNICIPIO las situaciones previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del convenio. d) Garantizar para el Municipio ingresos superiores a los proyectados en escenarios financieros del proceso de Reestructuración de Pasivos ley 550 de 1999, de manera tal que la entidad territorial perciba como mínimo los ingresos presupuestados, los cuales de ser inferiores no dará lugar a participación porcentual alguna para la Cooperativa. Así, el Municipio no podrá verse desmejorado por el menor ingreso que se obtenga en las rentas recaudadas ... **CLAUSULA DECIMA CUARTA. OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO.** a) Velar para que la transferencia se realice oportunamente, en un tiempo no superior a veinticinco días calendario respecto al último día hábil de cada mes a LA COOPERATIVA respecto de los recursos indicados en la cláusula tercera del presente convenio; b) Exigir a LA COOPERATIVA o a su garante la ejecución idónea oportuna del objeto convenido; c) Coordinar, supervisar y controlar la debida ejecución del objeto convenido; d) Entregar a LA COOPERATIVA los documentos necesarios para la ejecución del convenio mediante acta, en un tiempo no superior a cuarenta y cinco días calendario contados a partir del perfeccionamiento del presente convenio ... e) expedir las normas, actos administrativos y providencias necesarias para reglamentar los servicios objeto del presente convenio. f) Designar a los funcionarios que estarán permanentemente encargados de suscribir los documentos que se expidan a los usuarios, con ocasión de las solicitudes que se presenten en relación con los servicios aquí estipulados, g) No contratar ni delegar a ningún ente estatal o privado para que preste total o parcialmente los servicios enunciados en este convenio ...”⁵⁵.

69. Bajo el anterior contexto, y como plataforma de la decisión, hay que precisar que al negocio jurídico *sub examine*, de cara a la época de su celebración (26 de diciembre de 2002), le son aplicables, en el marco de regulación de los entes cooperativos la Ley 79 de 1989 por la cual se actualiza la legislación Cooperativa, y el Decreto Ley 1482 de 1989 (en aquello que no se oponga a las modificaciones introducidas por el EGCAP).

A su vez, resulta aplicable el parágrafo del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, entonces vigente, que le asignó a las cooperativas y asociaciones conformadas por entes territoriales la calidad de *entidades estatales* para los solos efectos de esa ley; de manera que, como lo advirtió el apelante –al menos en lo que tiene que ver con la posibilidad o no de suscribir contratos o convenios interadministrativos– las administradoras cooperativas con participación pública sí podían celebrarlos, en tanto ostentaban tal categoría.

70. En lo que atañe al régimen jurídico al que estaban sujetas tales cooperativas, también es cierto, como lo planteó el censor, que el artículo 43 del Decreto Ley 1482 de 1989 fue reformado por el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, pues conforme al literal a) del numeral 1° de esta disposición, al modificar el porcentaje de participación estatal que define el régimen contractual aplicable a las sociedades de economía mixta y “demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles”, se varió el de las administraciones públicas cooperativas, quedando éstas obligadas a

aplicar el EGCAP cuando la participación estatal fuera superior al 50%. En el caso de Gescop era del 60%.

⁵⁵ Folios 44 y 45 del cuaderno 1.

71. Y, aunque de conformidad con el artículo 66 de la Ley 454 de 1998, el porcentaje de participación estatal en las administradoras públicas cooperativas ya no era definitorio de su régimen contractual –entiéndase en calidad de contratante– también es cierto que en la contratación interadministrativa cuando ambas entidades tienen un régimen diverso, el llamado a prevalecer, salvo disposición especial que prevea algo distinto, es el del EGCAP, siendo el que debía aplicar el municipio de Palmira al fungir como contratante de tales servicios, como se pasa a indicar.

72. A partir de la estructura del negocio jurídico *sub lite*, y aunque éste fue catalogado por las partes como un convenio interadministrativo, se evidencia que en realidad del compendio obligacional contraído por las mismas lo acordado fue un verdadero contrato interadministrativo, en tanto no corresponde a una forma comercial dirigida a aunar esfuerzos a través de la confluencia de aportes para la consecución de los fines institucionales de las entidades públicas que concurren a su celebración.

73. Evidentemente, en tal acuerdo de voluntades no existe una colaboración mutua que se corresponda con las previsiones del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, cuyo carácter principal impone que las diversas formas de asociación entre entidades públicas tengan el *“fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo”* (énfasis agregado). Así, en palabras de la doctrina especializada, cuya puntual y categórica conclusión sirve a los propósitos de este examen, *“[c]uando el fin que persiguen los entes públicos es coincidente estamos en presencia de convenciones (...), mientras que si los fines perseguidos son opuestos se configuran los contratos interadministrativos”*⁵⁶.

74. Distinto a dicha colaboración, Gescop Ltda. se comprometió a la *“ejecución completa y oportuna”* del negocio jurídico (cláusula tercera); era la parte que tenía bajo su responsabilidad el encargo de adelantar todas y cada una de las actividades que interesaban a la *contratante*, el municipio de Palmira, entidad territorial que, en efecto, asumió esa posición jurídica en el acuerdo, y en tal virtud, se comprometió al pago de una remuneración a favor de Gescop, que es la que vino a reclamar en juicio –más allá del plazo o formas modales en las que fue pactada–.

75. De esta manera, por encima del rótulo con el que fue nombrado el *“convenio 062”* lo que realmente se colige es la existencia de un acuerdo que encierra una reciprocidad de obligaciones *“do ut des”* -doy para que des- propia de la equivalencia entre las prestaciones asumidas en un contrato conmutativo, bilateral y oneroso, lo que, sin duda, lleva a concluir, en este aspecto, que para el caso concreto el negocio pactado se enmarca en la definición de contrato interadministrativo y no de un convenio.

76. Lo dicho no modifica que el proceso de selección adelantado, dada la calidad de entidades estatales de ambas partes, fuera la contratación directa aplicable a cualquiera de sus dos formas de negociación -convenio o contrato- de acuerdo con las normas vigentes para la época en que éste fue suscrito. Valga decir, aún no era aplicable el procedimiento previsto en el Decreto 2170 de 2002 que reguló *“los*

⁵⁶ SAYAGUES LASSO, Enrique. "Tratado de Derecho Administrativo"; Montevideo, 1963, pág. 590.

contratos interadministrativos con cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales", dado que su entrada en vigencia ocurrió el 1 de enero de 2003, y el contrato fue celebrado el 26 de diciembre de 2002; como tampoco se habían hecho las modificaciones que trajo consigo la Ley 1150 de 2007 ni las restricciones incorporadas en la Ley 1474 de 2011, como fue explicado en esta providencia.

77. Se colige que, en este caso, ninguna incidencia tiene en sede de legalidad del contrato el aspecto relacionado con el proceso de selección ni la posibilidad de suscribir un negocio interadministrativo; y el hecho de que en el *sub lite* se tratara de un contrato de tal especie y no de un convenio, ello no constituye causal de nulidad, de manera que el juez debe analizarlo conforme al negocio jurídico que corresponda, más allá del nombre que se le dé. Se precisa que en este caso no existe un reproche respecto a un error en el negocio jurídico celebrado como parte de la *litis*, ni fue un asunto materia de alzada.

78. Hasta este punto, no habría reproches de ilegalidad respecto al contrato que se examina –lo que difiere de las conclusiones a las que llegó el *a quo* sobre tales temáticas–; sin embargo, ello no se predica respecto de la totalidad de las determinaciones adoptadas en la sentencia de primer grado, aunque enmarcado en una causal distinta, pues la Sala encuentra configurada la hipótesis contenida en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que confiere dicha sanción a contratos celebrados "*contra expresa prohibición constitucional o legal*", ante la violación de la prohibición establecida en el art. 6 de la Ley 79 de 1988 que dispone "[a] *ninguna cooperativa le será permitido (...) Desarrollar actividades distintas a las enumeradas en sus estatutos*"; contenido normativo al que debía sujetarse el denominado *convenio 062*, pues si en su objeto y actividades no se hallaban aquellas que quedaron pactadas en el negocio jurídico, ello constituía una violación a una disposición de rango legal, basilar y expresa para los entes cooperativos, y no sería el contrato estatal el instrumento para obviar tal imperativo.

79. Puntualmente, en la decisión materia de alzada, el Tribunal concluyó que Gescop no cumplía con los presupuestos mínimos legales para comprometerse con el objeto pactado, pues no tenía entre sus actividades ni en el objeto de sus asociadas, la referida a instalar, administrar, hacer mantenimiento o desarrollar un software, uno de los aspectos primordiales del pacto y, por tanto, tuvo que acudir a un tercero para ejecutar el objeto convenido, como fue advertido en curso de dicho negocio mediante informe de la oficina jurídica del municipio de Palmira del 11 de junio de 2005. El censor refutó tales argumentos al aseverar que sí tenía capacidad para suscribir el citado convenio, como consta en su certificado de existencia y representación legal y como se puede advertir al haber entregado la sede de la Secretaría remodelada, con nuevos equipos de cómputo y comunicaciones, provistos de software; además reprochó la falta de claridad del *a quo* para distinguir entre los conceptos de capacidad, objeto y causa en un contrato, y las premisas que configuran su ilicitud.

80. Advierte la Sala, en orden a precisar el alcance de este examen, que no hará pronunciamiento sobre la legalidad del acuerdo cooperativo bajo el cual se constituyó Gescop Ltda., ni sobre la identidad o correspondencia entre los objetos de sus

integrantes frente a los de dicha forma asociativa, por no ser materia de este debate; de suerte que este análisis se contrae a verificar si las actividades establecidas en los estatutos de la persona jurídica -Gescop- concuerdan con los estipulados en el contrato interadministrativo que sí es objeto de esta controversia.

81. Sirva lo anterior, a su vez, para precisar que más allá de una valoración sobre la *capacidad* de dicha administradora cooperativa, la Sala se concretará a verificar que por esa vía no se desconozca una prohibición impuesta expresamente por el legislador, establecida como una regla especial de carácter imperativo a los entes cooperativos que no puede ser desatendida por el juez; habrá de tenerse en cuenta, entre otras razones, que se trata de una medida de control a la actividad de aquellos que, llevada al ámbito de las administraciones públicas cooperativas, evita la agregación de actividades para las cuales no fue creada cada una de esas asociaciones.

82. Mediante tal prohibición, se contiene el efecto de que estas cooperativas celebren contratos respecto a actividades para las cuales no están autorizadas, pues ello: (i) desconoce que la creación de estos entes solidarios se justifica, precisamente, en la unión de las actividades de sus integrantes, para que sus beneficios se extiendan a sus usuarios, lo que no ocurre si no tienen en su objeto la actividad que se comprometen a ejecutar; y, (ii) de entenderse como un tema relacionado exclusivamente a la capacidad de aquellas, se tendría que, al ser tratada como una incapacidad relativa, tal situación –conforme al artículo 46 de la Ley 80 de 1993– *podría sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio*; así, más allá de las reflexiones que este efecto suscita en el ámbito de la contratación estatal, lo cierto es que para las administraciones cooperativas el legislador estableció una prohibición expresa en esa puntual materia.

83. Lo anterior, en tanto las normas especiales que regulan la actividad de estas figuras asociativas prohíben a tales asociaciones –a todas ellas– violentar por esa vía los nobles fines de solidaridad que inspiran el cooperativismo y su impacto altruista en la sociedad; por ello, de manera particular y explícita, la ley estableció que no podrían, bajo ninguna forma o instrumento, desarrollar *actividades distintas a las enumeradas en sus estatutos*, como mecanismo de control que impidiera el abuso y la actuación ilegal de este tipo de asociaciones en el tráfico jurídico y negocial.

84. Con este horizonte, la Sala pasa a identificar el objeto y actividades de Gescop para, seguidamente, examinar el negocio jurídico *sub lite* a la luz del objeto y ~~actividades a las que se comprometió bajo el contrato interadministrativo 062~~ y así verificar si se transgredió la citada prohibición legal.

85. Los estatutos de Gescop ⁵⁷ determinan, en orden a definir su objeto y actividades, lo siguiente (se transcribe *in extenso* dada su relevancia en este asunto):

⁵⁷ Folios 350 a 352 del cuaderno 4.

OBJETO (Artículo 5)	ACTIVIDADES (Artículo 6)
----------------------------	---------------------------------

“La Administración pública Cooperativa que se regula mediante los presentes estatutos tendrá como objeto principal la prestación de servicios a sus asociados y a todas las demás personas o entidades que lo requieran –especialmente del sector público y privado sin ánimo de lucro- en los campos de la educación, la salud, el desarrollo de la infraestructura pública, incluyendo el suministro y/o proveeduría de toda clase de bienes y servicios que contribuyan al desarrollo de estos campos y el ejercicio del comercio y la cooperación internacional. En desarrollo de estos objetos podrá planear, diseñar, establecer, negociar y ejecutar todos los actos, contratos y operaciones pertinentes y en especial, realizar cursos de educación informal, asesorar proyectos, ejecutar construcciones, consultorías, asesorías, suministrar bienes, proveer servicios; comprar, vender y/o arrendar bienes muebles e inmuebles a sus asociados y al público en general, todo con el fin de fomentar y propender por el fortalecimiento y consolidación de la integración cooperativa en sus diferentes manifestaciones o para apoyar el cumplimiento de su objeto y la ejecución de los planes y programas de desarrollo económico, social, de infraestructura, de cooperación internacional y de educación informal de los diferentes entes territoriales, establecimientos públicos, institutos descentralizados, fondos de cofinanciación, corporaciones, entidades de derecho público y privado, sean nacionales, internacionales, ... gubernamentales, no gubernamentales y de derecho privado”.

1. Podrá formar parte de otras entidades, siempre que su objeto se asimile o complementa con el de la Cooperativa.
2. En el área de construcción, desarrollar infraestructura, mediante: planear, diseñar, construir, proveer bienes y servicios, realizar interventorías, planificar, demoler, construir o desmontar obras civiles, hidráulicas, energéticas, sanitarias, ambientales, etc., obras de urbanismo y montajes electromecánicos y obras para minería e hidrocarburos.
3. En el área de consultoría, realizar estudios, evaluaciones, conceptos en el área agrícola, desarrollo rural, industrial, ambiental, energía, telecomunicaciones, telefonía, construcción, transporte y urbanismo.
4. En el área de proveeduría, realizarla de todos los bienes y servicios que se le requieran, en especial animales vivos y vegetales, de la industria química y petrolera, de materias plásticas y manufacturas, carbón, madera, máquinas textiles, material eléctrico, material de transporte.
5. Realizar programas de educación informal.
6. Asistir en la implementación de programas de salud obligatorios, incluidos de salud ocupacional.
7. Comprar, vender, administrar, arrendar y gravar bienes muebles o inmuebles, vehículos automotores, tractores, compactadores de basura, maquinaria liviana y pesada para el comercio.
8. Prestar y operar servicios públicos domiciliarios y no domiciliarios.
9. Asesorar y/o representar a la nación, los entes territoriales y descentralizados de cualquier orden, así como a personas particulares en los diversos asuntos en que desarrolla su objeto.
10. Extender sus servicios a otras entidades o público en general.
11. Adelantar y/o ejecutar conforme a la ley planes de vivienda de interés social.
12. Ejecutar programas de saneamiento ambiental y en especial de reforestación y manejo de cuencas, micro cuencas.
13. Prestar la asesoría y gestión necesaria para el recaudo, administración y manejo de las rentas y bienes de las entidades territoriales, descentralizadas y de cualquier orden.
14. Asesorar la planeación, planificación, programación y organización de eventos, cursos, seminarios, simposios, congresos y demás actividades relacionadas con la educación informal en áreas de interés de sus asociados y del público en general.
15. Realizar todas las actividades para comerciar y cooperar internacionalmente en beneficio de sus asociados y de terceros.
16. Promover y desarrollar proyectos de investigación técnica, científica y socioeconómica.
17. Diseñar, promover y ejecutar publicaciones e impresos relacionados con su objeto.
18. Las demás inherentes al objeto de la Cooperativa.

86. Al examinar en su conjunto tanto el objeto del contrato interadministrativo como el de Gescop Ltda., ratifica la Sala la configuración de la causal 2° de nulidad prevista en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Para comprobar este aserto, se destaca que la finalidad del convenio *sub lite* incluía la instalación de cableado para datos, voz y energía regulada, equipos adecuados para ejecutar la operación, obras para la construcción y adecuación de las instalaciones físicas de la Secretaría y la instalación de un software especializado con todas las actividades inherentes al Registro Único Nacional de Tránsito, labores que al ser cotejadas con las actividades *enumeradas* en el acto de constitución de esta cooperativa conducen a aseverar que éstas superaban

el marco de actuación de la asociación.

87. Si bien las actividades referentes a la instalación de cableado, construcción y adecuación de las instalaciones físicas de la Secretaría están inmersas en la actividad 1 de la cooperativa denominada “constructor” –que para el momento en que se suscribió el convenio no estaban excluidas de las actividades de las que podía ocuparse una administración cooperativa– lo cierto es que la provisión o suministro de los equipos tecnológicos y la instalación del aplicativo especializado –software– que era, en esencia, la médula para la **modernización, sistematización y automatización** de la Secretaría de Tránsito que determinaba el objeto del convenio, no era parte de las actividades y especialidades que estaba habilitada Gescop para ofrecer y ejecutar.

88. En este punto, se resalta que, aunque en los estatutos se determinó como actividad de la cooperativa el área de proveeduría, referente al suministro todos los bienes y servicios que se le requieran, a renglón seguido especificó que éstos se referían a animales vivos y vegetales, de la industria química y petrolera, de materias plásticas y manufacturas, carbón, madera, máquinas textiles, material eléctrico y material de transporte. Afirmación que, además, ratifica el contenido del certificado expedido por la Cámara de Comercio, con ocasión del artículo 22 de la Ley 80 de 1993 –Registro de Proponentes–⁵⁸, aportado por Gescop en la propuesta que formuló al municipio, en el cual se desarrollaron las actividades y especialidades en las que se clasificó dicho ente, donde se precisó, en torno a la *Actividad 3: Proveedor*, lo siguiente:

ACTIVIDAD 03: PROVEEDOR⁵⁹	
ESPECIALIDAD 01	<i>Animales vivos y productos del reino animal</i>
ESPECIALIDAD 02	<i>Productos del reino vegetal</i>
ESPECIALIDAD 03	<i>Grasas y aceites animales o vegetales, producto de su desdoblamiento, grasas alimenticias elaboradas</i>
ESPECIALIDAD 04	<i>Productos de las industrias alimentarias, bebidas, líquidos alcohólicos y vinagre</i>
ESPECIALIDAD 05	<i>Productos minerales</i>
ESPECIALIDAD 06	<i>Productos de las industrias químicas o de las industrias conexas</i>
ESPECIALIDAD 07	<i>Materias plásticas y manufacturas de estas materias, caucho y sus manufacturas</i>
ESPECIALIDAD 08	<i>Pieles, cueros, peletería y manufacturas de estas materias</i>
ESPECIALIDAD 09	<i>Madera, carbón vegetal, corcho y sus manufacturas</i>
ESPECIALIDAD 10	<i>Pastas de madera o de otras materias fibrosas celulósicas</i>
ESPECIALIDAD 11	<i>Seda, lana, algodón, fibras sintéticas, guata, alfombras y demás revestimientos para el suelo, tejidos de punto</i>
ESPECIALIDAD 12	<i>Calzado, sombrerería, paraguas, quitasoles, bastones, látigos, artículos de plumas</i>
ESPECIALIDAD 13	<i>Manufacturas de piedra, yeso, cemento, amianto, mica o materias análogas, vidrio</i>
ESPECIALIDAD 14	<i>Perlas finas o cultivadas, piedras preciosas y semipreciosas, metales preciosos, bisutería, monedas</i>
ESPECIALIDAD 15	<i>Metales comunes y manufacturas de estos metales</i>

⁵⁸ Folios 147 a 150 del cuaderno 3.

⁵⁹ Solo se desarrollarán con detalle las especialidades que puedan generar duda acerca de su relación con el objeto del convenio.

ESPECIALIDAD 16	<i>Máquinas y aparatos, que incluye: reactores nucleares, calderas, máquinas, aparatos y artefactos mecánicos, partes de estas máquinas o aparatos, aparatos para la grabación o la reproducción de imágenes y sonido en televisión y las partes y accesorios de estos aparatos</i>
-----------------	---

ESPECIALIDAD 17	<i>Material de transporte</i>
ESPECIALIDAD 18	<i>Instrumentos y aparatos de óptica, fotografía o cinematografía, instrumentos y aparatos médico quirúrgicos, relojería, instrumentos de música</i>
ESPECIALIDAD 19	<i>Mercancías y productos diversos, que incluye muebles, mobiliario, artículos de cama y similares, construcciones prefabricadas, anuncios, letreros y placas indicadoras, juguetes, artículos para el recreo o deporte</i>
ESPECIALIDAD 20	<i>Otros: reparaciones locativas que no impliquen la expedición de una licencia de construcción o sus modalidades</i>

89. Examinado lo anterior, resulta claro que no hacía parte del objeto de la cooperativa la provisión del hardware y la instalación del software, los cuales, como se viene indicando, constituyeron elementos esenciales del objeto convenido, tal como se constató en el documento “*Diagnóstico para la Modernización de la Secretaría de Tránsito*”, atrás aludido, en el que se evidenció la necesidad de actualizar y modernizar el referido órgano municipal, siendo el software la base primordial para ello pues su fin era implementar los sistemas de información requeridos por el Ministerio de Transporte y la DIAN, a nivel nacional.

90. En la misma línea, se aclara que no es viable asimilar la provisión del hardware y el software mencionados, a la actividad consultor, que incluye como especialidad, entre otras, las telecomunicaciones, en sus subgrupos: organización, sistemas de telefonía masiva, transmisión por radio y televisión, sistemas especializados de telecomunicaciones, aplicaciones de computador y sistemas de comunicación rural y a pequeña escala, porque tales subgrupos fueron comprendidos, como ya se dijo, dentro de la actividad principal de consultoría que denota la realización de estudios, diagnósticos, diseños y la prestación de asesoría técnica al control y supervisión de proyectos, actividades que no se enmarcan en las de instalación del software y provisión de los equipos con tecnología de punta, que permitan ejecutar la operación de forma integral.

91. En este escenario, el municipio de Palmira optó por suscribir el negocio con una cooperativa que no tenía en su objeto ni en sus actividades aquella que era el eje de la modernización encargada y, en torno a la cual giraban las demás actividades que tenderían al logro de tal finalidad última y única⁶⁰; de modo que se trataba de una de las prestaciones características o fundamentales del contrato *sub examen*, por lo que haber pactado su realización bajo el contrato interadministrativo –062– cuando la proveeduría de bienes y servicios estaba orientada a aquella relacionada con animales vivos y vegetales, industria química y petrolera, materias plásticas, entre otras mencionadas, que difieren de la provisión de la instalación del software y la provisión

⁶⁰ Por tal razón, la Sala no efectuará una declaratoria parcial de nulidad dirigida únicamente a las actividades que no estaban contenidas en los estatutos de la administración pública cooperativa, en tanto las actividades relacionadas con las obras de remodelación efectuadas, lo eran bajo el único propósito de “**modernización sistematización y automatización** de la Secretaría de Tránsito”. Justamente, el artículo 47 de la Ley 80 de 1993 dispone: “**ARTÍCULO 47. DE LA NULIDAD PARCIAL.** La nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato no invalidará la totalidad del acto, salvo cuando este no pudiese existir sin la parte viciada”; y no podía el contratista y el municipio contratante valerse de actividades que sí podía desarrollar el ente cooperativo para abarcar un objeto y una finalidad que realmente no podía ejecutar pues remodelar, cablear etc., sin el propósito de modernización y sistematización, las hacía carentes de sentido y contenido propio.

de los equipos con tecnología de punta, llevan a la Sala a constatar que se desconoció la prohibición tantas veces citada, establecida en el art. 6 de la Ley 79 de 1988 que dispone: “[a] ninguna cooperativa le será permitido (...) Desarrollar actividades

distintas a las enumeradas en sus estatutos”; lo que, en este caso aconteció. Por manera que se impone declarar la nulidad del contrato *sub examine* al haber sido celebrado *“contra expresa prohibición constitucional o legal”*⁶¹.

92. Esta conclusión lleva a la Sala a explicar las razones que conducen a inscribir este asunto en la causal del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y no en la de *objeto ilícito* prevista en el Código Civil; lo anterior, de cara a los múltiples puntos de encuentro que entre ellas existe, por su misma naturaleza, y que se expresan en diversas posturas, incluso jurisprudenciales, que han llevado a fluctuar en uno y otro sentido, respecto de hipótesis que lucen semejantes.

93. Así, en línea con la existencia de corrientes más o menos estrictas de lo que constituye el *objeto ilícito*, se ha llegado a pensar que este instituto, constituido en causal de nulidad bajo el Código Civil, podría abarcar la hipótesis contenida en la causal 2° del art. 44 de la Ley 80 de 1993 pues, como anota un sector de la doctrina moderna al reflexionar sobre estas materias -en perspectiva del interés privado y el interés general de que trate el contrato- se podría entender que *“si el objeto del contrato está identificado con la transacción económico social acordada por las partes y, en el contrato público, ella está reglada integralmente por normas del ‘derecho público de la Nación’, cualquier irregularidad de los elementos del contrato, extendida a todo el proceso de su formación que lo determina, conllevará, necesariamente, una contravención a una regla de derecho público de la Nación y, consecuentemente, la nulidad del contrato por objeto ilícito”*⁶². Por ello, se torna fundamental realizar algunas precisiones sobre estas dos causales y, a partir de allí, desembocar en la *ratio* de la aplicación de una de ellas en el *sub lite*.

94. La causal de nulidad prevista en el artículo 1519 del Código Civil establece que hay objeto ilícito *“en todo lo que contraviene al derecho público de la nación”* y, al tenor del art. 1523 ídem, también lo hay *“en todo contrato prohibido por las leyes”*. Ello no significa que la configuración del objeto ilícito necesariamente esté atada a la infracción de una norma prohibitiva especial, pues conforme a la jurisprudencia de la Corte

⁶¹ La Subsección, a diferencia de algunas posturas doctrinarias acompañadas de pronunciamientos jurisprudenciales, no considera que la causal de nulidad absoluta del contrato estatal prevista en el art. 44.2 de la Ley 80 de 1993 que ahora se declara, deba interpretarse en el sentido de que es el contrato en sí mismo el que debe estar prohibido por la ley -tarea que sería inagotable para el legislador- por ello de tal vicio se ocupa la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito de que trata el artículo 1741 del C.C., en concordancia con los requisitos de validez para obligarse mediante una declaración de voluntad previsto en el artículo 1502, núm. 3 del mismo estatuto. Y no se trata de la misma hipótesis normativa, pues justamente el artículo 44 de la Ley 80 estableció que *“[l]os contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: (...) 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”*, extendiendo el catálogo de causales a las que allí se enlistan en cinco numerales. De modo que, si bien en ocasiones son similares en la base las hipótesis a las que corresponden, en cada caso deberá distinguirse, como acontece en el *sub lite*, dónde la existencia de un objeto es en sí mismo lícito, pero está viciado de cara a una prohibición expresa en su celebración, definida así por el legislador como ocurre en el caso especial de los entes cooperativos.

⁶² BENAVIDES José Luis. *“Identificación de las nulidades en los contratos estatales en Colombia”*. Revista Digital de Derecho Administrativo, 17 de mayo de 2021. Para consultar en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6902/9846>

Suprema de Justicia⁶³ al estudiar esta causal, también puede provenir de desatender la amplia prohibición contenida en el art. 16 ídem, al establecer que *“No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”*. Al respecto, la doctrina especializada

⁶⁴ ha sostenido que el objeto ilícito se presenta, *“no solamente cuando el acto*

quebranta prohibiciones expresas y concretas de la ley, no sancionadas de otro modo, sino también cuando dicho acto, por sus prestaciones aisladamente consideradas o en su conjunto, atenta contra el orden público o las buenas costumbres". Además, puntualiza, lo siguiente:

"(...) en este punto de la eficacia de la nulidad absoluta por la ilicitud del objeto, derivada de la contravención a las leyes prohibitivas, hay que advertir una vez más que el criterio general de nuestro Código Civil al respecto es el consignado en el artículo 16, que hace depender la prohibición de derogar por convenios particulares las leyes, no de cualquier clase, sino de aquellas "en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres", por lo cual dichas leyes adquieren el carácter de imperativas. Así cuando la prohibición legal está determinada por otros motivos extraños a estos conceptos, no se estructura la noción de objeto ilícito ni, por ende, opera la nulidad absoluta".

95. Lo anterior, pone al descubierto que la distinción entre las dos causales que se estudian puede resultar una tarea compleja, si se considera que las normas generales relacionadas con el objeto ilícito también permitirían albergar la atinente a la celebración de un contrato contra expresa prohibición legal o constitucional en su concepción normativa, como atrás se dijo. Y es que, como advierte la doctrina nacional, ya citada, respecto a la verificación de la licitud del objeto de los actos y contratos:

"Los ya citados artículos 16, 1518 y 1524 permiten ampliamente a los jueces controlar los actos jurídicos lesivos del orden público o de las buenas costumbres, aunque respecto de ellos no exista expresa prohibición legal. (...) Corresponde, pues, al juez decidir en cada caso concreto si un acto jurídico sometido a su consideración tiene o no objeto ilícito. Dicha labor es fácil cuando aquel está expresamente prohibido por la ley. Pero cuando no lo está, el juez tendrá que decidir discretamente si dicho acto está o no de acuerdo, tanto en sus prestaciones como en su conjunto, con las leyes, con el orden público y con las buenas costumbres." (se subraya)

96. Ahora, esta Colegiatura ha considerado, en posiciones oscilantes, que el artículo 1519 del Código Civil significa que toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley comporta un vicio que genera nulidad absoluta si, por supuesto, ella no consagra una sanción diferente; y ha manifestado que las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que mandan u ordenan y, por ende, la transgresión del orden público se presenta cuando se viola la que prohíbe, así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una nulidad absoluta por objeto ilícito.

Empero, de las disposiciones citadas reluce que la causal de nulidad por objeto ilícito bajo el Código Civil aloja tanto las prohibiciones legales –más fácilmente detectables– y también las violaciones a normas de orden público y a las buenas costumbres, pues en tal ámbito no hay otra que la contenga; contexto que sigue siendo de la mayor

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de noviembre de 2022, Radicación No. 05001-31-03-001-2015-00953-01. M.P. Martha Patricia Guzmán Álvarez.

⁶⁴ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. 6° ed. Bogotá. Temis. 2000. Pág. 449

amplitud y no permite alinderar esta causal frente a la prevista en el numeral 2 del art. 44 de la Ley 80 tantas veces citado. De suerte que, tal conceptualización llevaría a entender que la nulidad que se sanciona por objeto ilícito en las normas civiles se bifurca bajo el EGCAP en dos contenidos normativos, reservando para la causal 2 de nulidad absoluta del contrato estatal -relacionada con que su celebración se realice contra expresa prohibición legal y constitucional- aquellos eventos en que se desconozca el régimen de prohibiciones en tales rangos normativos.

97. La relevancia en marcar la línea diferenciadora entre ambas causales, es evidente, en tanto el análisis de un evento puntual podría deslizarse entre una y otra causal, en particular, incluido el caso en que aun existiendo prohibición legal o constitucional, se considere que su sanción debe ser desatada bajo la causal de objeto ilícito, con efectos diversos. En precisión de estos matices, la Subsección ha sido afirmativa en señalar en lo que atañe a la causal 2° del art. 44 de la Ley 80 de 1993, que no toda irregularidad o violación de la ley es constitutiva de la causal de prohibición legal o constitucional para celebrar el contrato, lo que hace necesario analizar en cada caso concreto el contenido de la norma. De esta forma se ha indicado:

“De modo que no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato ‘contra expresa prohibición constitucional o legal’. Es necesario analizar, en cada caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente”⁶⁵.

“Bajo esta perspectiva, se tiene que la violación a las normas constitucionales o legales, en la celebración de un contrato, acarrea como consecuencia la nulidad absoluta del contrato celebrado en tales condiciones, por cuanto toda vulneración del ordenamiento jurídico da lugar a la ilegalidad de los actos; pero no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos da lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que fueron señalados: violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa o explícita”⁶⁶.

98. Igualmente, esta Corporación ha especificado los lineamientos que se deben seguir para que esta causal se configure:

“Interesa al sub lite el examen de la causal establecida en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, norma a cuyo tenor los contratos del Estado son absolutamente nulos cuando ‘se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

*“Del contenido y alcance del texto de esta norma se infiere que para que ésta causal de nulidad absoluta del contrato se configure, se requieren los siguientes presupuestos: i) La violación del régimen de prohibiciones consagrado en **normas constitucionales o en normas legales o en cualesquiera otras con fuerza de ley**; por lo tanto, la violación de otra clase de normas que no sean de rango constitucional o que carezcan de fuerza de ley no genera vicio de nulidad en el contrato, como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala y, ii) La prohibición respectiva, establecida en la Constitución Política o en la Ley debe ser **expresa**, como también lo ha sostenido la jurisprudencia, según lo refleja el siguiente pronunciamiento:*

‘Hay que añadir, a fin de precisar adecuadamente el alcance del art. 44.2 de la Ley 80 de 1993, que, además de que la prohibición debe estar contenida en la Constitución o

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de agosto de 2006, exp. 31480, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez [cita original del texto]

⁶⁶ Sentencia del 6 de febrero de 2019, Exp. 08001-23-31-000-2008-00248-01 (61720), C.P. Marta Nubia Velásquez

*en la ley, en los términos dichos, **la prohibición constitucional o legal ha de ser expresa**, bien en relación con i) el tipo contractual, como cuando las normas no permiten que el Estado haga donaciones a los particulares –art. 355 CP-, o en relación con ii) la celebración de un contrato, dadas ciertas condiciones, como cuando no se autoriza que una concesión portuaria supere 20 años –ley 1 de 1991-, o un comodato supere 5 años –ley 9 de 1989, etc.*

*‘De modo que no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato “... **contra expresa prohibición constitucional o legal.**” Es necesario analizar, en cada caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente’⁶⁷.*
(negrillas fuera del texto original, pero sí de la providencia de la que se toma).

En suma, el Consejo de Estado ha señalado que para la configuración de esta causal

se exigen dos presupuestos, i) la violación del régimen de prohibiciones consagrado en normas constitucionales, legales o con fuerza de ley; y, ii) que la prohibición sea expresa y explícita.

99. En esta línea, la Sala encuentra acreditados los anteriores supuestos bajo el *sub examine*: (i) la existencia de un mandato de prohibición establecido en el artículo 6 de la Ley 79 de 1988 que dispone “[a] ninguna cooperativa le será permitido (...) Desarrollar actividades distintas a las enumeradas en sus estatutos”; y (ii) se trata de una prohibición *expresa y explícita* que se aplica a cualquier forma, incluido el contrato estatal, en que las asociaciones cooperativas pretendan desarrollar actividades ajenas a sus estatutos; lo que conduce a la tipificación de la citada causal 2° del art. 44 de la Ley 80, como configuradora del vicio de nulidad y así será declarado.

Sobre la declaratoria de nulidad absoluta del “convenio interadministrativo 062 de 2002” de que trata el *sub lite*

100. A partir del escenario antes expuesto, se confirmará la decisión del juez de primer grado de declarar la nulidad absoluta del contrato examinado. La Sala aclara que el ejercicio de esta facultad para el caso concreto no se realiza de forma oficiosa, en los términos del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 y como así lo decretó el *a quo*, porque en la demanda de reconvención el municipio de Palmira solicitó al juez que se declarara la nulidad del negocio jurídico *sub examine* (núm. 11 de esta providencia), petición que excluye el ejercicio de una facultad *oficiosa* al mediar una petición de parte en tal sentido y, más allá de las causas invocadas y de la imprecisión de ésta con algunas otras de las pretensiones, el juez asume su encargo bajo el derrotero fijado por las partes, sin que pueda decirse que el estudio de las nulidades se abrió paso por vía del ejercicio llano de una facultad oficiosa⁶⁸.

101. En esa medida, y dado que fue la propia actuación procesal de una de las partes la que impulsó el estudio de validez del negocio jurídico, le ha correspondido al juez incursionar en tal análisis y realizar una declaración en este sentido al hallar configurado el vicio de nulidad reseñado, el cual, se precisa, no es susceptible de

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp. 31480, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez

⁶⁸ También en cabeza del juez, de cara a la declaratoria de nulidades absolutas de contratos.

saneamiento por ratificación de las partes de cara a la activación de la causal prevista en el artículo 44.2 de la Ley 80 de 1993, el cual tiñe de ilegalidad el nacimiento mismo del negocio jurídico al celebrarse con desconocimiento de una expresa prohibición legal.

102. En la misma línea, se advierte que el *convenio interadministrativo* fue invocado en la presente controversia como fuente de obligaciones, puesto que la parte actora pidió su declaratoria de incumplimiento y, en el escenario de la demanda de reconvención fue pedida su declaratoria de nulidad. Asimismo, se acreditó que las partes intervinientes en dicho contrato fueron vinculadas al presente proceso, por cuanto, a través del auto admisorio de la demanda se ordenó notificar personalmente dicha decisión al municipio de Palmira; además, esta última entidad territorial presentó demanda de reconvención contra Gescop Ltda.

103. Por consiguiente, y ante la constatación de la configuración de las anteriores circunstancias, la Sala declarará la nulidad absoluta del convenio interadministrativo celebrado el 26 de diciembre de 2002, suscrito entre el municipio de Palmira y Gescop Ltda., en los términos antes explicados.

Las restituciones mutuas

104. La nulidad absoluta del contrato, además de hacerlo desaparecer del mundo jurídico, genera como consecuencia que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato declarado nulo y, por lo mismo, cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual, tal como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

105. Sin perjuicio del modelo previsto el estatuto civil que deriva en la sanción anulatoria de los negocios jurídicos, de forma puntual el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 se ocupa de esta figura y sus efectos y, al respecto, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato estatal nulo, en los siguientes términos:

“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”.

106. Dado que en el presente asunto la declaratoria de nulidad absoluta se fundamenta en la configuración de la causal 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, se debe aplicar la regla general y proceder al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas por Gescop Ltda., sin que resulten aplicables las restricciones y condicionamientos que la ley impuso para los casos en que su declaratoria proviniera de la existencia de objeto o causa ilícitos.

107. Sobre esta materia, la Sala recuerda que las restituciones mutuas como consecuencia de la sanción derivada de la nulidad⁶⁹ es una figura que busca devolver los efectos del contrato viciado al momento previo a su celebración. Estas constituyen “el resultado material de la nulidad”⁷⁰ y procuran, siempre que sea posible, la restitución *in natura* de las prestaciones nacidas del contrato nulo, y en caso de que no haya lugar a ello, ha de preferirse el equivalente pecuniario⁷¹.

Con todo, tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como la del Consejo de Estado⁷² han reconocido escenarios donde no es viable efectuar restituciones mutuas desde el punto de vista fáctico, como sucede en los contratos de tracto sucesivo en los que “tal obligación puede resultar imposible de cumplir o incluso se puede convertir en un imposible físico volver las cosas a su estado primigenio ... como sucede por ejemplo, cuando no se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes

... tales como los de suministro de bienes de consumo, prestación de servicios, obra pública, concesión, etc. etc., en los cuales las prestaciones se han cumplido y no pueden restituirse”⁷³.

108. Así, aunque el *convenio interadministrativo* celebrado el 26 de diciembre de 2002 está afectado de nulidad absoluta, en los términos ya explicados, no proceden las restituciones mutuas *in natura*, dada la imposibilidad material de retrotraer lo ejecutado a tal punto que se deshagan las obras realizadas en relación con la readecuación de las instalaciones de la Secretaría de Tránsito o se restituya a los terceros⁷⁴ usuarios de dicha dependencia los dineros que pagaron con ocasión de los servicios o trámites que usaron; no obstante, habría lugar a realizar dichas devoluciones en virtud de su correspondencia monetaria, pero para llegar a este destino resulta ineludible la efectiva demostración de las prestaciones ejecutadas.

109. En el *sub lite*, obra: (i) el acta de inicio del convenio, suscrita el 11 de febrero de 2003⁷⁵; (ii) el acta de inicio de construcción de las instalaciones de la Secretaría de Tránsito, en el inmueble donde funcionaba el Centro de Diagnóstico Automotor de Palmira (CDAP) del 12 de mayo de 2003⁷⁶; (iii) el acta de reunión de interventoría del 27 de noviembre de 2003⁷⁷, donde se consignó que la referida obra civil se inauguró

⁶⁹ “La nulidad es una sanción consistente en la privación al negocio de todos los efectos que está llamado a producir, mirando tanto al futuro como al pasado” (Fernando Hinestrosa, “Eficacia e ineficacia del contrato”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso (Chile), 1999, p. 149.)

⁷⁰ HERNÁNDEZ, Aida Patricia (2020). Las Restituciones Mutuas en la Contratación Estatal. En BENAVIDES, José Luis, *Fallos referentes en contratación estatal*, (pp. 469 y 470). Universidad Externado de Colombia.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Ver, entre muchas otras, las sentencias: (i) del 16 de febrero de 2006, exp. 13414 (R-7186), (ii) del 6 de febrero de 2019, exp. 61.720 y (iii) del 4 de junio de 2021, radicación 25000-23-26-000-2004-01631-03(64908).

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, radicación 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390).

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de junio de 2021, radicación 25000-23-26-000-2004-01631-03(64908).

⁷⁵ Folio 66 del cuaderno 3.

⁷⁶ Folio 180 del cuaderno 1.

⁷⁷ Folios 182 a 185 del cuaderno 1.

el 8 de agosto de 2003 pero entró en operación, con efectos fiscales, el 11 de septiembre de ese año; (iv) el acta 2 de reunión de interventoría⁷⁸ del 12 de marzo de 2004, en la que se aseveró que los ingresos debían calcularse sin incluir los provenientes por transferencias departamentales por impuesto unificado de vehículos y que, para febrero de 2004, la liquidación de ingresos arrojaba como valor a transferir a Gescop, la suma de \$67.849.658; (v) el acta de interventoría 3⁷⁹ del 31 de agosto de 2004, que indicó que del 11 de septiembre al 31 de diciembre de 2003 no le correspondía participación a la cooperativa, en atención al ingreso mínimo que tenía que garantizar, debiéndole al municipio \$8.191.867. De enero a julio de 2004 señaló que Gescop debía recibir la suma de \$238'443.160; (vi) en documento del 11 de enero de 2005, el “interventor” del convenio en conjunto con el Secretario de Tránsito determinaron que existía una diferencia entre el presupuesto presentado por Gescop y el peritaje solicitado por la Alcaldía por valor de \$142.240.458 (para establecer el costo real de la obra); y (vii) el oficio SHFP-749 del 21 de septiembre de 2005⁸⁰, mediante el cual el Secretario de Hacienda y Finanzas Públicas de Palmira manifestó

que para el 31 de diciembre de 2004 existía una acreencia de \$167.160.828, a favor Gescop; no obstante, “a fin de darle viabilidad financiera y operativa al proyecto ... [se] otorgó en la vigencia del año 2004 pagos parciales por valor de \$349.804.301.00 respectivamente en las cuentas No. 016664, 18895, 016756, 016757 y 18205”⁸¹, razón por la cual “finalizada la vigencia 2.004 y debiéndose realizar la liquidación parcial del convenio se denota que las acreencias para con la empresa Gescop Ltda. son inferiores a los pagos parciales, por lo cual en dicho balance contractual a 31 de diciembre de 2.004 existe un saldo a favor de la entidad territorial por valor de \$182.643.473.00”⁸².

Por otra parte, en el cuaderno 5 -contenitivo del dictamen pericial contable- son visibles múltiples comprobantes de egreso suscritos por la Cooperativa y facturas proferidas por Listos S.A., referentes al pago del “personal contratado”.

110. En este orden de ideas, examinados los documentos arriba mencionados, la Sala no encuentra mérito para reconocer restituciones mutuas, puesto que a través de éstos (i) no se acreditó, efectivamente, el valor de la construcción de las instalaciones de la Secretaría de Tránsito, por cuanto sólo se aportaron menciones sobre disconformidades en su valor, pero sin allegar los medios probatorios que constaten el valor de las obras ejecutadas; (ii) no se halló certidumbre sobre el valor de las liquidaciones enunciadas o el soporte de las mismas, (iii) los comprobantes de pago relacionados no son claros en ilustrar los gastos o costos que cubrían, y (iv) el pago del personal -soportado en las facturas de Listos S.A.- constituía, de una parte, una obligación que la cooperativa contrajo y, de otra, un riesgo que asumió -en la medida que adquirió los riesgos de “éxito del negocio y retorno de su inversión”⁸³- por lo que es claro que su pago tenía una relación directa con el alcance del objeto del convenio -evidenciado en los ingresos a recibir-.

⁷⁸ Folios 186 a 193 del cuaderno 1.

⁷⁹ Folios 194 a 202 del cuaderno 1.

⁸⁰ Folios 248 a 252 del cuaderno 1.

⁸¹ Folio 250 del cuaderno 1.

⁸² Ibidem.

⁸³ Folio 50 del cuaderno 1.

111. Por consiguiente, pese a advertir la existencia de gastos propios del contratista, en la realización de la obra y prestación de los servicios durante el plazo en que ello aconteció, lo cierto es que no se probó el valor de éstos ni los ingresos que debía recibir GESCOP por su labor y, además, los aludidos comprobantes de pago tampoco demostraron su relación con la ejecución del convenio, razones por las cuales, se itera, no hay lugar a declarar compensación alguna en los términos del artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

Costas

112. En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 29 de febrero de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. Sin condena en costas.

TERCERO. En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARÍA ADRIANA MARÍN

Aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE⁸⁴

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Aclaración de voto

VF

⁸⁴ Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.