



3-CC-109-2015

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

**Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre dos mil catorce (2014)

**RADICACIÓN:** 250002326000199902856 01

**EXPEDIENTE:** 29906

**ACTOR:** DEPTO. CUNDINAMARCA Y OTROS

**DEMANDADO:** COOPERATIVA DE DESARROLLO TERRITORIAL CODETER Y  
COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.

**REFERENCIA:** ACCIÓN CONTRACTUAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el departamento de Cundinamarca y por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. –CONFIANZA S.A.\_ en contra de la sentencia del 24 de noviembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, mediante la cual se negaron las pretensiones de las demandas acumuladas y se declararon no probadas las excepciones.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda.**

**1.1. Del Departamento de Cundinamarca.**

EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA –en adelante EL DEPARTAMENTO-, por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, el 3 de diciembre de 1999,

presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción contractual, en contra de la COOPERATIVA NACIONAL DE DESARROLLO TERRITORIAL LIMITADA –CODETER LTDA.- y la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. –CONFIANZA S.A.-

En el escrito de la demanda se formularon las siguientes pretensiones, que se trasciben tal como aparecen en el texto de la demanda <sup>1</sup>:

**“PRIMERA:** *Que entre el Departamento de Cundinamarca y la COOPERATIVA NACIONAL DE DESARROLLO TERRITORIAL LIMITADA ‘CODETER LTDA.’ se celebró el convenio interadministrativo No. OJ 120 de 1.997, para el mejoramiento de la carretera de la vía Útica-Caparrapí por La Liberia, Municipio de Útica.*

**“SEGUNDA:** *Que la COOPERATIVA NACIONAL DE DESARROLLO TERRITORIAL ‘CODETER LTDA.’ recibió el anticipo correspondiente al mencionado contrato interadministrativo y no invirtió debidamente una parte considerable del mismo, absteniéndose de aplicarlo a los fines del convenio.*

**“TERCERA:** *Que como consecuencia de lo anterior, se verificó la realización del riesgo de mal manejo e incorrecta inversión del anticipo que estaba previsto en la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, distinguida con el número 0705147 que había expedido la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., para garantizar el cumplimiento del mencionado contrato interadministrativo.*

**“CUARTA:** *Que durante el período durante el cual la realización y ejecución del convenio interadministrativo No. OJ 120 de 1997, el contratista, esto es, COOPERATIVA NACIONAL DE DESARROLLO TERRITORIAL LIMITADA ‘CODETER LTDA.’ incumplió las obligaciones que se derivaban para la misma de dicho convenio, al no llevar a cabo las obras previstas en el mismo en la forma en que se encontraba estipulado, lo cual ocasionó perjuicios graves de orden material al Departamento de Cundinamarca, por los cuales el contratista es responsable, circunstancia que, adicionalmente, configura la realización del riesgo de incumplimiento igualmente previsto en la garantía única de cumplimiento contenida en la póliza No. 0705147 expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza.*

**“QUINTA:** *Que los mencionados perjuicios materiales se concretan en los sobrecostos que actualmente deberá sufragar el departamento para llevar a cabo las obras a las que se concretaba el convenio interadministrativo No. OJ 120, en el precio que tuvo que pagar el Departamento por la interventoría contratada sobre el mismo convenio interadministrativo OJ 120 de 1.997, así como en la pérdida de poder adquisitivo de la suma entregada a título de anticipo y los intereses dejados de percibir sobre esa suma por el Departamento durante todo el tiempo que esa suma ha estado en poder del contratista y hasta que le sea reembolsada.*

**“SEXTA:** *Que como consecuencia de la declaración segunda anterior, la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. ‘CONFIANZA’ debe pagar al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este proceso, la suma de ciento treinta y*

---

<sup>1</sup> Folios 9 a 16 del cuaderno No. 1.

un millones veintiocho mil treinta y tres pesos (\$131'028.033,00), o la suma que sea determinada en el curso del proceso como consecuencia de la liquidación que dentro del mismo se haga del convenio interadministrativo OJ 120 de 1.997, correspondiente a la parte indebidamente invertida y no amortizada por parte de la entidad contratista, dentro del valor asegurado para este efecto en la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades oficiales distinguida con el No. 0705147.

**“SÉPTIMA:** Que, adicionalmente, la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. ‘Confianza’ debe pagar al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, a título de indemnización derivada de la realización del riesgo de incumplimiento previsto en la misma póliza y hasta un monto de treinta y cuatro millones doscientos cinco mil seiscientos seis pesos con sesenta centavos (\$34'205.606,60) que es el límite del valor asegurado para dicho riesgo consignado en la mencionada póliza, la suma que sea demostrada dentro del proceso como valor de los perjuicios de orden material derivados para el mismo del incumplimiento del contratista que se concretan, como ya se dijo, en el valor pagado por el mismo Departamento por concepto de interventoría del convenio interadministrativo OJ 120 de 1.997, más los sobrecostos que deben sufragarse hoy para llevar a cabo la misma obra, más el valor del incremento por corrección monetaria que deba calcularse sobre el anticipo indebidamente invertido por el contratista, a fin de compensar la pérdida de valor económico de esa suma, entre la fecha en que la misma fue entregada al contratista y hasta que se produzca su reembolso, más los intereses dejados de percibir por el departamento de Cundinamarca sobre la misma cantidad y en el mismo lapso de tiempo.

**“OCTAVA:** Que la COOPERATIVA NACIONAL DE DESARROLLO TERRITORIAL LIMITADA ‘CODETER LTDA.’, debe pagar al departamento de Cundinamarca, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este proceso, la suma que sea determinada en el curso del proceso como valor de los perjuicios de orden material que le causó el contratista como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones durante el lapso de tiempo que duró la ejecución del contrato, que se concretan en el valor pagado por la interventoría del convenio interadministrativo OJ 120 de 1.997, la corrección monetaria y los intereses causados sobre la parte del anticipo recibido por el contratista y no invertido debidamente y los sobrecostos que tenga que pagar actualmente el departamento para la ejecución de la misma obra contratada, en lo que exceda del valor de TREINTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS CINCO MIL SEISCIENTOS SEIS MIL PESOS CON SESENTA CENTAVOS (\$34'205.606,60) que debe ser asumido por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. ‘Confianza’ conforme a las peticiones anteriores.

**“NOVENO:** Que las demandadas deben pagar las costas del proceso”.

#### 1.2. De la compañía aseguradora.

La COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. –CONFIANZA S.A.-, por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, el 27 de enero de 2000, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción contractual, en contra del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA.

En el escrito de la demanda se formularon las siguientes pretensiones, que se

trascriben tal como aparecen en el texto de la demanda<sup>2</sup>:

*“1. Que se declare la Nulidad de la Resolución Nro. 1522 del 4 de Mayo de 1998, expedida por el Gobernador de Cundinamarca, mediante la cual se da por terminado el Convenio Interadministrativo No. OJ-120-97.*

*“2. Que se declare la Nulidad de la Resolución Nro. 2583 del 13 de Julio de 1998, expedida por el Gobernador de Cundinamarca, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución Nro. 1522 de mayo 4 de 1998, recurso interpuesto por ‘CODETER’.*

*“3. Que se declare la Nulidad de la Resolución Nro. 968 del 22 de Octubre de 1998, mediante la cual se adopta la liquidación unilateral del Contrato Interadministrativo de Obra No. OJ 120 de 1997, expedida por el Departamento de Cundinamarca, a través del Gerente para la Infraestructura el señor Álvaro Cruz Vargas.*

*“4. Que se declare la Nulidad de la Resolución Nro. 029 del 23 de Marzo de 1999, expedida por el Departamento de Cundinamarca, a través del Secretario de Obras Públicas, el señor Álvaro Cruz Vargas, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por ‘CODETER’, contra la Resolución 0968 del 22 de Octubre de 1998.*

*“5. Que se declare la Nulidad de la Resolución Nro. 2542 del 9 de Septiembre de 1999, expedida por el Gobernador de Cundinamarca, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por CONFIANZA S.A.*

*“6. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare que mi representada no está obligada a pago alguno referente al contrato de seguro y/o póliza de cumplimiento Nro. GU 01 02 0705147”.*

## **2. Hechos.**

Las partes de esta controversia coincidieron en los hechos que la Sala se permite resumir a continuación:

**2.1.** El 16 de diciembre de 1997, entre EL DEPARTAMENTO y CODETER se suscribió el convenio interadministrativo No. OJ 120 de 1997, *“para el mejoramiento de la carretera de la vía Útica-Caparrapí por La Liberia, Municipio de Útica”*. Se pactó un plazo de tres meses, que, mediante anexo modificatorio No. 1, de diciembre 19 de 1997, fue extendido a ocho meses.

**2.2.** Las obligaciones del contrato fueron amparadas por la Compañía Aseguradora Confianza S.A., mediante la garantía única de cumplimiento en favor de entidades estatales número 0705147, entre cuyos riesgos se encontraban el de correcta inversión del anticipo, por valor de \$171'028.033, y el de cumplimiento por valor de \$34'205.606,60.

---

<sup>2</sup> Folios 6 a 27 del cuaderno No. 3.

**2.3.** La entidad pagó a la contratista un anticipo del cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato, equivalente a la suma de \$171'028.033.

**2.4.** En virtud de que la entidad encontró que se habían *“pretermitado algunos de los procedimientos previos a la celebración del contrato interadministrativo OJ 120 de 1.997, los cuales habían sido además puestos de presente por la Procuraduría General de la Nación mediante oficio de 20 de Febrero de 1.998, con fundamento en el artículo 45 inciso 2º, de la Ley 80 de 1.993, declaró la terminación unilateral del contrato”*. La decisión, después de ser recurrida por la contratista, fue confirmada a través de la Resolución 2583 de julio 13 de 1998.

**2.5.** El contrato fue liquidado unilateralmente por la entidad mediante Resolución número 968 del 22 de octubre de 1998, la cual arrojó un saldo en contra de la contratista por valor de \$131'028.033. La Resolución fue recurrida por CODETER y confirmada a través de la Resolución 029 de marzo 23 de 1999 y también recurrida por CONFIANZA S.A., confirmada por medio de la Resolución 2542 de septiembre 29 de 1999.

**2.6.** Los incumplimientos en los cuales incurrió la contratista son constitutivos del siniestro de incumplimiento previsto en la garantía única de cumplimiento.

**2.7.** CODETER contrató la realización de la obra con otra persona jurídica escogida por el DEPARTAMENTO, *“lo cual implicó una cesión no autorizada del contrato y, consecuentemente, un incumplimiento temprano y definitivo del contrato, el cual, puede decirse, no tuvo el contratista intención de cumplir en ningún momento”*.

### **3. Normas violadas y concepto de la violación.**

#### **3.1. Expuestas por el DEPARTAMENTO.**

En síntesis, expresó lo siguiente respecto de las normas violadas y el concepto de violación:

- Que CODETER incumplió las obligaciones que, en virtud del contrato OJ 120 de 1997, tenía a su cargo, toda vez que sólo realizó algunos estudios y diseños, por lo cual se había presentado una incorrecta inversión y manejo del anticipo.
- Que CODETER al incumplir sus obligaciones vulneró el contenido de los artículos 1494 y 1602 del Código Civil.

- Que CONFIANZA S.A., incumplió la garantía única de cumplimiento, al no efectuar el pago de la póliza, aunque el siniestro se hizo exigible.
- La contratista al incumplir los deberes a su cargo, desconoció los numerales 2 y 4 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993.
- En términos del contenido del artículo 52 de la Ley 80 de 1993, tanto la contratista como la compañía aseguradora son responsables de las acciones y omisiones en la actuación contractual.

### **3.2. Expuestas por CONFIANZA S.A.**

La compañía aseguradora consideró vulneradas las siguientes normas jurídicas:

- i) El artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en virtud de que el contrato interadministrativo se encontraba viciado de nulidad absoluta y, al ser el de seguro de cumplimiento un contrato accesorio, *“se puede concluir que la nulidad pronunciada del principal incide en el accesorio, ya que el contrato de seguro pierde eficacia, es INEFICAZ”*.
- ii) Violación del deber de selección objetiva prevista en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en tanto la entidad al seleccionar al contratista, cuyas obligaciones amparó CONFIANZA, omitió el análisis y la evaluación de los factores de selección a los cuales alude esta norma;
- iii) Vulneración del artículo 1056 del Código de Comercio, por cuanto CONFIANZA otorgó el seguro de buena fe y con desconocimiento de que el contrato amparado había sido celebrado vulnerando el ordenamiento jurídico.
- iv) Violación del principio de responsabilidad consagrado en los artículos 26 y 50 de la Ley 80 de 1993, toda vez que la entidad con su actuación contraria a la ley desconoció varios de los preceptos contenidos en estas normas jurídicas.
- v) Nulidad relativa del contrato de seguro por reticencia e inexactitud en la declaración del estado del riesgo, con lo cual se vulneró el contenido del artículo 1058 del Código de Comercio.

## **4. Actuación procesal.**

### **4.1. Admisión y notificación.**

El 25 de enero de 2000, el Tribunal admitió la demanda presentada por EL DEPARTAMENTO, ordenó la notificación personal a los representantes legales de las demandadas y al Ministerio Público. En el mismo acto reconoció personería adjetiva al apoderado del DEPARTAMENTO y dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5 del artículo 207 del C.C.A.<sup>3</sup>

La demanda y sus anexos fueron entregados en la sede administrativa de CODETER el 6 de marzo de 2000<sup>4</sup> y en la sede de CONFIANZA el 6 de junio del mismo año<sup>5</sup>.

El 14 de febrero de 2000, el Tribunal admitió la demanda presentada por COFIANZA S.A.; ordenó la notificación personal al Gobernador del Departamento y al Ministerio Público y citó como litisconsorte necesario por activa a CODETER. En el mismo acto reconoció personería adjetiva al apoderado de la compañía aseguradora y dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5 del artículo 207 del C.C.A.<sup>6</sup>.

## **4.2. Contestación de las demandas.**

### **4.2.1. CODETER.**

En forma oportuna CODETER contestó la demanda, se opuso parcialmente a los hechos y expresó que fue la entidad demandante quien obstaculizó el cumplimiento del contrato y que la resolución por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato se encontraba cuestionada judicialmente y solicitó copia auténtica del expediente de ese proceso<sup>7</sup>.

En el proceso cuya demandante es CONFIANZA S.A., la cooperativa CODETER LTDA., reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda interpuesta por EL DEPARTAMENTO<sup>8</sup>.

### **4.2.2. CONFIANZA.**

La compañía aseguradora no contestó la demanda.

### **4.2.3. EL DEPARTAMENTO.**

---

<sup>3</sup> Folios 19 del cuaderno No. 1.

<sup>4</sup> Folio 21 del cuaderno 1.

<sup>5</sup> Folio 28 del cuaderno 1.

<sup>6</sup> Folios 30 del cuaderno No. 3.

<sup>7</sup> Folios 22 a 25 del cuaderno 1.

<sup>8</sup> Folios 60 y 61 del cuaderno 3.

Consideró como ciertos la mayoría de los hechos. Expresó que la demanda carece de fundamento jurídico que sustente la nulidad de las resoluciones acusadas<sup>9</sup>.

Afirmó que una eventual nulidad del contrato interadministrativo no afectaría la validez del contrato de seguro.

Formuló las siguientes excepciones:

i) Ausencia de nulidad y consecuente validez del contrato de seguro contenido en la póliza de cumplimiento expedida por la aseguradora demandante.

ii) Conocimiento por parte de la aseguradora de las circunstancias que rodearon el estado del riesgo amparado a través de la póliza de seguro.

iii) No comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios, en virtud de lo cual consideró que CODETER LTDA., debía ser vinculada al proceso.

iv) Pleito pendiente. Afirmó que se configuraba este medio exceptivo en razón de que ante el mismo Tribunal obraban tres procesos relacionados con el mismo contrato.

#### **4.3. Decreto de pruebas.**

Mediante auto de junio 22 de 2000 el Tribunal decretó las pruebas pedidas por EL DEPARTAMENTO y por CODETER y en el mismo acto reconoció personería adjetiva a los apoderados de CONFIANZA y de CODETER<sup>10</sup>.

A través de auto de junio 7 de 2001 se decretaron las pruebas pedidas en el proceso cuya demandante es CONFIANZA y demandado el DEPARTAMENTO y, además, tener como tales las pedidas en el proceso en el cual esta entidad obró como parte demandante<sup>11</sup>.

#### **4.4. Acumulación de los procesos.**

La aseguradora CONFIANZA, mediante escrito de agosto 31 de 2000, solicitó la acumulación de los procesos en los cuales, de una parte, EL DEPARTAMENTO demandó a CODETER y a CONFIANZA y, de la otra, CONFIANZA demandó al DEPARTAMENTO<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Folios 52 a 56 del cuaderno 3.

<sup>10</sup> Folios 32 a 34 del cuaderno 1.

<sup>11</sup> Folios 69 y 70 del cuaderno 1.

<sup>12</sup> Folio 45 del cuaderno 1.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de auto de septiembre 14 de 2000, decretó la acumulación de los dos procesos<sup>13</sup>.

## **5. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.**

El Tribunal Administrativo *a quo*, mediante auto de abril primero de 2004<sup>14</sup>, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

### **5.1. De CONFIANZA S.A.**

Dentro del término oportuno, CONFIANZA S.A., alegó de conclusión, reiteró los argumentos expuestos con la contestación de la demanda y, adicionalmente, sostuvo que<sup>15</sup>:

- i) Dada la naturaleza del contrato de seguros, el tomador, en aplicación del principio de la buena fe, está obligado a declarar los supuestos con fundamento en los cuales se determina el estado del riesgo.
- ii) La compañía aseguradora presumió como válido el contrato asegurado y confió en la selección que había realizado el DEPARTAMENTO, por lo cual, al encontrarse viciado de nulidad el contrato interadministrativo, también lo estaba el contrato de seguro.
- iii) El DEPARTAMENTO perseguía el cobro de lo no debido, al reclamar de su contratista el pago de intereses, toda vez que no se trataba de un contrato de mutuo.
- iv) La no terminación de la obra resultaba imputable únicamente al DEPARTAMENTO y, por ello, no era procedente exigir el pago de la indemnización de perjuicios.
- v) Se encontraba acreditada la responsabilidad de la Administración al declarar la terminación unilateral del contrato por razones imputables sólo a ella, quien, a su vez, debía indemnizar al contratista con el 100% de la utilidad esperada en el contrato.

### **5.2. EL DEPARTAMENTO.**

---

<sup>13</sup> Folios 47 y 48 del cuaderno 1..

<sup>14</sup> Folio 150 del cuaderno 3.

<sup>15</sup> Folios 153 a 165 del cuaderno 1.

La entidad en el escrito contentivo de los alegatos de conclusión, básicamente, reiteró los argumentos fácticos y jurídicos expuestos en la demanda<sup>16</sup>.

La cooperativa CODETER y el Ministerio Público guardaron silencio en aquella oportunidad.

## **6. La sentencia impugnada.**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 24 de noviembre de 2004<sup>17</sup>, a través de la cual declaró no probadas las excepciones propuestas por EL DEPARTAMENTO y denegó las demás súplicas de la demanda. Se destacan los siguientes razonamientos de la providencia impugnada:

i) Consideró que a esta Jurisdicción no le compete definir la configuración del riesgo de incumplimiento para hacer efectiva una póliza de seguro de cumplimiento *“puesto que si por cualquier razón no se reembolsó parte del anticipo entregado, la entidad debe proceder, mediante acto administrativo, a declarar la ocurrencia del siniestro de mal manejo e inversión del anticipo, por la suma faltante”*.

ii) Estimó que no le asistía razón a la compañía aseguradora por cuanto en el caso que se analizaba no había sido declarada la nulidad del contrato sino su terminación unilateral, por lo cual el contrato OJ-120-97 tuvo vigencia hasta la fecha de su terminación y también el contrato de seguro.

iii) Consideró que el cargo de violación al debido proceso no estaba llamado a prosperar, en razón de que se había expresado como soporte de una posible nulidad del contrato, lo cual no hacía parte de la litis.

iv) En el contrato interadministrativo se constituyó una garantía única, cuyo objeto, además de asegurar el cumplimiento del mismo, era garantizar el buen manejo del anticipo, por lo cual el DEPARTAMENTO, en el evento de que CODETER LTDA., no restituyera el anticipo podía obligar a la compañía aseguradora al pago de la indemnización.

v) La póliza de seguro no cubría el riesgo de terminación del contrato por nulidad absoluta, porque no se encontraba dentro del riesgo asegurable, además de que carecía de competencia para declararla.

---

<sup>16</sup> Folios 173 a 184 del cuaderno 1.

<sup>17</sup> Folios 188 a 214 del cuaderno principal.

vi) No se encontraba acreditado que las partes del contrato interadministrativo o del contrato de seguro hubieren obrado de mala fe, por lo que no podía acceder a la pretensión de nulidad del contrato de seguro, por este concepto.

## 7. El recurso de apelación.

El DEPARTAMENTO<sup>18</sup> y la compañía aseguradora CONFIANZA<sup>19</sup> recurrieron la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Los recursos presentados fueron concedidos por el a quo, en el efecto suspensivo, por auto del 22 de diciembre de 2004<sup>20</sup>.

## 8. El trámite de la segunda instancia.

Esta Corporación, a través de auto calendarado el 29 de abril de 2005, ordenó dar traslado a las partes para que sustentaran los recursos interpuestos<sup>21</sup>.

### 8.1. Del DEPARTAMENTO.

El DEPARTAMENTO en la sustentación del recurso solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia y *“proferir una nueva sentencia en la cual se acceda cabalmente a las pretensiones de la demanda que ha formulado el Departamento de Cundinamarca”*. Expuso, en síntesis, lo siguiente<sup>22</sup>:

i) Las consideraciones de la sentencia de primera instancia carecen de todo fundamento. Al respecto afirmó:

*“Las consideraciones de la sentencia de primera instancia son en consecuencia inaceptables, no solamente porque por principio general el acreedor que goza de la posibilidad de hacer efectivo un título ejecutivo por la vía del proceso ejecutivo, no se encuentra fatalmente obligado a hacer uso de este tipo de proceso y puede acudir al ordinario si lo desea, con el objeto de evitar una discusión de tipo formal sobre la existencia misma del mérito ejecutivo del título que puede en muchos casos tomar un tiempo mayor que el que toma el debate sustancial sobre la existencia del derecho, sino porque en el caso concreto de las pólizas de cumplimiento de contratos estatales, existen infinidad de circunstancias en las cuales, para la entidad estatal no es posible, o es altamente discutible que lo sea, proceder a integrar un título ejecutivo con base en la póliza al estar en entredicho su facultad de expedir el acto administrativo con el cual ha de complementar la póliza de seguro para integrar un título ejecutivo dentro del esquema del artículo 68 del C.C.A.”*

<sup>18</sup> Folio 216 del cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>19</sup> Folio 217 del cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>20</sup> Folio 221 del cuaderno principal.

<sup>21</sup> Folio 304 del cuaderno principal.

<sup>22</sup> Folios 226 a 240 del cuaderno principal.

ii) En relación con las excepciones propuestas por la aseguradora, expresó lo siguiente:

- Tanto las partes del contrato como la compañía aseguradora conocieron la forma como se realizó el proceso de contratación;
- El convenio interadministrativo no ha sido declarado nulo, asunto que sólo compete al juez del contrato y, por ende, la garantía se encuentra vigente, por cuanto, además, la declaratoria de terminación sólo tuvo ejecutoria después del vencimiento del plazo del mismo.
- En el evento de que el contrato fuera nulo, lo sería por la inobservancia de algunas formalidades y no por objeto ilícito.
- Si el contrato fuera nulo, el contrato de seguro que lo garantizó no adolece de los mismos vicios.

iii) En cuanto a la demanda de la aseguradora, afirmó:

- La pretendida nulidad del contrato de seguro falla por ausencia de los presupuestos básicos de la figura de la nulidad relativa: - no existió ocultamiento de hechos a la asegurada; - no existe prueba de que, de haber sido conocidos por el asegurado y declarados al asegurador, éste se hubiera abstenido de celebrar el contrato o lo hubiera celebrado en otras condiciones.
- No puede haber existido violación alguna al principio de responsabilidad que hubiere afectado a la aseguradora, cuando los perjuicios de haber entregado un anticipo sin recibir nada a cambio sólo fueron sufridos por la entidad pública.

## **8.2. De CONFIANZA S.A.**

En el escrito de sustentación del recurso la aseguradora solicitó que el fallo de primera instancia fuera revocado y, después de referirse a las normas que habrían sido vulneradas tanto con la celebración del contrato, como con la expedición de los actos administrativos demandados, afirmó:

*“...no tiene asidero jurídico ni fáctico, que hoy se pretenda afectar el amparo de cumplimiento, en virtud de un incumplimiento que a todas luces es inexistente, y que por lo demás no fue declarado dentro de la oportunidad que para el efecto otorga nuestro estatuto de contratación; toda vez que se está haciendo efectiva por la vía*

*contenciosa una pretensión que no fue objeto de declaración por parte de la entidad estatal en ejercicio de su función administrativa”.*

### **8.3. Admisión del recurso.**

Mediante auto del 27 de mayo de 2005, esta Corporación admitió los recursos interpuestos<sup>23</sup> y, ejecutoriado éste, mediante proveído del 22 de julio de 2005, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo.

La entidad demandada presentó su alegato de conclusión dentro del término en el cual reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación de la decisión de primera instancia<sup>24</sup>.

Asimismo, la aseguradora CONFIANZA, dentro de su escrito de alegaciones se refirió de nuevo a las normas violadas a las cuales hizo referencia tanto en la demanda como en el recurso de apelación y pidió que el fallo de primera instancia fuera revocado<sup>25</sup>.

## **2. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia.**

Dado que el litigio del cual se ocupa la Sala en esta oportunidad se originó en un contrato estatal, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75<sup>26</sup> de la Ley 80 de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias ocasionadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico y, por tanto, al haberse adoptado un criterio orgánico en la ley, serán considerados contratos estatales todos aquellos que celebren las entidades que gocen de esa misma naturaleza. En tal sentido se ha pronunciado esta Sala:

---

<sup>23</sup> Folio 254 del cuaderno principal.

<sup>24</sup> Folios 257 a 271 del cuaderno principal.

<sup>25</sup> Folios 342 a 361 del cuaderno principal.

<sup>26</sup> Artículo 75, Ley 80 de 1993. *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”*

***“De este modo, son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”***<sup>27</sup> (Negrilla fuera del texto)

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, como lo son en este caso tanto el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA como la cooperativa CODETER, por contera habrá de concluirse que los contratos que el mismo celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable<sup>28</sup>.

Esta competencia se mantuvo con la expedición de la Ley 1437 de 2011 que en su artículo 104, numeral 2º, preceptuó que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos *“relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”*.

Adicionalmente, en relación con la pretensión de nulidad de las Resoluciones acusadas, mediante las cuales se terminó y se liquidó unilateralmente el contrato OJ 120 de 1997, se precisa que éstas fueron expedidas por el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, por lo cual, no cabe duda acerca de la naturaleza de actos administrativos que se predica de las citadas decisiones.

De otra parte, se señala que esta Corporación es competente en segunda instancia, en tanto la pretensión mayor ascendió a la suma de \$171'028.033, suma que resulta superior a la exigida para que un proceso iniciado en los años 1999 y 2000 tuviera vocación de doble instancia, de conformidad con las reglas de competencia establecidas en el Decreto 597 de 1988 -\$ 18'350.000 y 26'390.000, respectivamente<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa. Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

<sup>28</sup> Afirmación que encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato, según este artículo, *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)*

<sup>29</sup> Norma aplicable, teniendo en cuenta que el recurso de apelación se interpuso el 22 de noviembre de 2000, antes de entrar en vigencia la Ley 954 promulgada el 28 de abril de 2005.

## 2. Pruebas aportadas al proceso.

En este proceso se aportaron y se practicaron las pruebas que se mencionan a continuación, todas ellas decretadas como tales por el Tribunal Administrativo a quo:

### 2.1. Documentales.

- Contrato interadministrativo número OJ 120 de 1997, celebrado entre EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA y la COOPERATIVA NACIONAL DE DESARROLLO TERRITORIAL LIMITDA –CODETER LTDA.-, cuyo objeto constituyó la construcción de un puente sobre el río Pata, sitio las palmas, vía Útica-Caparrapí, municipio de Útica. Se pactó un plazo de ejecución de tres meses, contados a partir de la fecha de suscripción del acta u orden de iniciación; un precio de \$342'056.066 y el pago de un anticipo del 50% de su valor<sup>30</sup>.
- *Modificatorio No. 1* al contrato interadministrativo No. OJ 120-97, suscrito por las partes el 19 de diciembre de 1997, mediante el cual se acordó un nuevo plazo de ejecución de ocho (8) meses<sup>31</sup>.
- Garantía única de cumplimiento número 0705147, expedida por la compañía aseguradora CONFIANZA S.A., con la cual se ampararon los riesgos de cumplimiento, de anticipo y de prestaciones sociales e indemnizaciones del contrato OJ-120-97, con vigencia entre el 17 de diciembre de 1997 y el 17 de agosto de 2001<sup>32</sup>.
- Oficio emanado de la Procuraduría Delegada para la contratación estatal, calendado el 20 de febrero de 1998, a través del cual *“solicita al señor Gobernador se pronuncie sobre la posibilidad de dar aplicación al mecanismo de TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS celebrados con las Cooperativas de la referencia durante 1997, conforme lo establece el artículo 45 inciso 2º de la misma disposición”*, en vista de que para su contratación no se había adelantado procedimiento administrativo de selección alguno<sup>33</sup>.
- Resolución número 01522 del 4 de mayo de 1998, mediante la cual se dio por terminado el contrato número OJ 120 de 1997, con fundamento en el inciso 2º del artículo 45 de la

---

<sup>30</sup> Folios 28 a 34 del cuaderno 2.

<sup>31</sup> Folio 35 del cuaderno 2.

<sup>32</sup> Folios 45 a 47 del cuaderno 5.

<sup>33</sup> Folios 36 a 38 del cuaderno 2.

Ley 80 de 1993, en razón de que “se violaron las disposiciones de los artículos 24, 29 de la Ley 80 de 1993 y 2º del Decreto 855 de 1994, esto es, fueron realizados contra expresa prohibición legal”. Al respecto se afirmó<sup>34</sup>:

*“Por la fuerza del análisis anterior, se concluye que la administración omitió en la contratación directa con la Cooperativa Nacional De Desarrollo Territorial Limitada ‘CODETER LTDA.’, el deber de la selección objetiva señalado, por cuanto sin mediar trámite administrativo, suscribió el Convenio Interadministrativo No. 120, con el objeto del ‘Mejoramiento, Carretera de La Vía Útica-Caparrapí por La Liberia Municipio de Útica’, por valor de trescientos cuarenta y dos millones cincuenta y seis mil sesenta y seis pesos (\$342'056.066) M/cte, se pretermitieron disposiciones legales de estricto acatamiento, por lo que nos encontramos frente a la causal de nulidad absoluta señalada antes, por lo que, consecuentemente, es deber de esta administración proveer su terminación unilateral y ordenar la liquidación del mismo, en el estado en que se encuentra, con el fin de determinar las obligaciones y saldos a cargo de los contratantes”.*

- Resolución número 02583 del 13 de julio de 1998, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la cooperativa CODETER y se confirmó lo decidido en la Resolución 01522 del 4 de mayo de 1998<sup>35</sup>.
- Acta de reunión número 1, llevada a cabo entre CODETER y CONFIANZA. Respecto del contrato en cuestión se expresó:

*“9. Convenio Interadministrativo No. OJ-120/97 (...).*

*“Una de las actividades a realizar en el Convenio son la elaboración del Diseño, el cual fue aprobado por la Interventoría y remitido a la Gobernación.*

*“Es importante tener en cuenta que la Gobernación expidió resolución en la cual resuelven el recurso de reposición interpuesto por CODETER por lo tanto estamos a la espera de estudio de nuestros asesores jurídicos externos con el objeto de conocer la ejecución o no del Anticipo”<sup>36</sup>.*

- Oficio fechado el 19 de diciembre de 1998, a través del cual el interventor del contrato OJ 120 97 informó al Gerente para la Infraestructura de la Gobernación de Cundinamarca que se había reunido con el contratista con el fin de discutir los términos de la liquidación de común acuerdo de este contrato y, según el cual, el contratista había manifestado que en una próxima reunión daría su aceptación para la liquidación bilateral; en el oficio el interventor expresó que “esta interventoría conceptúa que el ítem

<sup>34</sup> Folios 36 a 40 del cuaderno 2.

<sup>35</sup> Folios 41 a 49 del cuaderno 2.

<sup>36</sup> Folios 23 a 27 del cuaderno 7.

No. 1º del Contrato OJ-120/97 no justifica ninguna modificación en su valor de \$40'000.000.oo<sup>37</sup>.

- Informe final de “*interventoría para las obras que se ejecutaron en desarrollo y cumplimiento del contrato interadministrativo No. OJ-120-97*”, el cual da cuenta de que se realizaron las siguientes actividades: **a. “trabajos realizados por el contratista en el ponteadero para la construcción del puente”**: i) topografía; ii) visita técnica; iii) sondeos eléctricos verticales; iv) geotecnia; v) laboratorio de mecánica de suelos; vi) geología; vii) hidrología e hidráulica; viii) socavación; ix) diseño de fundaciones; **b. “diseño de fundaciones”**; **c. “cálculo diseño estructural”**. Describió en detalle cada una de las actividades ejecutadas y calculó que el valor de las mismas ascendía a la suma de \$40'000.000.oo<sup>38</sup>.
- Resolución número 968 de 1998, por la cual se liquidó unilateralmente el contrato OJ 120/97, con fundamento en los siguientes considerandos: i) que se entregó a la contratista un anticipo de \$171'028.033.oo; ii) que el contrato se dio por terminado unilateralmente; iii) que ante el silencio de CODETER para liquidar bilateralmente, la entidad remitió a su representante legal el borrador de acta, cuyo texto no fue compartido por él, además de que no asistió a la reunión programada para el efecto y iv) el acta da cuenta de que del contrato se ejecutó la suma de 40'000.000.oo. En la Resolución se ordenó a la contratista reintegrar la suma de \$131'028.033 y “*En el evento de que el Contratista no efectúe la devolución de la suma precitada, el Departamento realizará los trámites respectivos tendientes a hacer efectiva la póliza No. 0705147, expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. -CONFIANZA-*.”<sup>39</sup>.
- Mediante escrito calendado el 24 de agosto de 1998 la aseguradora CONFIANZA S.A., solicitó a la entidad la revocatoria directa de la Resolución número 01522 del 4 de mayo de 1998, por la cual se dio por terminado unilateralmente el contrato OJ-120 de 1997<sup>40</sup>, y, adicionalmente, recurrió lo decidido a través de la Resolución 968 de octubre 22 de 1998<sup>41</sup>.
- Oficio remitido por CODETER a la compañía aseguradora el 28 de septiembre de 1998, en relación con diversos convenios interadministrativos, del cual se destaca el aparte relativo al OJ 120/97:

---

<sup>37</sup> Folios 48 y 49 del cuaderno 5.

<sup>38</sup> Folios 50 a 74 del cuaderno 5.

<sup>39</sup> Folios 51 a 56 del cuaderno 2.

<sup>40</sup> Folios 68 a 82 del cuaderno 2.

<sup>41</sup> Folios 83 a 93 del cuaderno 2.

*“...exponemos nuestro siguiente informe, en las reclamaciones y avisos a ustedes presentados:*

*(...).*

*7- Reclamación No. OJ 120/97*

*CODETER no se encuentra de acuerdo con la liquidación presentada por el Municipio, ni por la resolución que dio origen a la terminación unilateral y por este motivo se está gestionando ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, oportunamente les aseguramos copia de la demanda respectiva”<sup>42</sup>.*

- CODETER recurrió la decisión tomada en la Resolución 968 de octubre 22 de 1998 y en respuesta al recurso EL DEPARTAMENTO lo resolvió negativamente a través de la Resolución número 029 de marzo 23 de 1999<sup>43</sup>; adicionalmente, fue confirmada por la entidad mediante la Resolución número 02542 de septiembre 9 de 1999<sup>44</sup>, en la cual resolvió el recurso interpuesto por la aseguradora<sup>45</sup>.
- Resolución número 02304 de 1999, por la cual el Gobernador del departamento de Cundinamarca se declaró incompetente para decidir la petición de revocatoria directa formulada por CONFIANZA, en virtud de que esta resolución fue demandada por la contratista<sup>46</sup>.
- Certificado de existencia y representación legal de CODETER, constituida el 12 de septiembre de 1996 por varios municipios colombianos<sup>47</sup>.
- Expediente correspondiente a proceso judicial adelantado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el cual se observa que CODETER demandó al departamento de Cundinamarca, con la pretensión de que se declarara la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales esta entidad terminó unilateralmente el contrato OJ 120 de 1997. El Tribunal Administrativo a quo, mediante sentencia calendada el 29 de agosto de 2000, decretó la perención del proceso, en virtud de que la demandante no pagó las “*expensas necesarias para notificar a la entidad demandada*”, además de que habían “*transcurrido más de 6 meses en que dicho expediente estuvo en la secretaría*”<sup>48</sup>.

## **2.2. Interrogatorio de parte.**

---

<sup>42</sup> Folios 15 a 17 del cuaderno 7.

<sup>43</sup> Folios 39 a 46 del cuaderno 4.

<sup>44</sup> Folios 62 a 66 del cuaderno 2.

<sup>45</sup> Folios 83 a 93 del cuaderno 2.

<sup>46</sup> Folios 30 y 31 del cuaderno 5.

<sup>47</sup> Folios 3 a 5 del cuaderno 2

<sup>48</sup> Cuaderno número 4.

En el interrogatorio de parte practicado por el Tribunal Administrativo a quo, al representante legal de CONFIANZA S.A., sostuvo, en síntesis: i) que conoció el texto del convenio interadministrativo cuestionado, en razón de lo cual expidió la garantía única de cumplimiento; ii) que no conoció la forma como se había llevado a cabo la contratación de CODETER; iii) que no solicitó antecedentes, en virtud de que no es costumbre que ello se haga, por cuanto el contrato se edifica sobre el principio de la buena fe<sup>49</sup>. La audiencia inicial se suspendió y en la continuación de la misma se preguntó acerca del conocimiento previo que la aseguradora tenía sobre la contratista y afirmó que no recordaba si la cooperativa tenía otros contratos con la misma aseguradora y que sí había conocido el certificado de existencia y representación legal de la misma, pero que dado el alto volumen de trabajo y su calidad de representante legal desconocía el detalle de cada riesgo amparado<sup>50</sup>.

### **2.3 Exhibición de documentos.**

El representante legal de CONFIANZA S.A., en desarrollo de la prueba decretada exhibió *“los documentos en fotocopia que le fueron solicitados a la compañía y entre ellos ‘la carátula’ de la póliza objeto de esta diligencia identificada con el No. 0705147, anotando que no existe un formulario de solicitud formal de expedición”*<sup>51</sup>.

### **2.4. Prueba testimonial.**

En el proceso fueron recibidos los siguientes testimonios:

- i) Del señor Rodolfo Mariño Rojas, quien tuvo la calidad de ingeniero residente de la interventoría; afirmó que de acuerdo con los estudios hidráulicos y el diseño de la estructura del contrato, se requería de una obra de mayor magnitud a la prevista en el contrato interadministrativo; que CODETER estuvo dispuesta y mantuvo el personal en la obra<sup>52</sup>.
  
- ii) Del señor Gustavo Lazcano Tinoco, quien además de testificar efectuó el reconocimiento del documento titulado *“INFORME FINAL DE INTERVENTORÍA TÉCNICA Y ADMINISTRATIVA”*. Sobre el conocimiento del contrato sostuvo que en el contrato actuó como director de la

---

<sup>49</sup> Folios 98 a 102 del cuaderno 5.

<sup>50</sup> Folios 111 a 115 del cuaderno 5.

<sup>51</sup> Folios 116 y 117 del cuaderno 5.

<sup>52</sup> Folios 105 a 109 del cuaderno 5.

interventoría del contrato OJ-120 del 97, sostuvo que “*Del contrato en referencia cuyo objeto era estudio, diseño y construcción solamente se realizaron los estudios y el diseño*”; afirmó que CODETER, a efectos de liquidar el contrato, solicitó un reconocimiento en razón de que el diseño correspondió a un puente de mayor tamaño, pero la interventoría no le aceptó porque se había pactado a precios unitarios; frente a la pregunta sobre el incumplimiento del contratista expresó que sólo entregó los estudios y los diseños y lo hizo de forma tardía; en respuesta a la pregunta de si CODETER había contratado la realización de la obra, respondió que sí, que lo había hecho con la firma *Oriental de Construcciones*<sup>53</sup>.

iii) Del señor Oscar Eduardo Otálora Torres, quien actuó como supervisor del contrato: éste afirmó que el contratista sólo realizó los estudios y los diseños y no la obra física; que el contratista fue requerido para que cumpliera con lo acordado en el contrato; que había contratado a una firma constructora; que le constaba que la entidad pública había tenido que volver a contratar la obra ya contratada con CODETER, ante la terminación del contrato<sup>54</sup>.

## **2.5. Pericial.**

El dictamen pericial fue remitido al Tribunal el 16 de octubre de 2001 y alude a los siguientes conceptos, cada uno con sus respectivos cálculos<sup>55</sup>:

- i) Valor indexado del saldo del anticipo que el contratista debía devolver a la entidad: \$184'797.667.
- ii) Lucro cesante, equivalente a los intereses corrientes al anticipo pendiente de reembolsar: \$ 141'239.589.
- iii) Valor del diferencial de una obra con las mismas características, a la fecha de la experticia: \$ 208'289.234.
- iv) Valor de la interventoría: \$7'742.748

El Tribunal Administrativo a quo, mediante auto de agosto 24 de 2002 ordenó dar traslado a las partes del dictamen pericial<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Folios 120 y 121 del cuaderno 5.

<sup>54</sup> Folios 129 a 132 del cuaderno 5.

<sup>55</sup> Cuaderno 6

<sup>56</sup> Folio 96 del cuaderno 1.

El apoderado de EL DEPARTAMENTO, solicitó aclaración y complementación del dictamen pericial<sup>57</sup>. El Tribunal Administrativo, por medio de auto de mayo 9 de 2002 accedió a la solicitud de aclaración y complementación del dictamen<sup>58</sup>.

Los peritos el 10 de julio de 2002 hicieron entrega de la aclaración, respecto de la forma como se había efectuado el cálculo del valor de la interventoría<sup>59</sup>. El Tribunal a quo, por medio de auto calendado el 25 de julio de 2002, ordenó dar traslado a las partes de la aclaración y complementación del dictamen<sup>60</sup> y éstas guardaron silencio.

### 3. Naturaleza jurídica del contrato OJ 120 de 1997.

Precisa la Sala que el negocio jurídico celebrado entre el departamento de Cundinamarca y la Cooperativa CODETER corresponde, dentro de las prescripciones legales, a la denominación de “*contratos o convenios interadministrativos*”, toda vez que ambas partes del contrato tenían la calidad de entidades estatales<sup>61</sup>, los cuales han sido estudiados por la Sección Tercera con el propósito de definir su naturaleza, las normas aplicables y la modalidad de acciones que se pueden impetrar en relación con ellos<sup>62</sup>, en los siguientes términos:

*“...los convenios interadministrativos son formas de gestión conjunta de competencias administrativas que asumen el ropaje del negocio jurídico y, al hacerlo, regulan intereses que aunque coincidentes son perfectamente delimitables, por tanto se trata de relaciones en las que mínimo participan dos partes. Adicionalmente, mediante este instrumento se crean vínculos jurídicos que antes de su utilización no existían y que se traducen en obligaciones concretas. Finalmente, dichas obligaciones son emanaciones de los efectos jurídicos que puedan llegar a desprenderse, son un reflejo directo de las voluntades involucradas.<sup>63</sup> Esta conclusión es concordante con la aplicación de las normas en materia de contratación estatal<sup>64</sup> y, por ende, la utilización de iguales cauces judiciales para*

---

<sup>57</sup> Folio 97 del cuaderno 1.

<sup>58</sup> Folio 107 del cuaderno 1.

<sup>59</sup> Folios 118 a 120 del cuaderno 1.

<sup>60</sup> Folio 128 del cuaderno 1.

<sup>61</sup> El artículo 2º de la Ley 80 dispuso que los departamentos tenían la calidad de entidades estatales y a su vez en el párrafo de este mismo artículo se consagró que “*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*”. En este caso, CODETER estaba conformada por varios municipios, es decir, tenía el carácter de entidad estatal.

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2009, Radicación Número: 25000-23-24-000-2000-00754-01(35476), Actor: Asociación Nacional de Transportadores del Sur-Asonal-Transur, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero

<sup>63</sup> Cfr. BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Granada, Editorial Comares. 2000.

<sup>64</sup> La legislación colombiana en materia de contratación estatal no hace mención directa de la figura del convenio interadministrativo, la aplicación de las normas en la materia se hace haciendo extensivas a éstos la regulación de los llamados contratos interadministrativos como categoría más amplia, entendiendo que existe una relación género –especie. Este tipo contractual, cuya particularidad sin duda se encuentra en la naturaleza de los sujetos (administraciones públicas) encuentra poco desarrollo, se

*solucionar las controversias o las dudas sobre la legalidad que puedan llegar a surgir. Por ende, la sala considera que la acción contractual es la vía procesal adecuada para someter a conocimiento del juez contencioso administrativo las controversias que se deriven de los llamados convenios interadministrativos al ser estos una manifestación de la llamada actividad comercial de la administración pública”<sup>65</sup>.*

La Sala reitera en esta oportunidad que los “convenios interadministrativos” cuando quiera que, como en el asunto *sub judice*, involucran prestaciones patrimoniales, asumen idéntica naturaleza obligatoria y, en consecuencia, idénticos efectos vinculantes y judicialmente exigibles en relación con los que se predicán de cualquier otro “acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación patrimonial”, en los términos del artículo 864 del Código de Comercio. Sobre el tema se ha pronunciado la jurisprudencia de la Sección Tercera, así:

*“En tal sentido, si bien es cierto que en la práctica de las relaciones que se establecen en desarrollo de las actividades de la Administración se suele utilizar en algunas oportunidades la misma denominación, ‘convenios interadministrativos’, para calificar otro tipo de negocios que no corresponden a su naturaleza y efectos – como los acuerdos interorgánicos<sup>66</sup> y como aquellos en los que se presenta un concurso de voluntades, pero que no generan obligaciones susceptibles de ser exigidas jurídicamente– en realidad, los convenios en los cuales las partes se obligan patrimonialmente constituyen contratos en toda la extensión del concepto y con todos los efectos de esa particular institución jurídica.*

*“Así, el principal efecto de los ‘convenios interadministrativos’, al igual que el de los demás contratos, es el de crear obligaciones que sólo se pueden invalidar o modificar por decisión mutua de los contrayentes o por efecto de las disposiciones legales, tal y como claramente lo dispone el artículo 1602 del Código Civil<sup>67</sup>; se advierte entonces que si en un convenio o contrato interadministrativo debidamente perfeccionado, en el cual han surgido las obligaciones correspondientes, una de las partes no cumple con los compromisos que contrajo, tal parte está obligada a responder por ello, salvo que la causa de su falta de cumplimiento encuentre justificación válida. En ese orden de ideas, otro efecto determinante que surge de los convenios referidos, es aquel que se denomina en la doctrina jurídica denomina como integración<sup>68</sup>, el cual encuentra concreción en los artículos 1603 del Código*

---

menciona dentro de los supuestos en los que puede prescindirse de la licitación pública y contratar directamente. Ver. Artículo de la Ley 1150 de 2007.

<sup>65</sup> Artículo 87 del C.C.A.: “De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones y condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas”.

<sup>66</sup> A. R. CHÁVEZ, “Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual”, Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, p. 128 “El acuerdo interorgánico constituye un compromiso funcional que surge de una relación de cooperación, coordinación o apoyo establecida entre dos o más órganos de una misma persona jurídica pública, con el objeto de llevar adelante actividades de interés de las dependencias correspondientes o de garantizar el logro de fines comunes.”

<sup>67</sup> “Artículo 1602.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”

<sup>68</sup> M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 471. Este autor, entre otros muchos, consideran el fenómeno de la integración como el medio de intervención de la voluntad pública en las

*Civil<sup>69</sup> y 871 del Código de Comercio<sup>70</sup>, en cuya virtud hacen parte de los contratos o convenios, a título de obligaciones y derechos, al lado de aquello que las partes acordaron expresamente, todo lo que, de acuerdo con su naturaleza, emerja de la ley, de la buena fe, de la costumbre y de la equidad, como elementos que adicionan el contenido y los efectos del negocio jurídico respectivo.*

*“En atención a lo anterior y en relación específicamente con lo que interesa para el caso concreto, se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley<sup>71</sup>; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales”<sup>72</sup>.*

En relación con el procedimiento administrativo de selección, de conformidad con la letra c del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época en la cual se celebró el contrato OJ 120 de 1997, debía adelantarse el procedimiento de contratación directa y al mismo se refería el reglamento en el artículo 7º del Decreto 855 de 1994, cuyo texto es el siguiente:

*“Artículo 7º.- Los contratos interadministrativos, es decir, aquellos que celebren entre sí las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, con excepción de los contratos de seguro, encargo fiduciario y fiducia pública, se celebrarán directamente. Cuando fuere del caso y de conformidad con lo dispuesto por las normas orgánicas de presupuesto serán objeto del correspondiente registro presupuestal.*

*“La publicación de tales contratos se llevará a cabo en el **Diario Oficial**, siempre que intervenga una entidad estatal de carácter nacional. En caso contrario, y cuando*

---

relaciones contractuales particulares, lo cual significa que al lado de las determinaciones convencionales que tienen fundamento en el acuerdo de las partes, es necesario considerar las prescripciones que tienen título en la ley o en las otras fuentes externas al contrato.

<sup>69</sup> “Artículo 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.”

<sup>70</sup> “Artículo 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

<sup>71</sup> Ley 489 de 1998, “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.”

<sup>72</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de junio 23 de 2010, expediente 17860, M.P. Mauricio Fajardo Gómez (E).

*intervenga entidades departamentales, se publicarán en la Gaceta Oficial Departamental o en defecto de la misma en el medio previsto para el efecto. Si solo participan entidades municipales se publicarán en la respectiva gaceta municipal, o a falta de ésta, en el medio de divulgación previsto para el efecto.*

*“En todo caso, cuando intervengan entidades del mismo orden y de diferente jurisdicción, la publicación se efectuará en el medio de divulgación que corresponda a los contratos de cada una de ellas”.*

#### **4. La contratación directa y los principios de la contratación estatal.**

Dispone el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal deben ceñirse a los principios de transparencia, de economía y de responsabilidad, así como a los postulados que rigen la función administrativa, lo cual significa que esa función está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad<sup>73</sup>. Al principio de transparencia se ha referido la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación en diversas oportunidades<sup>74</sup>.

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993<sup>75</sup>, con el propósito de garantizar el principio de transparencia y después de consagrar como regla general que la escogencia del contratista debía hacerse a través de licitación pública, señaló diversos tipos de contratos y situaciones en las cuales se podía contratar directamente, una de los cuales corresponde a los contratos interadministrativos, al cual aludía la letra c del numeral 1 del artículo 24 de esta Ley, posteriormente derogado por el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en cuyo numeral 4, letra c, hace referencia a este específico tipo contractual.

El Decreto 855 de 1994 reglamentó la contratación directa y de conformidad con los dictados del artículo 2º, en esta forma de contratación debían tenerse en cuenta los principios de transparencia y de economía, así como el deber de selección objetiva, como ha sido puesto de presente por la Jurisprudencia de esta Sección, en los términos que se transcriben a continuación:

##### **“2.2.2.- La contratación directa.**

*“Constituye una forma de escogencia del contratista, excepcional a la regla general de la licitación, mediante un procedimiento administrativo distinto al previsto para la referida regla general, de ordinario y en contraste con aquella, más ágil y expedito, atendiendo las circunstancias de cada caso particular según lo indicado por la ley,*

<sup>73</sup> Artículo 209 de la Constitución política.

<sup>74</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de marzo 24 de 2011, Expediente 18118, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>75</sup> Ya derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

*pero sin que ello signifique, en modo alguno, que la aplicación de este procedimiento faculte a la Administración para apartarse de los principios que orientan su actividad, en general y el régimen de contratación estatal, en particular.*

*(...)*

*(...) el hecho de que la norma legal no hubiere consagrado un procedimiento claro y preciso para la contratación directa, por parte de las entidades estatales, no constituye razón justificativa alguna para que las mismas procedan a seleccionar discrecionalmente a los contratistas, toda vez que la Constitución Política y las leyes vigentes (Ley 80 de 1993) les imponen el deber de aplicar los principios que orientan la actividad contractual y la actividad administrativa en general.*

*“Queda entonces claramente establecido que tanto la licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la ley de contratación, los cuales, en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso.*

***“2.3.- Los principios que rigen la selección de los contratistas por parte de las entidades estatales.***

*“Independientemente del procedimiento de selección del contratista que la ley ha establecido, según cada caso, existen muchos y variados principios de linaje constitucional y legal que informan la actividad contractual como función administrativa que es, los cuales, además, cumplen la función de incorporar en el ordenamiento positivo los valores éticos que deben orientar cada una de las actuaciones que adelantan las entidades del Estado.*

*“El procedimiento no puede confundirse con los principios que lo orientan, por esto, con justificada razón, la doctrina nacional autorizada ha sostenido que, ‘los principios de la contratación estatal son sustancialmente distintos a los simples y formales procedimientos administrativos de escogencia del contratista’. Así mismo, ha dicho que “El procedimiento es tan sólo un medio para garantizar los principios.”<sup>76</sup>*

*“Con arreglo a los postulados del artículo 4º constitucional, a cuyo tenor ‘la Constitución es norma de normas’ y ‘en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales’, resulta claro que la Constitución como norma de jerarquía superior, así como los principios que de ella emanan, se proyecta sobre la totalidad del ordenamiento jurídico, incluidas en el tanto las leyes y los actos que se asimilan a ella, como también, todos los demás actos jurídicos<sup>77</sup>, de tal suerte que no pueden concebirse sino con base en los principios constitucionales.*

*“La Carta Suprema en su artículo 209<sup>78</sup> ordena que el ejercicio de la función administrativa se encuentra sometido a los principios de igualdad, de moralidad, de*

---

<sup>76</sup> Original de la Sentencia en cita: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Contratación Indevida, Universidad Externado de Colombia, 2004, Bogotá, pág. 226.

<sup>77</sup> Original de la Sentencia en cita: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, “Derecho Administrativo”, 14ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 2005, Pág. 236.

<sup>78</sup> Original de la Sentencia en cita: “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (...).”

eficacia, de economía, de celeridad, de imparcialidad y de publicidad, razón por la cual en la medida en que la contratación estatal puede identificarse como una actividad administrativa, necesariamente deben aplicársele estos mismos principios, sin perjuicio de muchos otros que también forman parte del texto constitucional y que revisten enorme importancia en relación con las actividades de las entidades del Estado.

“Uno de tales principios, por ejemplo, es el de legalidad previsto en los artículos 6 y 121 de la Constitución Política, según el cual, todas las actuaciones que adelanten las autoridades del Estado deben estar previamente atribuidas por la Constitución Política y la ley; este principio fundamental en modo alguno podría considerarse ajeno a la actividad contractual del mismo Estado, puesto que sólo en la medida en que las actuaciones que adelanten las entidades públicas, durante las etapas de selección de los contratistas o durante la ejecución de los contratos se ajusten rigurosamente al ordenamiento jurídico, se podrán tener por válidos los actos y contratos correspondientes.

“De la misma manera el principio de prevalencia del derecho sustancial que la Carta Política consagra en su artículo 228, aunque podría considerarse rector de la Administración de Justicia, indudablemente resulta de importante aplicación en relación con el ejercicio de la función que cumplen las autoridades administrativas, de tal suerte, que si en ese campo se presenta alguna colisión entre aspectos o regulaciones de índole objetiva para con el derecho sustancial, éste está llamado a prevalecer.

“También es posible identificar otros principios de orden legal que orientan la actividad contractual de la Entidades Estatales, como por ejemplo aquellos previstos expresamente por la Ley 80, como el de transparencia, el de economía y el de responsabilidad, los cuales no pueden concebirse como únicos o exclusivos, es decir, ellos no agotan la totalidad de los principios que deben tenerse en cuenta en el desarrollo de la actividad contractual de los entes públicos, por cuanto hay muchos otros como el de la buena fe, el de la libre competencia, el de selección objetiva, que son consustanciales a aquellos, en la medida en que dependen uno del otro, como a continuación se analizará.

“(...)

#### **“2.3.4.- El principio de selección objetiva.**

“(...)

“(...) en aplicación de este principio, la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o **contratación directa; en consecuencia, la escogencia de un ofrecimiento que no haya logrado la máxima puntuación, obedecería a criterios diferentes a los plasmados en los documentos que rigieron la selección, lo cual viciaría de nulidad tanto el acto de adjudicación como el contrato celebrado bajo estas condiciones, en razón de haberse desconocido el principio de selección objetiva.**

“Este principio no puede concebirse como algo independiente de los principios de transparencia, publicidad, igualdad, imparcialidad y buena fe, que son de la esencia de la contratación estatal, en la medida en que, el principio de selección objetiva se sirve de aquellos para cumplir su finalidad.

*“En efecto, en los pliegos de condiciones se establecen las reglas de juego que deben servir de fundamento para la selección del contratista y la futura contratación; en consecuencia, tales documentos deben contener reglas claras, objetivas e imparciales para que los interesados participen en igualdad de condiciones, así como deben contener los criterios de selección y la ponderación precisa, detallada y completa de los mismos, con sujeción a lo cual debe realizarse la evaluación comparativa de las ofertas.*

*“Dichas reglas deben ser puestas en conocimiento de todos los interesados en participar, sin que sea posible modificarlas al momento de efectuar la selección del contratista, con lo cual se honran los principios de transparencia, publicidad, igualdad, imparcialidad y buena fe. Pero además, las reglas contenidas en los pliegos de condiciones constituyen el fundamento para la valoración de los ofrecimientos hechos y la selección del contratista que sólo será objetiva si se cumplen a cabalidad.*

***“La selección objetiva del contratista, en el procedimiento de contratación directa, debe aplicarse con el mismo rigor y alcance que le son propios, sin que pueda confundirse la observancia de dicho principio con el solo hecho de haber exigido pluralidad de ofertas, pero dejando de lado el aspecto más importante, cual es el consistente en que, antes de adelantar el procedimiento administrativo de selección inspirado por los principios de transparencia y de selección objetiva, la entidad pública debe fijar las pautas, criterios y reglas que serán aplicables al momento de evaluar las ofertas y, con arreglo a ellas, elegir la más favorable.***

*“(…)*

***“2.4.- La aplicación de los principios de la contratación en la modalidad de la contratación directa.***

***“En el acápite anterior se manifestó insistentemente que la entidades públicas están obligadas a respetar los principios que orientan la actividad contractual, no sólo cuando la selección del contratista se cumple mediante el procedimiento de la licitación o concurso públicos, sino también cuando se adelante a través de la modalidad de contratación directa, puesto que esta forma de escogencia del contratista, debe obedecer por igual a criterios objetivos y de interés general, con el fin de que el ofrecimiento seleccionado sea el más beneficioso para la entidad, sin que sea posible que los funcionarios encargados de la contratación, de manera discrecional, se eximan de su aplicación y procedan a seleccionar el contratista movidos por razones de índole subjetiva o de interés o conveniencia particular.”*<sup>79</sup> (Negrillas por fuera del original).<sup>80</sup>**

## **5. La nulidad absoluta de los contratos estatales.**

Para que el contrato sea plenamente válido se requiere el cumplimiento tanto de los requisitos establecidos en las normas que regulan la contratación estatal, según las cuales el interés general prima frente a la autonomía de la voluntad, como de aquellos previstos en el derecho privado a los cuales remite el propio Estatuto de Contratación de la Administración Pública, desde luego,

<sup>79</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de agosto 29 de 2007, Expediente 15324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>80</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de agosto 29 de 2007, Expediente 15324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

adaptados a los principios de la contratación estatal.

Al tenor de lo prescrito por el artículo 1502 del C.C., para que un contrato sea válido se requiere que concurren las siguientes condiciones:

- a) Consentimiento de las partes exento de vicios (ordinal 2)
- b) Causa lícita (ordinal 4)
- c) Objeto lícito (ordinal 3)
- d) Capacidad de las partes contratantes (ordinal 1)
- e) Cumplimiento de algunos requisitos o formalidades que la ley impone, básicamente en atención a la calidad o estado de las personas que lo celebran<sup>81</sup>.

Por su parte, las normas de la Ley 80, expedida en el año 1993, contentiva del Estatuto que regula la actividad contractual de la Administración Pública, establecen diversas ritualidades, requisitos y exigencias para la formación del contrato, cuya omisión podría dar lugar a que éste resultara viciado de nulidad.

En términos generales cabe mencionar que los requisitos que debe cumplir el contrato estatal para que se encuentre ajustado al ordenamiento jurídico y goce de las condiciones de validez, atañen a: *i)* la capacidad de las partes intervinientes, cuestión que se predica de los particulares en tanto que es la competencia el factor a examinar en relación con las entidades estatales contratantes y sus respectivos servidores públicos; *ii)* la observancia de los procedimientos de selección del contratista; *iii)* la licitud del objeto; *iv)* la licitud de la causa, en la cual puede entenderse incluido el aspecto relacionado con la desviación de poder y *iv)* la ausencia de vicios respecto del consentimiento.

Como ha sido expresado por la Jurisprudencia<sup>82</sup>, en el Estatuto de Contratación Estatal existe un régimen legal expreso acerca de la nulidad absoluta de los contratos en cuya celebración participan o intervienen las entidades del Estado, el cual se encuentra contenido en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 expedida en el año de 1993; es por ello que en esta específica materia no hay lugar a acudir a las previsiones del artículo 13 de la misma Ley 80 para efectos de aplicar –en la contratación estatal–, la normatividad

---

<sup>81</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 20 de agosto de 1971.

<sup>82</sup> Véase, entre otras, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de julio ocho (8) de dos mil nueve (2009), Expediente 15004, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de julio veintidós (22) de dos mil nueve (2009), Expediente 16106, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de marzo dieciocho (18) de dos mil diez (2010), Expediente 14390, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

que en los Códigos de Comercio o Civil, según fuere el caso, contienen el régimen de las nulidades absolutas de los contratos puesto que –bueno es reiterarlo-, cuando el propio Estatuto de Contratación Pública se ocupa de regular un determinado asunto, sus disposiciones tienen preferencia en su ámbito, cuestión que no obsta para sostener, como lo ha hecho la Sala<sup>83</sup>, que las propias normas legales especiales que en la Ley 80 regulan esta materia ordenan la incorporación, a este cuerpo normativo, de las disposiciones legales del Código Civil que contienen las causales de nulidad absoluta de los contratos.

En punto de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, el artículo 44 de la referida Ley 80 determina:

*“Artículo 44.- De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*

- 1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*
- 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;*
- 3. Se celebren con abuso o desviación de poder;*
- 4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*
- 5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley”.*

Así las cosas, se impone puntualizar que los contratos estatales serán nulos entonces, de manera absoluta, *i)* en aquellos eventos establecidos en el Código Civil como constitutivos de la nulidad absoluta de los actos o contratos, según las previsiones de sus artículos 6 y 1741 y *ii)* en los casos específicamente determinados en los diferentes numerales del transcrito artículo 44 de la Ley 80.

De esa manera, al integrar en un solo y único listado tanto las causales de nulidad absoluta de los contratos previstas en los artículos 6 y 1741 del C. C., como las causales de nulidad absoluta especificadas a lo largo de los numerales que contiene el artículo 44 de la Ley 80 de

---

<sup>83</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007); Expediente número: 850012331000030901; Radicación número: 15324 C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Expediente número: 850012331000030901; Radicación número: 15324; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

1993, resulta posible concluir que las siguientes son las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales:

Artículo 6 del Código Civil:

a) Los contratos celebrados “*contra expresa prohibición de la ley*”.

Artículo 1741 del Código Civil:

b) Ilícitud en el objeto;

c) Ilícitud en la causa;

d) “*omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan*”;

e) Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración.

Artículo 44 de la Ley 80 de 1993:

f) Celebración del contrato con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley;

g) Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal;

h) Celebración del contrato con abuso o desviación de poder;

i) Declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y

j) Celebración del contrato con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la propia Ley 80.

Desde luego, hay lugar a señalar que aquellas causales de nulidad absoluta de los contratos estatales que provienen del Código Civil, por la incorporación que de las mismas dispuso a la Ley 80 la parte inicial de su artículo 44, sin perjuicio de adaptarlas a algunos de los principios que regulan y orientan tanto la contratación pública como el Derecho Administrativo en general, deberán ser interpretadas y aplicadas en los términos en que las mismas han sido entendidas tanto por la Jurisprudencia que al respecto ha construido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, como por la doctrina desarrollada a partir, precisamente, del estudio de las normas que integran esa codificación y en idéntico sentido habrá que concluir que en este

campo también serán aplicables aquellas otras disposiciones legales contenidas en el Código Civil que se ocupan de precisar el sentido y el alcance de las nociones que sirven para estructurar las causales de nulidad absoluta consagradas en los artículos 6 y 1741 de ese cuerpo normativo (como el caso de la ilicitud en el objeto, la ilicitud en la causa, la incapacidad absoluta, entre otras; artículos 1503, 1504, 1517, 1518, 1519, 1521, 1523, 1524 C.C.).

En el presente caso EL DEPARTAMENTO, en el acto administrativo a través del cual declaró la terminación del contrato OJ 120 de 1997, afirmó que en tanto la entidad al escoger como contratista a la sociedad demandada pasó por alto las exigencias propias del procedimiento administrativo de selección, este contrato se encontraba viciado de nulidad absoluta por expresa prohibición legal; así pues, interesa al *sub lite*, examinar la causal de nulidad absoluta que se configura en el evento de que la entidad, al seleccionar a su co-contratante, eluda los procedimientos de selección.

## **6. El asunto sometido a examen.**

Según se expuso, EL DEPARTAMENTO y la aseguradora CONFIANZA S.A., apelaron la decisión de primera instancia y solicitaron que les fueran resueltas favorablemente sus pretensiones.

En primer lugar se ocupará la Sala de analizar los cargos formulados por la Compañía Aseguradora Confianza S.A., y a continuación se ocupará del estudio de las pretensiones contenidas en la demanda presentada por el Departamento de Cundinamarca.

### **6.1. La nulidad del contrato OJ 120 de 1997.**

No se observa en el proceso elemento probatorio alguno que dé cuenta de que se hubiere adelantado por parte de la entidad contratante el procedimiento de selección que diera cuenta, entre otras, de las siguientes actividades: i) la realización de estudios en los que se soportara la necesidad de efectuar la contratación, a los cuales alude, entre otros, el artículo 25 numeral 12 de la Ley 80; ii) justificación del contrato interadministrativo, en comparación con otros tipos contractuales y otros procedimientos de selección; iii) consagración de unas reglas claras, objetivas e imparciales que permitiesen a CODETER participar y ser seleccionada, respetando el principio de selección objetiva, como tampoco unos criterios de selección y de ponderación del o de

los ofrecimientos; iv) invitación a formular propuesta para la realización de la obra; iv) rastros de que se hubiere presentado propuesta o de que ésta hubiere sido evaluada y con base en esta evaluación se hubiere seleccionado la presentada por la cooperativa CODETER.

Encuentra la Sala que para la celebración del mencionado contrato se pretermitió el procedimiento de selección objetiva, lo cual dio lugar a la vulneración de los principios de transparencia, igualdad, libre concurrencia, planeación y selección objetiva que deben orientar la contratación estatal, con lo cual se evidencia que el contrato OJ 120 de 1997 careció de uno de los elementos necesarios para su validez, en razón de que no se observó el procedimiento determinado por la ley para la selección del contratista.

Se precisa que si bien el procedimiento administrativo de selección era el de contratación directa, como antes se señaló, ello no constituía un motivo para pasar por alto el análisis obligado de factores de selección y evaluación de conveniencia, capacidad, idoneidad, experiencia, entre otros, de conformidad con las previsiones del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, toda vez que a los contratos o convenios interadministrativos les aplican los principios rectores de la función pública y, en particular, los de la contratación estatal.

La circunstancia anterior da lugar a la configuración de las causales de nulidad previstas en los artículos 6 y 1519 del Código Civil, la primera, originada en los actos ejecutados contra expresa prohibición legal, cualquiera sea la naturaleza de la norma, de derecho público o de derecho privado, la segunda, referida a los vicios que se generan en todo aquello que contraviene al derecho público en particular, ambas causales incorporadas a la Ley 80 de 1993, en virtud de lo normado en el primer inciso del artículo 44-, consistente en la vulneración de normas legales de orden público, más concretamente, de aquellas que condicionan el procedimiento de formación del contrato y, de manera más precisa, de la prohibición general contenida en el ordinal 8º del artículo 24 de la mencionada Ley 80, en el sentido de que les está prohibido a las entidades estatales eludir los procedimientos administrativos de selección objetiva de sus contratistas, lo cual acarrea su nulidad por objeto ilícito porque de acuerdo con el citado artículo 1519 es esta la causal que se configura cuando un acto o un contrato contraviene al derecho público de la nación.

En ocasiones anteriores esta misma Sala ha declarado la nulidad absoluta del contrato, en razón de haberse pretermitido el procedimiento administrativo de selección, tratándose de contratación directa. En efecto, así se pronunció la Sala:

*“(...) encuentra la Sala que en la celebración de los mencionados contratos se pretermitieron los procedimientos de selección objetiva, lo cual dio lugar a la vulneración de los principios de transparencia, igualdad, libre concurrencia, planeación y selección objetiva que deben orientar la contratación estatal, con lo cual se evidencia que los contratos de prestación de servicios de salud carecieron de uno de los elementos necesarios para su validez, en razón de que no se observó el procedimiento determinado por la ley para la selección del contratista.*

*“La circunstancia anterior da lugar a la configuración de la causal de nulidad prevista en el artículo 6 del Código Civil –incorporada a la Ley 80 de 1993, en virtud de lo normado en el primer inciso del artículo 44-, consistente en la vulneración de normas legales de orden público, más concretamente, de aquellas que condicionan el procedimiento de formación del contrato y, de manera más precisa, de la prohibición general contenida en el ordinal 8 del artículo 24 de la mencionada Ley 80, en el sentido de que les está prohibido a las entidades estatales eludir los procedimientos administrativos de selección objetiva de sus contratistas, lo cual acarrea su nulidad por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común es esta la causal que se configura cuando un acto o un contrato contraviene al derecho público”<sup>84</sup>.*

En el presente caso, teniendo en cuenta que ha quedado plenamente demostrado que el contrato OJ 120 de 1997 se encuentra viciado de nulidad absoluta, en razón de que la Ley 80 de 1993 impone que sus contratistas sean seleccionados a través de los procedimientos previstos en la misma norma y que, asimismo, concurrieron al proceso las dos partes que celebraron los referidos negocios, procederá la Sala oficiosamente a efectuar la correspondiente declaratoria de nulidad absoluta de tal contrato.

Si bien la declaratoria de nulidad absoluta del contrato OJ 120 de 1997 no hizo parte de las pretensiones, ésta será oficiosamente declarada por la Sala, toda vez que *“La naturaleza de orden público propia de las normas que regulan y determinan la competencia, sea ésta de carácter jurisdiccional<sup>85</sup> o administrativa<sup>86</sup>, exige el control de su ejercicio para evitar*

---

<sup>84</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de octubre 30 de 2013, Expediente 21487.

<sup>85</sup> En este sentido, el artículo 6º del C. de P. C. dispone: *“Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. “Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas.”*

<sup>86</sup> Al respecto, los artículos 121 y 122 de la Constitución Política, prescriben, en su orden: Art. 121: *“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.”*

que sus límites se transgredan, así este aspecto no se constituya como pretensión, comoquiera que la incompetencia se erige en la más grave ilegalidad<sup>87,88</sup>.

## 6.2. La nulidad absoluta del contrato OJ 120 de 1997 y el contrato de seguro.

Sostuvo la compañía aseguradora que en tanto el contrato asegurado se encontraba viciado de nulidad, también el contrato de seguro, a través del cual se ampararon las obligaciones surgidas del mismo, estaba afectado de nulidad, en virtud de lo cual no era posible hacerle exigible a CONFIANZA pago alguno derivado de la garantía única de cumplimiento.

Toda vez que el contrato OJ 120 de 1997 se encuentra viciado de nulidad, analizará la Sala el cargo formulado por la compañía aseguradora.

En este caso, encuentra la Sala que si bien se celebraron dos contratos vinculados entre sí –el contrato interadministrativo y el contrato de seguro-, se trató de diferentes negocios jurídicos, cada uno de los cuales gozaba de individualidad y se regía por normas propias. Esta interdependencia ha sido explicada a través de la figura de la *coligación negocial*, de la cual se ocupó recientemente la jurisprudencia de esta Sala, en los términos que se transcriben a continuación:

*“(...) a pesar de que no existe una definición unánime acogida por la doctrina en cuanto hace al fenómeno de la coligación negocial, a partir de los diferentes conceptos que sobre la materia se han elaborado es posible concluir que para identificar su existencia se requiere al menos de la concurrencia de dos elementos estructurales, sin los cuales esta figura del derecho no podría llegar a configurarse; uno, la presencia de dos o más contratos y, el otro, el nexo entre ellos<sup>89</sup>, el cual,*

---

Art. 122: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”

<sup>87</sup> La doctrina ha expuesto sobre el tema: “**De todas las formas de ilegalidad [la incompetencia], es la más grave: los agentes públicos no tiene (sic) poder sino con fundamento en los límites de los textos que fijan sus atribuciones; más allá, ellos dejan de participar en el ejercicio de la potestad pública. Es por lo que las reglas de competencia son de orden público: la incompetencia debe ser declarada de oficio por el juez, incluso si el demandante no la ha invocado en apoyo de su demanda. Ella no puede ser convalidada por la aprobación ulterior de la autoridad competente**”. (Resalta la Sala) (RIVERÓ, Jean: Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984. P.274)

<sup>88</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 29 de 2007. Exp. 15.324.

<sup>89</sup> En este punto debe precisarse que para algunos doctrinantes, como es el caso de Ana López Frías, la coligación como fenómeno jurídicamente relevante únicamente se presenta cuando el vínculo que une a

pese a vincularlos entre sí, no da lugar a la conformación de un solo negocio jurídico<sup>90</sup>, es decir, no anula la naturaleza y autonomía de cada uno de los contratos que intervienen en la relación negocial, los cuales, por tanto, mantienen su individualidad y se siguen rigiendo por las normas del derecho que le sean propias.

“(...).

“Ahora bien, de conformidad con lo anterior, para efectos de determinar la existencia, o no, de una coligación o conexión negocial, se hace necesario identificar si las relaciones contractuales que existen determinan el surgimiento de un solo contrato o de varios contratos articulados entre sí. Para tales efectos la doctrina ha propuesto varias soluciones, las cuales han sido agrupadas en tres categorías según el elemento en el que se fundan: subjetivo, objetivo o mixto; sin embargo, el criterio mayoritario es aquel que se inclina a favor de la tesis que se basa en el aspecto objetivo o de la causa del contrato<sup>91</sup>. Así lo expone el tratadista Luigi Cariota Ferrera:

*‘... según que se funden en el elemento subjetivo (voluntad de las partes), o sobre éste integrado con un elemento objetivo (conexión económica de las prestaciones), o sobre un elemento objetivo. Descartadas las dos primeras categorías se debe, en nuestra opinión, entre las tesis reagrupadas en la tercera, **decidirse por la que recurre a la causa**, más bien que por la que establece el criterio decisivo de la relación entre las diversas prestaciones. La preferencia se encuentra, en nuestra opinión, en **la mayor seguridad que existe al basarse en un elemento objetivo como es, al menos para nosotros, la causa, y además en la mayor amplitud del concepto de causa, respecto al de relación entre prestaciones, el cual, por definición, se limita a los negocios patrimoniales, mientras que el problema puede ir más allá de éstos. Así que, aplicando el concepto de causa, el supuesto de hecho hay que considerarlo como constituyendo un único negocio si la causa es única (aunque conste de la conmixión o fusión de varias causas) y, por el contrario, constituyendo varios negocios si se presentan varias causas autónomas y distintas**’<sup>92</sup>. (Destaca la Sala).*

“En ese mismo sentido, el tratadista Francesco Messineo expone:

*‘B) Los ejemplos propuestos sugieren un problema diverso: cómo se distingue el contrato unitario con contenido complejo (nominado o innominado) de una suma de contratos que sean materialmente conexos, excluyendo por otra*

---

los diferentes contratos es funcional y no cuando se está en presencia de un vínculo meramente genético u ocasional. Op. cit., pág. 273.

<sup>90</sup> Para los efectos de la coligación negocial, cuando se habla de negocios jurídicos deben entenderse comprendidos únicamente los contratos, pues es en razón de su unión y no de la de otros negocios jurídicos que puede surgir esta figura de derecho, por lo cual de suyo queda excluida “la vinculación entre negocios jurídicos que no sean contratos (por ejemplo, los casos en que el testamento presenta cualquier tipo de relación con otro negocio jurídico)...”. Al respecto ver LÓPEZ FRÍAS. Ana, “Los contratos conexos (estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal)”, España, José María Bosch Editor, 1994, pág. 273.

<sup>91</sup> En este sentido ver: MESSINEO. Francesco, Op. cit., pág. 392 a 394; MASSIMO. Bianca, Op. cit., pág. 504; LOPEZ FRIAS. Ana, Op. cit., págs. 276 a 281.

<sup>92</sup> CARIOTA FERRERA. Luigi. “El negocio jurídico”, pág. 262 y 263.

Tomado de Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del 25 de septiembre de 2007. Exp. 11001-31-03-027-2000-00528-01.

parte que la unidad pueda afirmarse en virtud de la mera unidad de documento contractual o, respectivamente, que se pueda deducir la pluralidad de contratos de la pluralidad de documentos contractuales (...).

***'Tampoco el criterio de unidad de la contraprestación parece decisivo (22). El criterio al que debe recurrir, aun en el caso de que la voluntad de las partes ofrezca elementos de juicio es - como se sostiene, después de las discusiones al respecto -, el de la causa, considerada como elemento típico que individualiza al contrato; y es un criterio simple, porque donde haya causa única, aunque compleja, habrá unidad de contrato; en cambio, donde hay pluralidad de causas, habrá pluralidad de contratos, y si, como es mucho más frecuente, se tratara de causas correspondientes a otros tantos contratos nominados, habrá pluralidad de contratos nominados, o, en última hipótesis, pluralidad de contratos nominados y de contratos innominados. (...)'93. (Destaca la Sala).***

*"En tratándose específicamente de la coligación funcional, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que:*

*'... la causa de cada uno de los contratos coligados o conexos en particular, no puede confundirse con la del negocio, en definitiva, perseguido por los interesados, analizado como una operación jurídica, en sentido amplio. Esta última, de un lado, se ubica por fuera los contratos mismos que, como eslabones, integran la cadena que sirve a ese propósito final y, de otro, opera como el faro que, a la distancia, guía la ejecución de todos los actos necesarios para la obtención de la meta, de suerte tal que la finalidad o propósito general podrá ser otro al de los acuerdos o tipos negociales, en concreto, vale decir a los que se agrupan, articulan o se comunican, sin perder por ello su autonomía tipológica o sustantiva. Entender lo contrario, impondría colegir que en todos los supuestos en que la conexidad contractual campea, se estaría siempre en presencia de una única causa -la realización de la operación económica- y, por lo mismo, de un sólo negocio jurídico, independientemente de la forma que tuviere, lo que significaría, per se, negar la ocurrencia del fenómeno contractual en cuestión.*

*Por eso bien se ha dicho que 'Es necesario observar que el coligamento funcional comporta la unidad del interés globalmente perseguido, lo cual no excluye que tal interés sea realizado a través de contratos diversos, que se caracterizan por un interés inmediato, autónomamente identificable, que es instrumental o parcial respecto al interés unitario perseguido mediante el conjunto de contratos. En los contratos coligados debe por tanto identificarse la causa parcial de cada uno de los contratos y la comprensiva de la operación''94'. (Negritas fuera de texto).*

*"Los anteriores razonamientos, aunque principalmente han sido expuestos en torno a la coligación funcional, cuyo alcance como fenómeno jurídicamente relevante es el que en mayor medida ha sido reconocido en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia<sup>95</sup>, son perfectamente predicables en aquellos casos en los cuales la*

<sup>93</sup> MESSINEO. Francesco. Op. cit. págs. 392 a 394.

<sup>94</sup> C. Massimo Bianca. Diritto civile, T. III, Il contratto. Giuffré Editore, Milano, 1987, pág. 457, autor que recuerda, siguiendo a Palermo, "...que la función comprensiva de la operación no debe ser confundida con la causa".

<sup>95</sup> Para un sector de la doctrina italiana la coligación contractual se puede dar en razón de cualquier vínculo o relación negocial, para otro la coligación no se configura si el vínculo deriva de la naturaleza de los convenios concluidos y/o de su reconocimiento legal. En España, la doctrinante Ana López Frías se

*conexión no solo se da en razón de un vínculo funcional, sino también en aquellos eventos en los cuales el nexo se configura únicamente en virtud de la autonomía contractual de las partes<sup>96</sup>, pues, en todo caso, la causa de cada contrato que intervenga en la relación negocial debe ser plenamente identificable y diferenciable de los demás, toda vez que, de lo contrario, surgiría un único negocio jurídico y, por contera, esa sola situación excluiría la posibilidad de la coligación o conexión contractual<sup>97</sup>.*

Expuesto lo anterior y, con base en ello, descendiendo al caso concreto, encuentra la Sala que en el sub judice existen dos causas contractuales plenamente identificables y diferenciables entre sí, una, la del Contrato No. OJ 120 de 1997, la cual se dirigió a que la cooperativa CODETER ejecutara una obra pública y, la otra, la del contrato de seguro propiamente dicho, el que quedó contenido en la póliza No. 0705147, tendiente a amparar los riesgos derivados del incumplimiento del contrato OJ 120 de 1997; causas éstas que aun siendo identificables de manera autónoma, una respecto de la otra, para la entidad pública contratante perseguían un fin global determinado, cual era lograr el cumplimiento del objeto del contrato y salvaguardar el patrimonio público.

Tal autonomía e interdependencia del contrato asegurado en relación con el contrato de seguro ha sido reconocida por la Jurisprudencia de la Sección Tercera, en los términos que se destacan a continuación:

***“(…), bajo la Ley 80 de 1993, el contrato de seguro constituye un contrato autónomo, pero colabora en el desempeño de la función pública, dado el***

---

inscribe en la teoría de López Vilas, “para quien ‘debe ser indiferente el que la conexión existente entre uno y otro (contrato) derive de la voluntad de las partes o de la naturaleza y función’ de los propios convenios”.

Según Ana López Frías, para que se configure la coligación contractual es imprescindible que, además de que intervengan más de dos contratos en la relación negocial, el vínculo que medie entre ellos sea de carácter funcional. Así lo expresa:

“No cabe duda de que si las partes han dado vida a dos o más convenios que carecen de toda relación entre sí, estamos fuera de la categoría que es objeto de nuestra investigación. Pero, a la vez, no basta un punto común cualquiera entre los negocios: es necesaria la concurrencia de nexo de tipo funcional. Queremos decir con esto que la finalidad propia de al menos uno de los contratos, o el fin perseguido por las partes en un supuesto dado, ha de exigir la celebración de más de un acuerdo de voluntades. La vinculación debe estar, por tanto, en la naturaleza de alguno de los contratos concluidos o en el propósito global que a través de ellos se pretende conseguir (...).

Conforme a lo dicho, habrá conexión contractual cuando, celebrados varios convenios, deba entenderse que no pueden ser considerados desde el punto de vista jurídico como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza o estructura así lo determinen, o bien porque entonces quedarían sin sentido desde la perspectiva de la operación económico jurídica que a través de ellos quiere articularse”.

Tomado de LOPEZ FRIAS. Ana. Op. cit., págs. 275 y 282.

<sup>96</sup> Para Bianca Massimo, la coligación puede ser funcional o voluntaria. “... se dice voluntaria cuando se prevé específicamente, es decir cuando así resulta de la intención específica de las partes, de modo que se subordina la suerte de un contrato a la de otro”. Op. cit., pág. 502.

Criterio compartido por BIGLIAZZI GERI. Lina; BRECCIA. Humberto; BUSNELLI. Francisco D.; NATOLI. Ugo. Op. cit., pág. 942, 944 y 945.

<sup>97</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de septiembre 10 de 2014, Expediente 25645.

**carácter del patrimonio que protege y puesto que el beneficiario es directamente la administración.**

**“No obstante su autonomía, el contrato estatal constituye la razón principal que da origen al contrato de seguro y se une de tal modo que su cumplimiento y ejecución dependen del primero. Si bien, el contrato de seguro strictu sensu no es un contrato estatal; y es ser (sic) celebrado entre dos particulares en beneficio de un tercero, este tercero siempre es la administración pública. El otorgamiento de la garantía tiene justificación en razón del patrimonio estatal, comprometido por estar afectado directamente, lo cual le confiere un tratamiento especial, distinto de los contratos celebrados en interés de los particulares exclusivamente; tanto es así que la constitución de la garantía y su aprobación son requisitos indispensables para la ejecución del contrato.**

**“De otro lado no debe perderse de vista que el contrato de seguro nace y muere con el contrato estatal, si este se desarrolla normalmente, y proyecta su eficacia en el tiempo solo si el contratista incumple las obligaciones derivadas del contrato”. (Negrillas fuera del texto original)<sup>98</sup>.**

Asimismo, en providencia posterior se sostuvo que *“Si bien es cierto el negocio jurídico que contiene la póliza o la garantía es un contrato autónomo, en el que la entidad estatal no es parte sino beneficiario o asegurado, se trata de un contrato que está directa e inescindiblemente unido al contrato estatal que respalda”<sup>99</sup>*, con lo cual se reconoció que se trata de contratos unidos entre sí –coligados-, pero que, no obstante, conservan su autonomía.

La Corte Suprema de Justicia se ha referido a los efectos de la nulidad del contrato asegurado sobre el contrato de seguro, en los términos que a continuación se citan en extenso por su pertinencia con el tema objeto de debate en esta oportunidad:

*“(…). Los contratos conexos o coligados constituyen una variedad de la cualificación negocial en la que es factible encontrar entidades dispositivas distintas que se influye en forma de principal y accesoria, subordinada o auxiliar, hasta llegar a plantearse una interacción más o menos intensa de las vicisitudes individuales en la figuras que se acompañan, de que es ejemplo la díada compuesta por el contrato de obligación y el contrato de garantía, donde hay un ligamen de dependencia funcional y unilateral (cas. Mayo 27/1941, LV, 316/20).*

*“El artículo 1499 c.c. se refiere a este problema en términos genéricos al indicar que ‘es principal el contrato cuando subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella’. Y la doctrina ha precisado los alcances de la conexión aquí formulada, indicando que cada figura iuris tiene características propias, requisitos independientes y alternativas exclusivas, al propio tiempo que, dada la conexión funcional, ocurre la repercusión de ciertas contingencias singulares en un ámbito más extenso y profundo; de manera que la calificación de principal o accesorio, subordinado o auxiliar, corresponde a una relación de finalidades prácticas.*

<sup>98</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de agosto 24 de 2000, expediente 11318, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

<sup>99</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de noviembre 29 de 2006, expediente 24414, M.P. Freddy Ibarra Martínez.

“A tal propósito se pone de relieve que compuesta la obligación de débito y responsabilidad, como elementos consustanciales, ello no obsta a la existencia de la garantía a cargo de alguien (cas. Mayo 13/1968), que en ese sentido resulta en vinculación accesorio, en forma que la extinción de la deuda determina la inoficiosidad de la garantía y su perención consiguiente; al propio tiempo que el desaparecimiento sólo puede afectar el lazo principal, demeritándolo, y en ocasiones con alcances dirimentes, si en la contratación se consignó esa seguridad como presupuesto indispensable de ella.

“De más está decir que **la invalidez de cada una de las varias contrataciones así coaligadas estriba en sus propios vicios y no se transmite a la complementaria**, como quiera que la sanción es individual y no pasa a los actos que con fundamento en el negocio nulo se hayan celebrado luego e incluso con anterioridad (cas. Junio 13/1944, LVII, 398/99; julio 24/1946, LX, 761). Sin embargo, el óbice que **la nulidad del contrato principal implica para el desencadenamiento de los efectos finales y el mandato que conlleva de retorno integral de las partes al statu quo ante, se traducen en afectación del negocio subordinado, pero dejando a salvo su validez**. Y, como quiera que la perceptiva de la nulidad, antes que desconocer la realización cumplida, la tiene presente y provee a liquidarla, en ese proceso destructivo bien puede funcionar la garantía que se haya establecido para el amparo de los efectos del negocio nulo, incluidos los indirectos y los negativos. Y, cuando la vicisitud del acto principal cuestiona únicamente sus efectos finales, el funcionamiento de la garantía es más nítido y cierto, como quiera que entonces las prestaciones recíprocas entre las partes están indudablemente atribuidas al negocio principal, que habiendo funcionado en forma anómalo o bajo condición resolutoria, comprometió la responsabilidad adicional y ajena.

“(…).

“Declarada la nulidad absoluta del contrato celebrado entre la Municipalidad de Ibagué y la compañía Diessel Motor Ltda. por falta de su aprobación de parte del Comité Nacional de Planeación, y sin que quepa aquí pronunciamiento sobre la procedencia de la medida así adoptada a solicitud de la compañía aseguradora de la ejecución de aquel, era indispensable la orden de volver las cosas dispuestas allá entre las partes a su estado inicial, con las consiguientes restituciones mutuas de lo entregado por causa de él; y la cancelación de este compromiso del particular frente a la administración había de poner fin a la garantía para la ejecución del mismo se otorgara. **Pero la nulidad del contrato asegurado no se trasladó al de seguro, pues la invalidez es individual e intransmisible, y el pacto último en sí no ha sido objeto de reproche por tal concepto**. El seguro terminó su misión, vino a resultar inoficioso; concluyó al extinguirse la obligación caucionada (c.c. 2406, 3º.) o, lo que es igual, la extinción de los riesgos (c.c. 681, 3o). **Pero si la destrucción de los efectos del negocio por el decreto de nulidad no pudo desconocer lo actuado, que debe deshacerse y queda en pie si ello no es factible, trocándose entonces la virtualidad de la invalidez de ex tunc en ex nunc, mucho menos podría esa orden ignorar la responsabilidad extraña ajena, no sólo para declararla cesante, sino aún para examinar su ejercicio anterior y, por tanto, al comprobar que la garantía no sólo se otorgó, sino que con fundamento en ella se ejecutaron prestaciones que la presuponían, indispensablemente, hubo de reconocerse la existencia de un interés evidente asegurado: el de la cumplida práctica de las prestaciones y, al deber estas devolverse, el del reintegro de lo entregado anticipadamente, conversión negativa de aquella.**

“Asegurado el cumplimiento de un contrato, la garantía se otorga para preservar el resultado favorable a que obedece la contratación; y, si en gracia

**de las cláusulas se da un dinero a buena cuenta del precio, en virtud de la previa caución del cumplimiento pleno de las obligaciones a cargo del operario, en la póliza de seguridad se declara incorporado el dicho contrato, y los hechos tienen lugar dentro del tiempo de vigencia de la garantía, mal pudiera afirmarse que la nulidad del trato de obligación, por su operancia retroactiva, haga desaparecer, en la misma forma, interés y riesgo, o sea que lo que tuvo ocurrencia y categoría jurídica y quedó consumado sin destructibilidad, se entienda artificialmente sin existencia, borrado sin dejar huella. A ello se oponen los hechos mismos y la naturaleza de ejecución sucesiva propia del seguro. Por lo cual cabe insistir tanto en la índole y las proyecciones estrictas de la declaración de nulidad sobre el acto inválido, como en los linderos de la independencia y la subordinación de los contratos coligados y, en ambos casos, en la entidad propia de los negocios de ejecución sucesiva enfrentados a un evento de invalidez o de simple ineficacia; para por este medio verificar que en ejecutándose prestaciones de la administración en ejercicio del contrato garantizado, hubo un interés cierto de ella, asegurable y asegurado y, pendiente entonces el cumplimiento del contratista y la restitución de lo recibido por él, hubo también un riesgo determinado y evidente, que se tradujo en siniestro con consecuencias no excluidas de la póliza, prueba de un contrato de seguro válido, que simplemente se terminó al ocurrir un evento impeditivo de su continuidad y sin proyecciones liberatorias sobre un pasado firme.**

*“A esto cabe agregar que, fuera de que no se ha indicado ni establecido en la demanda la contra evidencia en que cayera el Tribunal en su estudio de la póliza de seguro, ésta no expresa la exclusión del riesgo por cuyo acaecimiento se cobra ahora, en la medida del daño, la indemnización tarifada; de suerte que no media una posible extensión arbitraria del amparo, que dentro de su normal funcionamiento está adherido a la obligación matriz y la respalda en todas sus contingencias, incluso en sus distorsiones eventuales, no ignorables, y que forman parte de la predicada álea de la figura, máxime cuando en el contrato principal se exigió garantía para responder del anticipo y por las cuotas posteriores, garantía que a poco se constituyó sin reserva”<sup>100</sup> (Negritas añadidas).*

En este caso encuentra la Sala que si bien el contrato OJ 120 de 1997 se dio por terminado por parte de la entidad contratante y asimismo su nulidad será declarada por la Sala, se ejecutaron prestaciones por parte de ambos contratantes; así, la entidad pública hizo entrega del anticipo y la contratista ejecutó una parte de las obligaciones, todo esto en ejecución de un contrato garantizado por la compañía aseguradora CONFIANZA S.A.

El anticipo entregado por parte del departamento de Cundinamarca a la contratista CODETER constituyó un interés cierto, asegurable y asegurado, que se encontraba pendiente del cumplimiento por parte de la contratista, como forma de restituir lo recibido por la entidad; también se presentó un riesgo determinado que se traduce en siniestro, en la medida en que la cooperativa no lo restituya, cuyas consecuencias no

---

<sup>100</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de mayo 21 de 1968, M.P. Fernando Hineostroza, tomo XCCIV, número 2229, páginas 163-177.

fueron objeto de exclusión en la póliza, lo cual evidencia que se trató de un contrato de seguro válido, que se terminó en virtud de la ocurrencia de una situación impeditiva “*sin proyecciones liberatorias sobre un pasado firme*”.

Concluye la Sala que si bien se trató de contratos coligados, dada su individualidad, la nulidad del contrato asegurado no acarrea la nulidad del contrato de seguro, por lo cual, no le asiste razón a la compañía aseguradora en su afirmación de que la nulidad del contrato OJ 120 de 1997 implicaba la nulidad del contrato de seguro con el cual se ampararon las obligaciones surgidas del mismo y, de esta manera, en el evento de que, producto de la ejecución del contrato asegurado, hubieren surgido para la aseguradora obligaciones, éstas no habrían desaparecido con la declaratoria de nulidad del contrato.

Así entonces, mientras el vínculo contractual estuvo vigente surgieron obligaciones, tanto para las partes del contrato interadministrativo como para las del contrato de seguro, cuya validez únicamente se vería comprometida a partir de la declaratoria de nulidad del contrato asegurado, porque sólo a partir de ese momento carecería de objeto.

Adicionalmente se señala que no encontró la Sala acreditadas los vicios del consentimiento a los cuales hizo alusión la aseguradora en la demanda, de forma tal que implicaran la nulidad relativa del contrato de seguro con el cual se ampararon las obligaciones surgidas del contrato interadministrativo.

### **6.3. Terminación unilateral del contrato estatal de que trata el inciso 2° del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 y por cuya causa hoy se demanda.**

La jurisprudencia de esta Sección ha indicado, desde tiempo atrás, que la potestad atribuida a las entidades estatales contratantes para que puedan dar por terminados de manera unilateral algunos contratos estatales, de conformidad con las diversas previsiones legales que se ocupan de la materia, es un género dentro del cual, a su turno, pueden distinguirse algunas especies, las cuales, aun cuando participan de ciertas notas comunes, contienen muchos y muy variados aspectos que las diferencian entre sí<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> Al respecto, ver, entre otras, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000030901; Radicación número: 15324; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000033901; Radicación número: 15599; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

Dentro del aludido género de la terminación unilateral de los contratos estatales por decisión de la entidad contratante, se encuentra la terminación unilateral prevista en el inciso 2° del artículo 45 de la ley 80 de 1993 - *a cuya aplicación hay lugar cuando se configuran alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la citada ley* - y de la cual se ocupará la Sala en esta oportunidad por ser la que se aplicó en el caso del contrato que celebraron el departamento de Cundinamarca y la cooperativa CODETER, a través de las Resoluciones números 1522 y 2583 de 1998, cuya nulidad se solicitó en este proceso.

Esta especie de la terminación unilateral del contrato, comparte con las demás, las siguientes características:

*“Como aspectos comunes a todas esas figuras se pueden señalar, entre otros, **a)** el hecho de que en todos esos casos es la ley la que consagra, de manera expresa, la facultad para que la entidad estatal contratante pueda realizar su declaración; **b)** cada una de esas figuras produce, en principio, el mismo efecto, consistente en poner fin al respectivo contrato estatal, como quiera que el objeto de todas ellas es, precisamente, el de dar por terminado el contrato estatal en cuestión; **c)** como corolario obligado de la característica anterior, se impone destacar que la terminación unilateral del contrato en cualquiera de sus modalidades, por razones de lógica elemental, sólo es posible aplicarla en relación con contratos vigentes, puesto que resulta ontológicamente imposible dar por terminado un contrato que ya hubiere finalizado con anterioridad; **d)** la declaratoria correspondiente, en cuanto debe ser adoptada por una entidad estatal en desarrollo de su actividad contractual, constituye un verdadero acto administrativo de naturaleza contractual; **e)** como obvia consecuencia de la nota anterior, cabe indicar que en todos esos casos el respectivo acto administrativo que pone fin a un contrato estatal de manera unilateral, será pasible de control judicial en virtud de la acción de controversias contractuales, cuyo ejercicio deberá realizarse dentro del término de caducidad establecido en la ley; **f)** una vez ejecutoriada la decisión administrativa que dispone o determina la finalización unilateral del correspondiente contrato estatal, será necesario proceder a la liquidación<sup>102</sup> del contrato estatal en cuestión”<sup>103</sup>.*

La terminación unilateral a la cual alude el inciso 2° del artículo 45 de la ley 80 de 1993 dispone

---

Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 25000-23-26-000-1994-00071-01; Radicación número: 14390; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 27001-23-31-000-2000-0033-0; Radicación número: 23361.

<sup>102</sup> Original de la cita:

Acerca de la liquidación de los contratos estatales y sus diferencias con la terminación de los mismos, así como acerca de las variadas modalidades de liquidación (bilateral, unilateral o judicial), oportunidades para su realización y demás aspectos relacionados con la liquidación de los contratos estatales, se encuentra el pronunciamiento que realizó la Sección Tercera del Consejo de Estado, contenido en la sentencia de diciembre 4 de 2006, proceso número 15239, radicación R-0507, actor DATA BASE SYSTEM LTDA.

<sup>103</sup> Tomada de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, del 2 de mayo de 2013. Rad. No. 23949.

que el jefe o representante legal de la respectiva entidad estatal contratante debe dar por terminado el contrato, cuando respecto del mismo se hubiere configurado cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la citada Ley.

El mencionado artículo 44 prevé en dichos numerales las siguientes causales de nulidad absoluta:

*“De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*

*1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*

*2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.*

*(...)*

*4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten...”.*

En ese contexto, observa la Sala que el jefe o representante legal de la entidad contratante, con fundamento en el inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80, tiene el deber legal de dar por terminado cualquier clase de contrato estatal, independientemente de su objeto, cuando en la celebración del mismo se hubiese configurado alguna de las causales de nulidad transcritas anteriormente y no podrá ejercer dicha potestad cuando la situación irregular no corresponda a alguno de los tres supuestos – *del artículo 44 de la ley 80* - ya enunciados.

Sobre este particular la Corporación expuso lo que se transcribe a continuación:

*“(...).*

*Desde esta perspectiva resulta claro que el jefe o representante de la entidad estatal contratante se encuentra en el deber legal de declarar la terminación unilateral del contrato, mediante acto administrativo, con el fin de preservar el orden jurídico y el interés público, cuando quiera que se compruebe la existencia de alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sin embargo, no podrá ejercer esta facultad, aunque existiere un vicio de nulidad absoluta que afectare la legalidad del contrato, cuando la situación irregular no corresponda a alguno de los supuestos establecidos en los tres numerales antes referidos, sencillamente porque la ley no le ha otorgado competencia para ello y, por tanto, en esos otros eventos la única opción que tendría la entidad sería la de demandar judicialmente la declaratoria de nulidad del contrato.*

*En virtud del principio de legalidad<sup>104</sup>, principio básico en un Estado de derecho, las competencias de cada uno de los órganos y autoridades de la Administración*

---

<sup>104</sup> Nota original de la sentencia citada: La legalidad ha sido definida por Georges Vedel como “*la cualidad de lo que es conforme a la ley. La legalidad expresa así la conformidad al derecho y es sinónimo de regularidad jurídica*” Cfr. VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, traducción de la sexta edición francesa, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 219.

*Pública deben encontrarse asignadas por la Constitución Política o la ley de manera expresa, tal como lo ordena la Carta en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de dichos órganos se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos. La jurisprudencia de la Sección Tercera<sup>105</sup> ha enseñado que la competencia constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, asumiendo que la incompetencia configura la regla general mientras que la competencia constituye la excepción, comoquiera que la misma se restringe a los casos en que sea expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo cual se explica si se tiene en cuenta que 'la incompetencia está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse'<sup>106</sup>.*

*Igualmente ha puntualizado sobre el vicio de incompetencia lo siguiente<sup>107</sup>:*

*'(...) dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina<sup>108</sup>, ha considerado que '...por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (Art. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador'<sup>109</sup>.*

*Con lo anterior, no se trata de desconocer el principio de jurisdicción rogada que distingue a la contencioso administrativa, sino de admitir que existen algunos eventos en los cuales tal característica debe ceder, en virtud de los más altos valores que se hallan en juego y que le corresponde defender al juez contencioso administrativo (...)' (la negrilla no es del texto original).*

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

*Es por ello que la terminación unilateral a cuya aplicación obliga el artículo 45 de la*

---

<sup>105</sup> Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2006; Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Expediente: 13414.

<sup>106</sup> Nota original de la sentencia citada: GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio, *Derecho Administrativo General*, 5ª edición, Editorial Marín Vieco Ltda., Medellín, 1995, p. 59.

<sup>107</sup> Nota original de la sentencia citada: Nota original de la sentencia citada: Sentencia de 16 de febrero de 2006, Exp. 13414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>108</sup> Nota original de la sentencia citada: BETANCUR JARAMILLO, Carlos; *Derecho Procesal Administrativo* Señal Editora, 5ª ed.; pág. 209. Afirma el profesor Betancur, que el carácter de orden público que tienen las normas que atribuyen las competencias funcionales, "...permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aunque el demandante no la haya invocado en apoyo de su petición". Por su parte, en la doctrina argentina, la incompetencia en razón de la materia es considerada como un "vicio muy grave", calificación que hace que el acto sea inexistente, lo cual puede ser declarado de oficio en sede judicial (DROMI, Roberto; Ob. cit., Págs. 244 y 245).

<sup>109</sup> Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196. Actor: Sociedad Brogra Ltda.

*Ley 80, mal podría ejercerse en casos distintos a los expresamente previstos en esa norma legal<sup>110</sup>.*

Según la cita jurisprudencial que viene de verse, la terminación unilateral sólo debe ser declarada por el jefe o representante legal de la entidad contratante en aquellos eventos en los cuales, después de haber celebrado el contrato, encontrándose éste vigente, concurra alguna de las tres causales de nulidad absoluta a las que se hizo previamente referencia y en los demás casos no cuenta con la competencia para terminar el contrato de manera unilateral y debe acudir ante la Jurisdicción a solicitar la declaratoria de nulidad del contrato.

### **6.3.1. La terminación unilateral en el caso concreto.**

En el presente asunto se observa que de conformidad con lo consignado en los actos administrativos demandados, el departamento de Cundinamarca, invocando el ejercicio de la facultad consagrada en el inciso 2° del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, resolvió terminar unilateralmente el negocio jurídico celebrado con la cooperativa CODETER, con sustento en la causal de nulidad absoluta contentiva en la causal 2ª del artículo 44 de la mencionada ley, disposición en virtud de la cual, los contratos del Estado son absolutamente nulos cuando **“se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”**.

En cuanto al alcance de la causal de nulidad absoluta de que trata el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia de la Corporación<sup>111</sup> ha sostenido que para que dicha causal se configure se requieren los siguientes presupuestos: 1) la violación al régimen de prohibiciones consagrado en normas constitucionales o legales o en cualesquiera otras con fuerza de ley y, 2) la prohibición respectiva sea expresa, *“bien sea en relación con i) el tipo contractual, como cuando las normas no permiten que el Estado haga donaciones a los particulares –art. 355 CP<sup>112</sup>-, 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*

---

<sup>110</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000030901; Radicación número: 15324; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000033901; Radicación número: 15599.

<sup>111</sup> Tomada de la sentencia proferida el 18 de marzo de 2010 por el Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. No. 14390. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>112</sup> Nota original de la sentencia citada: *“Art. 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”*.

de 1991-, o un comodato supere 5 años –ley 9 de 1989”<sup>113</sup>.

Sobre el tema la Corporación sostuvo lo siguiente:

“(…)

*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”<sup>114</sup> (negritas fuera del texto original).*

*Bajo esta perspectiva, se tiene que si con la celebración de un contrato estatal se violan normas constitucionales o legales, ello acarrea como consecuencia la nulidad absoluta del respectivo contrato, por cuanto toda vulneración del ordenamiento jurídico en asuntos de orden público dará lugar a la ilegalidad del acto correspondiente; pero no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos dará lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que se han dejado señalados: violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa y explícita.*

*A lo anterior se agrega que las normas que imponen sanciones o establecen prohibiciones, al igual que ocurre con las que consagran nulidades, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, por consiguiente, en relación con ellas no cabe su interpretación extensiva o su aplicación por vía de analogía, es decir que esa clase de disposiciones no puede aplicarse a casos, situaciones o hipótesis diferentes de aquellos que se encuentren expresamente regulados por las mismas.*

(…)”<sup>115</sup>.

Del contenido de los actos administrativos demandados se observa que las razones que adujo el gobernador de Cundinamarca para dar por terminado el contrato, obedecen al vicio de nulidad contemplado en la causal 2ª del artículo 44 de la ley 80 de 1993 – *Se celebren contra expresa prohibición legal* -, que, según se expuso en el texto de los actos demandados, se habría configurado al adelantarse la selección del contratista sin tener en cuenta *“factores de escogencia como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, con el*

---

<sup>113</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000030901; Radicación número: 15324.

<sup>114</sup> Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006; Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Expediente: 31480.

<sup>115</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000033901; Radicación número: 15599.

*análisis previo a la suscripción del contrato, tratándose de contratación directa; además el estudio de las ofertas, mediante el cotejo de diferentes ofrecimientos y la consulta de precios o condiciones del mercado”.*

A la prohibición legal de eludir los procedimientos administrativos de selección se refiere el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que a la letra dispone:

***“las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”.***

En cuanto a la prohibición contenida en el numeral 8° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación ha sostenido que la misma no reúne los requisitos para ser catalogada como una *“expresa prohibición legal”* a la que se refiere la causal de nulidad absoluta contenida en el numeral 2 del artículo 44 de la citada ley. En efecto, así discurrió la Sala:

*“(…)*

*La conclusión a la cual ha arribado la Sala encuentra apoyo adicional en una consideración más, consistente en destacar que las prohibiciones expresas que, de manera imperativa, recoge el numeral 8° del artículo 24 de la Ley 80, según las cuales las autoridades administrativas no actuarán con desviación o abuso de poder y no podrán eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el Estatuto de Contratación Pública, por su contenido genérico y abstracto no están prohibiendo, de manera expresa y concreta, la celebración de un determinado contrato como se requeriría para su violación o desconocimiento configure la causal de nulidad absoluta establecida en el aludido numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80.*

*Lo anterior no significa, en modo alguno, que puedan considerarse válidas o lícitas las conductas de las autoridades administrativas mediante las cuales se desconozcan las prohibiciones expresas que trae la Ley 80 de 1993 en su artículo 24-8, puesto que es evidente que la pretermisión de las mismas también ha de viciar de nulidad absoluta el correspondiente acto o contrato; lo que aquí se examina y discute dice relación, exclusivamente, con la identificación de la causal específica que habrá lugar a invocar y a aplicar en cada caso particular, cuestión que cobra importancia en atención a las facultades que la ley ha otorgado a la Administración, según que se configure una u otra causal.*

*En efecto, cuando el hecho constitutivo de nulidad enmarca dentro de la causal prevista en el numeral 2° del artículo 44, la propia ley impone al Jefe de la Entidad Estatal el deber de dar por terminado el contrato, de manera unilateral, en el estado en que se encuentre, mientras que si tales hechos resultan constitutivos de la causal prevista en el numeral 3° ibídem, la Administración no podrá ejercer esta facultad y*

*tan solo podrá acudir por vía judicial a demandar la nulidad absoluta del contrato*<sup>116</sup>.

Según pone de presente la jurisprudencia en cita, es claro que si bien, tal como se indicó, en virtud del numeral 2 del artículo 45 de la ley 80 de 1993 el jefe o representante de la entidad contratante tiene el deber legal de terminar unilateralmente el contrato, cuando en la celebración del mismo se hubiese configurado alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la mencionada ley, observa la Sala que la omisión del procedimiento legalmente previsto para la selección del contratista no es constitutiva de la causal de nulidad absoluta contemplada en el numeral 2, de suerte que no reúne los requisitos para ser catalogada como una expresa prohibición legal.

Así las cosas, resulta claro para la Sala que el gobernador de Cundinamarca no tenía competencia para dar por terminado el contrato, bajo el supuesto de haberse desconocido la obligación de adelantar el procedimiento objetivo de selección impuesto por la Ley 80 de 1993 y por el Decreto 855 de 1994, con lo cual las Resoluciones demandadas se encuentran viciadas de nulidad por falta de competencia funcional.

Si bien el vicio de incompetencia funcional no fue alegado por las partes de esta controversia, en virtud de que lo encuentra configurado, la Sala declarará oficiosamente la nulidad de las Resoluciones 1522 del 4 de mayo de 1998 y 2583 del 13 de julio del mismo año, por las razones atrás señaladas en relación con la competencia de la Sala en relación con el vicio de incompetencia.

#### **6.4. La liquidación del contrato.**

Sea lo primero precisar que la liquidación de los contratos corresponde al balance final o corte definitivo de cuentas de la relación contractual, cuyo propósito fundamental es el de determinar quién le debe a quién, cuánto y por qué.

Al respecto la Sala, en oportunidades anteriores, ha explicado la noción de la liquidación de los contratos en los siguientes términos:

---

<sup>116</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000030901; Radicación número: 15324; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000033901; Radicación número: 15599.

*“La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado queda después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento”<sup>117</sup>.*

Como es bien sabido, la liquidación de los contratos de la Administración puede revestir alguna de las siguientes modalidades: bilateral, unilateral o judicial.

En cuanto a la liquidación unilateral, a la cual se refiere la presente controversia, como su nombre lo indica, no corresponde a una actuación negocial o conjunta de las partes del contrato sino a una decisión que adopta la entidad estatal contratante de manera unilateral, esto es, sin necesidad de contar con la voluntad o con el consentimiento del respectivo contratista particular, modalidad a la cual habrá lugar en los eventos y con las exigencias establecidas para esos casos por la ley; esta modalidad de liquidación ha sido concebida y regulada como subsidiaria de la liquidación bilateral o conjunta.

El carácter subsidiario que le corresponde a la liquidación unilateral, respecto de la bilateral o conjunta, lo evidencia la norma legal que la consagra en cuanto supedita su procedencia a una cualquiera de las siguientes hipótesis fácticas: i) que el contratista particular no se presente a la liquidación, con lo cual imposibilita la realización de una liquidación bilateral o conjunta, o ii) que las partes no lleguen a acuerdo sobre el contenido de la liquidación, cuestión que igualmente impide la adopción conjunta del respectivo corte de cuentas.

Así entonces, sólo si se configura una de las circunstancias enunciadas, la Entidad Estatal quedará facultada para practicar la liquidación correspondiente de manera directa y unilateral, caso en el cual procederá a adoptarla mediante la expedición de un acto administrativo debidamente motivado, el cual será pasible del recurso de reposición en vía gubernativa.

#### **6.4.1. La liquidación del contrato y la efectividad de las garantías.**

El artículo 61 de la Ley 80, vigente para la época de celebración del contrato objeto de este proceso, disponía que las entidades estatales en el acto a través del cual liquidan unilateralmente el contrato estatal, pueden determinar los saldos que resulten a cargo del

---

<sup>117</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 10 de 1997. Expediente No. 10.608. Este pronunciamiento fue recogido y reiterado por la misma Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la Sentencia de marzo 9 de 1998, expediente No. 11.101.

contratista y constituir el título ejecutivo con las correspondientes pólizas de seguro. Sobre el tema se pronunció la Sala en estos términos:

*“Finalmente la Sala debe hacer notar que existe otro supuesto particular de exigibilidad de la garantía única de cumplimiento, amparado en el artículo 61 de la Ley 80, el cual dispuso la facultad para que las entidades estatales contratantes puedan expedir el respectivo acto administrativo motivado mediante el cual dispongan directa y unilateralmente la liquidación de los contratos estatales, en los casos en que no se logre la liquidación bilateral prevista en el artículo 60 ibídem, norma que permite a las entidades estatales establecer el balance final de liquidación y, por ello, determinar unilateralmente los saldos que resulten a cargo del contratista. Esa disposición debe leerse en concordancia con el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo que facultó a las entidades estatales para constituir un título ejecutivo integrado por el acto de liquidación final del contrato y las correspondientes póliza de seguro, sin perjuicio de recordar en este punto que para su cobro se debía acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cuanto la Ley 80 asignó la competencia a la mencionada jurisdicción, hasta la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007<sup>118,119</sup>.*

Por regla general las garantías se hacen efectivas a través de actos administrativos a través de los cuales se declara la ocurrencia del siniestro contractual o se hacen efectivos los amparos otorgados a través de la garantía única de cumplimiento de los contratos estatales, asunto sobre el cual la jurisprudencia de la Sala ha advertido que las disposiciones del Código de Comercio no aplican en su integridad y que las normas contenidas en el estatuto contractual, así como las previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo tienen aplicación prevalente. Sobre el tema expresó:

*“Entre las disposiciones del derecho administrativo y de la contratación estatal que dan lugar a un tratamiento legal diferente al establecido en el Código de Comercio, para los contratos de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales, se pueden citar las siguientes: i) la prohibición de establecer la terminación del contrato por pago de la prima o por revocatoria unilateral, teniendo en cuenta que en relación con la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales, se dispuso que la póliza de seguro “no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral”<sup>120</sup>, aspecto en el cual no tiene lugar la posible estipulación de terminación del contrato de seguro contemplada para los referidos eventos en el artículo 1071 del Código de Comercio; ii) la presunción de legalidad y la fuerza ejecutoria de los actos administrativos a través de los cuales se declara el siniestro o se hace efectiva*

---

<sup>118</sup> Nuevamente citada a título ilustrativo por cuanto se trata de norma posterior a los hechos en el caso sub-lite.

<sup>119</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de marzo 25 de 2014, Expediente 29205, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>120</sup> Ley 80 expedida en 1993, numeral 19, artículo 25, sustituido por el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, de las garantías en la contratación.

una garantía, establecida con apoyo en el numeral 5º del artículo 68 del CCA<sup>121</sup>, sustituido por el numeral 3 del artículo 99 del CPACA<sup>122</sup>, aspecto legal por virtud del cual la entidad estatal goza de una facultad excepcional consistente en declarar el siniestro en los eventos en que la ley lo permite y, a su vez, la imposibilidad de que la compañía aseguradora pueda enervar la condición de título ejecutivo de la respectiva póliza mediante la presentación de las objeciones previstas en el artículo 1053 del Código de Comercio, sin perjuicio del derecho de defensa que naturalmente puede desplegar durante la actuación administrativa correspondiente, como en el cobro judicial respectivo; **iii) en el caso del acto administrativo mediante el cual se decreta la caducidad del contrato estatal, de acuerdo con el inciso final del artículo 18 de la Ley 80 de 1993<sup>123</sup>, la ley dispone que el mismo será constitutivo del siniestro, lo cual evidencia la improcedencia del trámite de reclamación y acreditación ante la aseguradora así como la anotada improcedencia de la presentación de objeciones de la compañía aseguradora para enervar el título ejecutivo, según las previsiones del mencionado numeral 3 de artículo 1053 del Código de Comercio; iv) la facultad especial de decretar unilateralmente la liquidación del contrato estatal prevista en el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, dentro de los términos del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo<sup>124</sup>, disposición que resulta tener incidencia en la forma y términos de determinación del riesgo amparado en las pólizas de cumplimiento, en cuanto que por la vía de esta facultad legal la entidad estatal pueden establecer mediante acto administrativo motivado las sumas que resultan a cargo del contratista en el momento de liquidar el contrato, cuya obligación de reintegro o de pago, debe estar amparada por la póliza de seguro expedida como garantía única del contrato estatal, tal como lo exige la Ley 80<sup>125</sup>. El acto administrativo de liquidación unilateral puede contener la**

---

<sup>121</sup> “Artículo 68. Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos:  
(...)

5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.”

<sup>122</sup> **Ley 1437 expedida en 2011, artículo 99, numeral 3:**  
**“Documentos que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado:**

(...) 3. Los contratos o los documentos en que constan sus garantías junto con el acto que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual.”

<sup>123</sup> **Ley 80 expedida en 1993, artículo. 18, inciso final:**  
**“La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.”**

En sentido más amplio se estableció en **inciso cuarto, del artículo 7, la Ley 1150 de 2007** (no aplicable al caso sub lite), en relación con las garantías de la contratación:

**“El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo decrete.”**

<sup>124</sup> Modificado por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, en cuanto al plazo para liquidar el contrato, en cualquier tiempo.

<sup>125</sup> “En este sentido cabe precisar que uno de esos actos administrativos para los cuales la Administración Pública requiere competencia para su adopción, lo que es lo mismo, autorización legal para su expedición es aquél mediante el cual se liquida un contrato de manera unilateral<sup>125</sup>, en tanto, a través de dicho acto se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de abril de 2009, radicación: 25000233100011771-01 (16.372), aactor: Aseguradora Colseguros S.A., demandada: Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A., referencia: contractual – apelación sentencia; en el mismo

**orden de pago a cargo del contratista y de su garante, caso en el cual constituye la reclamación de la póliza, sin que tenga lugar el trámite de reclamación y acreditación de soportes en la forma prevista en el numeral 3 del artículo 1053 del Código de Comercio, ni la posibilidad de enervar el título ejecutivo mediante la presentación de objeciones de la compañía aseguradora, referido en la misma norma; iv) La aplicación del procedimiento para la actuación administrativa, que debe observarse para la expedición de los actos administrativos mediante los cuales se dispone la declaratoria del siniestro o la efectividad de las garantías contractuales, por lo cual se concluye igualmente que en este procedimiento no tiene lugar la aplicación del artículo 1053 del Código de Comercio en cuanto a los trámites de reclamación y de objeciones en relación con las pólizas de seguro de cumplimiento contractual a favor de entidades estatales, sin perjuicio de advertir que para la expedición de los respectivos actos administrativos se debe respetar el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y las normas que rigen la actuación administrativa; iv) la jurisdicción competente y los presupuestos procesales para el ejercicio de las acciones o medios de control correspondientes a las controversias y cobranzas relacionadas con el seguro de cumplimiento del contrato estatal, cual es la de lo Contencioso Administrativo, en los términos del artículo 75 de la ley 80”.**<sup>126</sup> (Negrillas añadidas).

#### **6.4.2. La liquidación del contrato en el caso concreto.**

Según se expuso en el acápite de pruebas, el contrato OJ 120 de 1997 fue liquidado unilateralmente por EL DEPARTAMENTO, mediante la Resolución número 968 de 1998, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación: i) que se entregó a la contratista un anticipo de \$171'028.033.00; ii) que el contrato se dio por terminado unilateralmente; iii) que ante el silencio de CODETER para liquidar bilateralmente, la entidad remitió a su representante legal el borrador de acta, cuyo texto no fue compartido por él, además de que no asistió a la reunión programada para el efecto y iv) el acta da cuenta de que, en valor, el contrato se ejecutó en la suma de 40'000.000.00. En la Resolución se ordenó a la contratista reintegrar la suma de \$131'028.033 y “*en el evento de que el Contratista no efectúe la devolución de la suma precitada, el Departamento realizará los trámites respectivos tendientes a hacer efectiva la póliza No. 0705147, expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. -CONFIANZA-*”.

La Resolución 968 de octubre 22 de 1998 fue recurrida tanto por la contratista como por la compañía aseguradora, ambos resueltos negativamente a través de las Resoluciones 020 de marzo 23 de 1999 y 02542 de septiembre 9 de 1999.

---

sentido: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 16 de 2001, expediente 12660, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez.

<sup>126</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de marzo 25 de 2014, Expediente 29205, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Los argumentos de CONFIANZA se centraron en demostrar que el contrato OJ 120 de 1997 se encontraba viciado de nulidad absoluta, en tanto había vulnerado, entre otros, los principios de selección objetiva y de responsabilidad, en virtud de lo cual, en su concepto, al ser accesorio, el contrato de seguro con el cual se ampararon las obligaciones surgidas del contrato principal, también se encontraba viciado de nulidad absoluta y, en consecuencia, CONFIANZA no debía pagar las sumas a las cuales se hizo referencia en las resoluciones a través de las cuales se liquidó el contrato, asunto éste que ya fue estudiado por la Sala.

No se observa en el proceso que se hubieren formulado por la aseguradora cargos de nulidad de las Resoluciones demandadas –por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato-, por lo cual se concluye que éstas se encuentran en firme.

Es del caso precisar que si bien la liquidación se realizó respecto del contrato que se impone anular y, en ese orden de ideas, la consecuencia es que opere el fenómeno del decaimiento respecto de ese acto<sup>127</sup>, no lo es menos que éste ya surtió sus efectos y que las obligaciones que se hubieren establecido para la aseguradora se encuentran vigentes.

#### **6.5. La celebración del contrato.**

La entidad pública solicitó, como primera pretensión, la declaratoria de que entre el departamento de Cundinamarca y la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial –CODETER- se celebró el convenio interadministrativo número OJ 120 de 1997, cuyo objeto constituyó *“el mejoramiento de la carretera de la vía Útica-Caparrapí por La Liberia, Municipio de Útica”*.

---

<sup>127</sup> *“El decaimiento de un acto administrativo, entre otras circunstancias, se produce cuando las disposiciones legales o reglamentarias sobre las cuales se sustenta o se fundamenta su expedición desaparecen del ordenamiento jurídico, como consecuencia, bien de la declaratoria de inexequibilidad o de la nulidad de la norma en la cual se sustenta el acto administrativo, lo cual genera su decaimiento; este fenómeno también se presenta si los actos administrativos son anulados o suspendidos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa; una vez ocurre el decaimiento de un acto administrativo, la consecuencia jurídica que se produce es impedir que hacia el futuro siga produciendo efectos.*

(...)

*El artículo 66 del Código Contencioso Administrativo dispone:*

*“Artículo 66. Pérdida de fuerza ejecutoria. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:*

(...)

*2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho (...).”*

*La jurisprudencia de esta Corporación<sup>127</sup> ha señalado que “... todos los actos administrativos, ya que la ley no establece distinciones, en principio, son susceptibles de extinguirse y, por consiguiente, perder su fuerza ejecutoria, por desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico...”.*

De conformidad con lo prescrito por el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el contrato se perfecciona cuando se logre acuerdo sobre la contraprestación y ésta se eleve a escrito.

En este caso, dado que se aportó al proceso el documento suscrito por las partes, en el cual se dejó constancia del acuerdo logrado por éstas, no cabe duda alguna de que el contrato se perfeccionó y generó efectos jurídicos, tanto así que a través de esta providencia se declarará su nulidad absoluta, por lo cual, al encontrarse probados los fundamentos de hechos que sustentan esta pretensión de la demanda, la misma deberá resolverse de manera favorable.

#### **6.6. El recibo del anticipo.**

En la segunda pretensión la entidad pidió que se efectuaran dos declaratorias, la primera, que CODETER LTDA., recibió el anticipo correspondiente al contrato OJ 120 de 1997 y, la segunda, que esta cooperativa *“no invirtió debidamente una parte considerable del mismo, absteniéndose de aplicarlo a los fines del convenio”*.

Según se deduce tanto de los documentos allegados al proceso, así como de la prueba pericial, además de que este hecho no se controvertió por la compañía aseguradora y tampoco por la propia contratista, en efecto, el DEPARTAMENTO entregó a la contratista un anticipo del cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato, equivalente a la suma de \$171'028.033.

De conformidad con el acta de liquidación incorporada a las Resoluciones 968 del 22 de octubre de 1998 –por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato OJ 120 de 1997-, 029 del 23 de marzo de 1999 y 2542 del 9 de Septiembre de 1999 –por medio de las cuales se resolvieron los recursos interpuestos por la contratista y por la compañía aseguradora- y que se encuentran en firme, únicamente se ejecutó el contrato hasta un valor de 40'000.000.00 y no se probó que el resto de la suma correspondiente al anticipo se hubiere invertido en el contrato, además de que no fue objeto de discusión en este proceso.

Se concluye entonces que no se invirtió el anticipo en su totalidad en la ejecución del contrato; adicionalmente, los testimonios rendidos en el proceso dan cuenta, en primer lugar, de que la ejecución del contrato no sobrepasó los 40 millones y, en segundo lugar, que no sabían en qué se invirtió el resto del anticipo.

De acuerdo con lo acabado de exponer, la Sala resolverá favorablemente esta pretensión y, en consecuencia, declarará que CODETER recibió el valor del anticipo y, además, que no invirtió en el contrato una parte considerable del mismo, correspondiente a la suma de \$131'028.033,

equivalente a la diferencia entre el valor recibido y el valor de obra que se ejecutó, según el informe de la interventoría y el acta de liquidación.

### **6.7. La ocurrencia del riesgo de mal manejo del anticipo.**

Solicitó la entidad en la tercera pretensión la declaratoria de que se verificó la realización “*del riesgo de mal manejo e incorrecta inversión del anticipo que estaba previsto en la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, distinguida con el número 0705147*”.

En este proceso no se probó que el anticipo se hubiere manejado mal, pero sí que éste no se invirtió completamente, en la medida en que el contrato no se ejecutó en su totalidad y, en consecuencia, la suma total no se aplicó al objeto del contrato, luego, el anticipo no invertido, necesariamente, debe devolverse a la entidad y en la medida en que no se devuelva, con fundamento en el contenido de la misma póliza de seguro, éste resulta exigible a la compañía aseguradora, es decir, se habrá materializado el riesgo de incorrecta inversión del anticipo, en virtud del incumplimiento de la obligación de restituirlo. Esta afirmación se hace con fundamento en lo establecido en la parte resolutive de la Resolución No. 968 de 1998, confirmada a través de las Resoluciones 029 y 2542 de 1999, en cuyos artículos se expresó lo siguiente<sup>128</sup>:

*“ARTICULO PRIMERO: Adoptar la liquidación unilateral del Contrato Interadministrativo de Obra No. OJ 120 de 1.997, celebrado entre el Departamento de Cundinamarca y la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Limitada ‘CODETER’, cuyo objeto es la Construcción del Puente sobre el Río Pata, sitio las Palmas Vía Útica-Caparrapí, Municipio de Útica, por un valor de trescientos cuarenta y dos millones cincuenta y seis mil setenta y seis pesos (\$342.056.066.oo) m/cte., según lo establecido en el acta de liquidación No. 02 del 22 de Septiembre de 1.998.*

#### *ACTA No. 02 DE LIQUIDACIÓN*

*[El acta da cuenta de que se ejecutaron actividades por valor de \$40'000.000.oo, las cuales se describen en detalle].*

*“ARTICULO SEGUNDO: Ordenar a la COOPERATIVA NACIONAL DE DESARROLLO TERRITORIAL LIMITADA ‘CODETER’, el reintegro de la suma de CIENTO TREINTA Y UN MILLONES VEINTIOCHO MIL TREINTA Y TRES PESOS (\$131.028.033.oo) M/Cte., dentro de los tres días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, como saldo a favor del Departamento, producto de la liquidación del Contrato OJ 120 de 1997.*

*“PARÁGRAFO. El Departamento se reserva el derecho de reclamar los rendimientos financieros que la suma impuesta en el presente acto impone al Contratista.*

*“ARTICULO TERCERO: En el evento que el Contratista no efectúe la devolución de la suma precitada, el Departamento realizará los trámites respectivos tendientes a*

---

<sup>128</sup> Folios 51 a 56 del cuaderno 2.

*hacer efectiva la póliza No. 0705147, expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. –CONFIANZA-.*

*“ARTÍCULO CUARTO: Notifíquese al contratista y a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. –CONFIANZA-, la presente resolución, en la forma prevista en el artículo 44 y siguientes del C.C.A.*

*“(...).”*

De acuerdo con el contenido de la citada resolución, el evento que daría lugar a requerir el pago amparado mediante la Póliza de Seguro No. 0705147 lo constituye el incumplimiento de la obligación de restituir el anticipo por parte de CODETER, restitución respecto de la cual, además de que no obra prueba alguna en el proceso, ni la sociedad contratista ni la aseguradora manifestaron que se hubiese efectuado.

No sobra advertir el aspecto de la vigencia de la Póliza de Seguro No. 0705147 para el caso *sub lite*, el cual, dicho sea de paso, no presentó reparo alguno por parte de la aseguradora CONFIANZA y que se verifica de la siguiente manera: la obligación de devolver el anticipo nació desde la fecha misma en que quedó ejecutoriada la Resolución por medio de la cual se dio por terminado el contrato OJ 120 de 1997 y, por tanto, surgió en vigencia de la póliza de seguro tantas veces citada, por manera que el riesgo quedó cubierto por la respectiva garantía, con independencia de que se hubiere exigido con posterioridad a ello, en la liquidación del contrato.

Precisa la Sala que si bien no se expidió por la entidad un acto administrativo por medio del cual se declaró la ocurrencia del siniestro relativo a la incorrecta inversión del anticipo, en el acto administrativo a través del cual se liquidó unilateralmente el contrato OJ 120 de 1997 fue determinado el saldo que resultó a cargo de CODETER, al tiempo que se resolvió que, en caso de que no llegare a efectuarse por parte de la sociedad contratista la restitución del valor correspondiente, la entidad contratante realizaría los trámites necesarios para hacer efectiva la Póliza de Seguro No. 0705147 expedida por la aseguradora Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., a lo que procedió a través del litigio que ahora se resuelve, ante la inobservancia de la obligación por parte de CODETER.

También se advierte que en este caso para CODETER la devolución del anticipo se hizo exigible como consecuencia de la expedición de las resoluciones a través de las cuales se declaró y se confirmó la terminación unilateral del contrato, con fundamento en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, y que si bien esas resoluciones se declararían nulas, ello no torna en inexigible la devolución del anticipo, por cuanto, tal obligación se incorporó a la liquidación unilateral del contrato, contra la que no se formuló cargo alguno de nulidad, por lo que se encuentra en firme y surte plenamente sus efectos.

Así las cosas, dado que se encuentra probado en el proceso que CODETER no restituyó el saldo del anticipo que dejó de invertir en el desarrollo del contrato, la Sala, con base en el contenido del acto de liquidación, cuya validez no ha sido desvirtuada, declarará la ocurrencia del siniestro en la cuantía arrojada en el citado acto administrativo y, en consecuencia, ordenará a la compañía aseguradora que proceda a su pago.

En este punto de la providencia considera la Sala oportuno precisar que si bien la orden de pago que quedó contenida en el acto de liquidación del contrato a cargo de CODETER y, en su defecto, a cargo de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. - CONFIANZA -, en relación con el saldo del anticipo no invertido, era suficiente para tener por cumplida la reclamación ante la aseguradora<sup>129</sup> y, por tanto, para adelantar el cobro a través de un proceso ejecutivo, con fundamento en el título complejo correspondiente, lo cierto es que, por razones que no son objeto de este juicio, la entidad contratante decidió adelantar un proceso de carácter ordinario, cuya pretensión, en lo que a este aspecto concierne, consistió en que se verificara la realización del riesgo de mal manejo de anticipo y, en consecuencia, que se ordenara a la aseguradora que procediera a su pago.

En razón de lo anterior y en atención al principio de congruencia que debe guiar al juez en sus providencias y, además, teniendo en cuenta que los supuestos fácticos de las pretensiones a las que viene de hacerse alusión fueron debidamente acreditados en este proceso, con base, entre otras cosas, en la misma liquidación del contrato, cuya validez, se insiste, no fue controvertida, a la Sala le corresponde en este juicio declarar la ocurrencia del riesgo de incorrecta inversión del anticipo por parte de CODETER y, en consecuencia, ordenar a la compañía aseguradora CONFIANZA que pague el valor correspondiente con cargo a la Póliza No. 0705147 expedida por ella.

#### **6.8. Pretensiones indemnizatorias derivadas del no pago del anticipo.**

Dentro de la pretensión octava se solicitó *“Que la COOPERATIVA NACIONAL DE DESARROLLO TERRITORIAL LIMITADA ‘CODETER LTDA.’, debe pagar al departamento de Cundinamarca, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este proceso (...) la corrección monetaria y los intereses causados sobre la parte del anticipo recibido por el contratista y no invertido debidamente”*.

---

<sup>129</sup> Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de marzo 25 de 2014, Expediente 29205, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Citada en precedencia.

En la quinta pretensión formulada por EL DEPARTAMENTO se expresó que entre los perjuicios que debía pagar CODETER se encontraba *“la pérdida de poder adquisitivo de la suma entregada a título de anticipo y los intereses dejados de percibir sobre esa suma por el Departamento durante todo el tiempo que esa suma ha estado en poder del contratista y hasta que le sea reembolsada”*.

En relación con estas pretensiones de la demanda, que se dirigieron en contra de CODETER, la Sala procede a realizar las siguientes consideraciones:

Como ya se dijo con anterioridad, la obligación de devolver el anticipo a cargo de CODETER surgió desde el momento mismo en que quedó ejecutoriada la Resolución por medio de la cual se dio por terminado el contrato OJ 120 de 1997; lo cual daría lugar a que, ante la falta de pago que se encontró demostrada en este proceso, la contratista se viera obligada a cancelar a favor del Departamento de Cundinamarca, las sumas reclamadas en la demanda desde el momento en que incumplió la obligación de restituir el valor del anticipo no invertido, esto es, desde el día siguiente a la fecha en que quedó ejecutoriado el acto administrativo de terminación unilateral.

No obstante lo anterior, considera la Sala que la condena que por este concepto se imponga en contra de CODETER, no puede declararse desde el día siguiente a la fecha en que quedó ejecutoriado el acto administrativo por medio del cual terminó el contrato, por dos motivos, el primero, por cuanto dicho acto administrativo, por las razones ya expresadas, será declarado nulo, y, el segundo, por cuanto al liquidar unilateralmente el contrato, a la entidad le correspondía determinar los saldos que hubieren quedado a su favor hasta esa fecha, incluyendo los intereses que se hubieren podido causar por la no devolución oportuna del anticipo; sin embargo, como ello no ocurrió, no es posible que ahora los reclame por vía judicial, más aún cuando el contenido de la liquidación, como ya se ha dicho, no ha sido objeto de debate en este juicio.

De conformidad con todo lo anterior, en relación con el aparte pertinente de la pretensión octava, se considera que hay lugar a condenar a CODETER al pago de los intereses moratorios por la no devolución oportuna del valor del anticipo no invertido en la ejecución del contrato. Como quiera que las partes no acordaron tasa de interés alguna, se aplicará en el presente asunto la tasa de interés prevista en la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, para el cálculo de los intereses de mora se actualizará el capital de \$131'028.033.00, correspondiente al valor del anticipo no restituido, durante cada año o fracción de mora, de acuerdo con el incremento en el índice de precios al consumidor certificado por el

DANE<sup>130</sup>, para obtener así el valor histórico actualizado, valor sobre el cual se calculará una tasa de interés del doce por ciento (12%) anual.

Previo a realizar el respectivo cálculo es del caso anotar que la obligación consistente en reintegrar el valor del anticipo no invertido en la ejecución del contrato, no estaba sujeta a plazo o condición alguna, razón por la que debe entenderse como fecha a partir de la cual se empezaron a causar los intereses moratorios, el vencimiento de los treinta (30) contados a partir de la fecha en que quedó ejecutoriada el acta de liquidación del contrato.

Lo anterior, en aplicación a la jurisprudencia de la Corporación, según la cual en aquellos eventos en los cuales no se hubieren establecido o estipulado, de manera expresa o precisa, plazos específicos para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de cualquiera de las partes del contrato estatal y en especial cuando se trate de obligaciones de contenido dinerario, la respectiva parte contará con un plazo de treinta (30) días para la realización del pago correspondiente, por manera que incurrirá en mora a partir del vencimiento de ese plazo, el cual habrá de contarse i) bien a partir de la fecha en la cual la Administración hubiere recibido, a satisfacción, los bienes, las obras, los servicios o, en general, las prestaciones a cargo del contratista particular o ii) bien, a partir de la fecha de presentación o entrega de la correspondiente cuenta de cobro o factura, lo que ocurra primero<sup>131</sup>, en este caso, a partir de la ejecutoria del acta de liquidación en la que quedó contenida la obligación.

Según las pruebas que obra en el expediente, a través de Resolución No. 968 del 22 de octubre de 1998, el Departamento de Cundinamarca liquidó unilateralmente el contrato. En contra de este acto administrativo, CODETER y la compañía aseguradora CONFIANZA S.A., interpusieron recursos de reposición que fueron resueltos negativamente mediante resoluciones 029 del 23 de marzo de 1999 y 02542 del 9 de septiembre de 1999.

Así las cosas, de conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 62 del Código Contencioso Administrativo, el acto de liquidación del contrato quedó en firme al día siguiente a aquel en que se resolvieron los recursos interpuestos en su contrato, esto es, a partir del 10 de septiembre de 1999, en consecuencia, la mora se empezó a causar a partir del 10 de octubre de esa misma anualidad, esto es, al vencimiento de los treinta días siguientes a la ejecutoria del acto de liquidación. En consecuencia:

---

<sup>130</sup> Véase [www.dane.gov.co](http://www.dane.gov.co). Consulta realizada el 25 de noviembre de 2014 a las 10:21 A.M.

<sup>131</sup> Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera del 30 de julio de 2008, Exp. 23003 M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

VALOR ADEUDADO	PERIODO	VARIACION IPC <sup>132</sup>	VALOR VAR <sup>133</sup>	VHA <sup>134</sup>	TASA
131'028.033	1999/oct-2000/oct	7,9	10351214,61	141'379.248	16'965.509,71
141'379.248	2000-2001	7,16	10122754,13	151'502.002	18'180.240,21
151'502.002	2001-2002	5,88	8908317,702	160'410.319	19'249.238,33
160'410.319	2002-2003	5,48	8790485,505	169'200.805	20'304.096,59
169'200.805	2003-2004	4,89	8273919,362	177'474.724	21'296.966,92
177'474.724	2004-2005	4,66	8270322,153	185'745.046	22'289.405,57
185'745.046	2005-2006	4	7429801,858	193'174.848	23'180.981,8
193'174.848	2006-2007	4,68	9040582,901	202'215.431	24'265.851,75
202'215.431	2007-2008	6,9	13952864,75	216'168.296	25'940.195,52
216'168.296	2008-2009	1,98	4280132,26	220'448.428	26'453.811,39
220'448.428	2009-2010	2,31	5092358,692	225'540.787	27'064.894,43
225'540.787	2010-2011	3,15	7104534,788	232'645.322	27'917.438,61
232'645.322	2011-2012	2,48	5769603,978	238'414.926	28'609.791,08
238'414.926	2012-2013	1,89	4506042,096	242'920.968	29'150.516,13
242'920.968	2013-2014	3,25	7894931,453	250'815.899	30'097.907,91
<b>TOTAL</b>					<b>360'966.845,9</b>

El valor total de los intereses moratorios a la fecha de la presente providencia asciende a la suma de trescientos sesenta millones novecientos sesenta y seis mil ochocientos cuarenta y cinco pesos con nueve centavos (\$360'966.845,9).

En lo que concierne al aparte pertinente de la pretensión quinta, debe negarse, toda vez que, además de que los intereses no puede calcularse sobre el valor total del anticipo entregado, sino únicamente sobre la parte que no fue invertida, tal y como se acabó de hacer, los intereses remuneratorios a los que se refiere la pretensión se habrían causado hasta la fecha en que quedó ejecutoriada la liquidación del contrato y, como ya se expresó, dado que la suma que habría correspondido a esta clase de intereses no fue incluida en ese acto contractual, no es posible que se pretenda su declaratoria por vía judicial.

Ahora bien, de conformidad con la sexta pretensión *“la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. ‘CONFIANZA’ debe pagar al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este proceso, la suma de ciento treinta y un millones veintiocho mil treinta y tres pesos (\$131'028.033,00), o la suma que sea determinada en el curso del proceso como consecuencia de la liquidación que dentro del mismo se haga del convenio interadministrativo OJ 120 de 1.997, correspondiente a la parte indebidamente invertida y no amortizada por parte de la entidad contratista, dentro del valor asegurado para este efecto en la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades oficiales distinguida con el No. 0705147”*.

<sup>132</sup> Corresponde a la variación del IPC obtenida de la información registrada por el DANE en la página web [www.dane.gov.co](http://www.dane.gov.co). Consulta realizada el 25 de noviembre de 2014.

<sup>133</sup> Es el resultado de multiplicar el valor adeudado por la variación del IPC sobre 100.

<sup>134</sup> El valor histórico actualizado es el resultado de sumar el valor adeudado y el valor de la variación.

Asimismo, en una parte de la pretensión séptima se pidió que CONFIANZA fuera condenada a pagar *“el valor del incremento por corrección monetaria que deba calcularse sobre el anticipo indebidamente invertido por el contratista, a fin de compensar la pérdida de valor económico de esa suma, entre la fecha en que la misma fue entregada al contratista y hasta que se produzca su reembolso, más los intereses dejados de percibir por el departamento de Cundinamarca sobre la misma cantidad y en el mismo lapso de tiempo”*.

En relación con estas pretensiones de la demanda, dirigidas en contra de la aseguradora CONFIANZA S.A., la Sala procede a realizar las siguientes consideraciones:

Dado que, como se explicó de manera precedente, la pretensión formulada por el Departamento en contra de la compañía aseguradora consistió en que se declarara la ocurrencia del riesgo amparado en la Póliza de Seguro No. 0705147 por la incorrecta inversión del anticipo, en atención al principio de la congruencia, no es posible condenar a la aseguradora a cancelar a favor de su contraparte ninguna clase de intereses, por cuanto la obligación de pago que surge en esta providencia en razón de la declaración de ocurrencia del siniestro, sólo puede hacerse exigible a partir de su ejecutoria.

Al respecto, se reitera que si bien la Sala no se desconoce que la orden de pago que quedó contenida en el acto de liquidación del contrato a cargo de CODETER y, en su defecto, a cargo de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. - CONFIANZA -, en relación con el saldo del anticipo no invertido, era suficiente para tener por cumplida la reclamación ante la aseguradora<sup>135</sup> y, por tanto, para adelantar el cobro a través de un proceso ejecutivo, con fundamento en el título complejo correspondiente, lo cierto es que el Departamento no demandó la ejecución de la obligación contenida en ese acto administrativo, sino que se declare a su existencia a través de este proceso judicial.

En razón de que se declarará la nulidad de las resoluciones a través de las cuales se declaró la terminación unilateral del contrato, la SALA condenará a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. - CONFIANZA -, a pagar con cargo a la Póliza de Seguro No. 0705147, la parte del anticipo no invertido, actualizado a partir de la fecha de ejecutoria de los actos administrativos mediante los cuales la entidad liquidó unilateralmente el contrato, hasta la fecha de esta providencia, de conformidad con los siguientes cálculos:

Valor del anticipo pendiente de amortizar: \$131'028.033.oo.

---

<sup>135</sup> Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de marzo 25 de 2014, Expediente 29205, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Citada en precedencia.

IPC inicial: septiembre de 1999, correspondiente al mes de ejecutoria de la Resolución 2542 del 9 de Septiembre de 1999: 56,23.

IPC final: octubre de 2014: 117,68.

Valor actualizado =  $\frac{\$131'028.033.00 \times 117,68 \text{ (IPC final)}}{56,23 \text{ (IPC inicial)}}$

VALOR ACTUALIZADO: \$ 274'219.792,34

#### **6.9. La pretendida declaratoria de incumplimiento del contrato.**

El DEPARTAMENTO solicitó, como cuarta pretensión, la declaratoria de que CODETER incumplió las obligaciones derivadas del contrato OJ 120 de 1997, “*al no llevar a cabo las obras previstas en el mismo en la forma en que se encontraba estipulado*”, por lo cual el contratista era responsable y se configuraba el riesgo de incumplimiento contenido en la póliza número 0705147.

En las pretensiones quinta, séptima y octava solicitó la indemnización de perjuicios que se habrían derivado del incumplimiento.

Si bien la Sala lo ha expresado en relación con las demandas formuladas por el contratista, los argumentos son igualmente válidos en el evento de que quien demande sea la entidad pública que liquidó unilateralmente el contrato, en el sentido de que no resulta viable invocar el incumplimiento del contrato, como pretensión autónoma, cuando el contrato ha sido liquidado unilateralmente. En efecto, así se ha expresado la jurisprudencia de la Sala:

*“Según lo ha expresado la Sala en una providencia relativamente reciente<sup>136</sup>, no le es viable al contratista invocar el incumplimiento del contrato como pretensión autónoma cuando la entidad pública contratante ha liquidado unilateralmente el negocio jurídico. Una vez la entidad pública contratante liquida de forma unilateral el contrato, según lo definido por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, resulta necesario demandar la anulación del acto administrativo contractual de liquidación, so pena de que la acción devenga improcedente por ineptitud formal de la misma”<sup>137</sup>.*

---

<sup>136</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 7 de noviembre de 2012, exp. 25.915.

<sup>137</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de junio 27 de 2013, Expediente 28919, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha expresado que una vez liquidado unilateralmente el contrato, sólo es viable su controversia a través de la solicitud de nulidad de los actos administrativos que la hubieran adoptado:

*“(...) una vez media el acto de liquidación unilateral la única forma de controvertir aspectos relacionados con la celebración o ejecución del contrato estatal es mediante el levantamiento del velo de legalidad de que goza el acto administrativo que contiene la misma, circunstancia que torna exigente, como lo ha señalado esta Corporación, la formulación de la causa petendi y el fundamento jurídico de la responsabilidad, pues será requisito sine qua non deprecar la declaratoria de ilegalidad total o parcial del acto que contiene la liquidación así como la indicación y el desarrollo del concepto de la violación en el que se apoya la censura respectiva”<sup>138</sup>.*

La Sala de Subsección en la providencia ya citada, sostuvo que la exigencia de demandar el acto de liquidación unilateral, si se quiere pedir la declaratoria de incumplimiento, no constituye un asunto meramente formal. Así se expresó:

*“No se trata de un asunto meramente formal que la Jurisprudencia se haya ocupado de advertir al contratista que demanda la reparación del perjuicio derivado de un contrato ya liquidado, el deber que le asiste de demandar la nulidad del acto de liquidación y el de sustentar la causa de tal nulidad. En efecto, si se estimara apta la demanda presentada sobre el incumplimiento contractual sin incluir el acto de liquidación del contrato y se diera curso a una decisión, tendría que limitarse a la causa petendi planteada por el demandante, lo cual desconocería la realidad financiera del contrato cuya controversia evalúa, limitando al Juzgador para conocer y pronunciarse sobre la situación contractual en forma integral. Alegar la autonomía de la acción contractual de incumplimiento cuando existe un acto administrativo de liquidación unilateral del contrato afectaría los principios de congruencia, de defensa y de contradicción. De allí que, aunque por la vía de la misma acción contractual, se imponga la necesidad de demandar el acto administrativo contractual de liquidación unilateral, para cuyo propósito se requiere hacer expresa la pretensión de nulidad y, además, hacer el concepto de violación, tal y como lo ha precisado la Sala: (...)”<sup>139</sup>.*

En el caso sub examine, aunque EL DEPARTAMENTO solicitó que se declare el incumplimiento del contrato, lo cierto es que ante la existencia del acto administrativo de liquidación unilateral era necesario que demandara la nulidad de las Resoluciones 968 del 22 de octubre de 1998 –por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato OJ 120 de 1997-, 029 del 23 de marzo de 1999 y 2542 del 9 de Septiembre de 1999 –por medio de las cuales se resolvieron los recursos interpuestos por la contratista y por la compañía aseguradora en contra de la Resolución 968.

---

<sup>138</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 16941, M.P. Enrique Gil Botero.

<sup>139</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de junio 27 de 2013, Expediente 28919, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

En este orden de ideas, EL DEPARTAMENTO debió solicitar –y naturalmente probar- la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales se adoptó la liquidación del contrato, en tanto que no resulta posible discutir el incumplimiento del contrato de forma autónoma cuando existe de por medio un acto administrativo contractual que previamente ha decidido la liquidación unilateral del aludido vínculo obligacional.

Así las cosas, la legalidad de estos actos se mantiene incólume, sin que resulte legalmente posible entrar a revisar las reclamaciones solicitadas por EL DEPARTAMENTO, por cuanto la validez de las decisiones de la liquidación no fue cuestionada y la revisión de la liquidación unilateral del contrato sólo puede resultar del cuestionamiento del acto administrativo que la origina.

Dado lo anterior, para la Sala resulta totalmente pertinente declarar, en relación con la pretensión cuarta y las consecuenciales séptima y parcialmente la quinta y la octava, la ineptitud de la demanda, por cuanto la entidad ningún cargo anulatorio formuló en contra de las mencionadas resoluciones y, adicionalmente, tampoco la compañía aseguradora desvirtuó su legalidad.

#### **6.10. Restituciones mutuas.**

Llegados a este punto corresponde precisar que el contrato en torno al cual gira la presente controversia se celebró el 16 de diciembre de 1997, es decir en vigencia de la Ley 80 de 1993, de ahí que se hace imperioso examinar el alcance de esta norma jurídica en cuanto tiene que ver con los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato OJ 120 de 1997.

Sobre el particular el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, prevé lo que se transcribe a continuación:

***“Artículo 48º.- 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”.*

De conformidad con la norma en cita se tiene que la nulidad absoluta de un contrato, además de hacerlo desaparecer de la vida jurídica desde el mismo momento de su celebración, también genera otros efectos, consistentes en el reconocimiento y pago de las prestaciones que

hubieren sido ejecutadas hasta el momento en que se ordene la declaratoria judicial de nulidad.

En ese orden de ideas, la regla contenida en el artículo 48 de la Ley 80 constituye una regla especial y diferente frente a aquellos que en punto a los efectos de la declaratoria de nulidad establecen los artículos 1746 y 1525 del Código Civil, por virtud de los cuales la declaración de nulidad tiene entre las partes un efecto retroactivo, en la medida en que da lugar a la retroacción de los efectos producidos por el acto o contrato antes de su exclusión del mundo jurídico por parte del juez, salvo en el caso en el cual la causa de la anulación la hubiere constituido la ilicitud del objeto o de la causa con el conocimiento de las partes. Ése, precisamente, es el alcance de lo dispuesto por el inciso primero del artículo 1746 C.C., a cuyo tenor *“la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”*; y en relación con esta última frase, el artículo 1525 C.C. establece que *“no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”*.

El contenido de las dos precitadas disposiciones es aquel cuya aplicación a la contratación estatal inhibe el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, en cuanto tiene que ver con el rubro que de las restituciones mutuas aborda este último precepto, cuales son *“las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria”* de nulidad del contrato; sin embargo, las prestaciones contractuales no son el único concepto que debe tomarse en consideración al momento de adoptar las decisiones que correspondan en punto a las restituciones que han de sobrevenir a la anulación de un acto o contrato, pues igualmente debe resolverse lo que corresponda en lo atinente a rubros como los frutos y las mejoras de los bienes comprometidos en la relación contractual, elementos éstos que no necesariamente deben formar parte de las prestaciones a las cuales se habían comprometido las partes en el negocio posteriormente anulado.

En relación con esos otros rubros, diversos de *“las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria”* de nulidad, nada prevé el mencionado artículo 48 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual cuando quiera que los anotados conceptos — intereses, frutos, mejoras — no se hayan incluido en el contenido de las prestaciones del negocio jurídico, en defecto de regulación expresa de la materia en el Estatuto de Contratación Estatal, ha de darse aplicación a lo normado en el inciso segundo del artículo 1746 del Código Civil, el cual dispone lo siguiente:

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

*de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”.*

De cara al caso concreto encuentra la Sala que el contrato que se impone anular se celebró bajo la modalidad de tracto sucesivo, por lo cual, en relación con las restituciones mutuas y de conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, se debe determinar el valor de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

En este proceso se probó que la entidad pública demandada liquidó unilateralmente el contrato OJ 120 de 1997. La liquidación, después de efectuar el balance de las actividades realizadas por la cooperativa contratista y los pagos efectuados por la entidad, arrojó un saldo a favor de la entidad de \$131'028.033.00 y, las razones anotadas anteriormente, esta liquidación alcanzó firmeza.

Es del caso precisar que si bien la liquidación unilateral se realizó respecto del contrato que se impone anular y, en ese orden de ideas, la consecuencia es que opere el fenómeno del decaimiento respecto de ese acto, no lo es menos que éste ya surtió sus efectos.

Así pues, comoquiera que en la liquidación se refleja el balance realizado por la entidad respecto de las inversiones y las prestaciones ejecutadas por la cooperativa en desarrollo del referido contrato y habida cuenta de que no hay elementos probatorios que permitan determinar la ejecución de otras inversiones y prestaciones diferentes a las incluidas en la liquidación, menos aún, el valor de las mismas, la Sala le otorgará pleno valor a las sumas arrojadas por esta liquidación y, en consecuencia, no ordenará restituir suma diferente a esos conceptos, los cuales, según se expresó anteriormente, ante el no pago de CODETER, deberán ser pagados por la aseguradora CONFIANZA.

Por último, ha de señalarse que no hay lugar a ordenar restitución alguna por concepto de frutos, toda vez que no existe prueba de que CODETER hubiese procedido de mala fe.

Así mismo, tampoco hay lugar a condenar al pago de mejoras, en tanto que no existe prueba en el expediente que permita tener por acreditada la existencia de valores ejecutados diferentes a los reconocidos por la entidad en la liquidación.

## **7. Costas del proceso.**

Toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya

actuado temerariamente y, en el sub lite, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

## **F A L L A**

**PRIMERO: REVOCAR** la Sentencia proferida el 24 de noviembre de 2004, por el Tribunal Administrativo Cundinamarca, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** que entre el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA y la COOPERATIVA NACIONAL DE DESARROLLO TERRITORIAL LIMITADA 'CODETER LTDA.', se celebró el contrato OJ 120 de 1997.

**TERCERO: DECLARAR** que la COOPERATIVA NACIONAL DE DESARROLLO TERRITORIAL LIMITADA 'CODETER LTDA.', recibió por concepto de anticipo del contrato OJ 120 de 1997 la suma de CIENTO SETENTA Y UN MILLONES VEINTIOCHO MIL TREINTA Y TRES PESOS (\$171'028.033).

**CUARTO: DECLARAR** que se verificó la realización del riesgo de incorrecta inversión del anticipo del contrato OJ 120 de 1997, en los términos expuestos en las consideraciones de la presente sentencia.

**QUINTO: CONDENAR** a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. 'CONFIANZA', a pagar al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA la suma de DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS DIECINUEVE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS \$ 274'219.792,34, por concepto del valor actualizado de la indemnización por la ocurrencia del riesgo de incorrecta inversión del anticipo por parte de la COOPERATIVA NACIONAL DE DESARROLLO TERRITORIAL LIMITADA 'CODETER LTDA.'.

**SEXTO: CONDENAR** a la COOPERATIVA NACIONAL DE DESARROLLO TERRITORIAL LIMITADA 'CODETER LTDA.', a pagar al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA la suma de TRESCIENTOS SESENTA MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL

OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON NUEVE CENTAVOS (\$360'966.845,9), por concepto de los intereses moratorios que se causaron por el no reintegro del valor que le fue entregado como anticipo, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

**SÉPTIMO: DECLARAR** la nulidad de las Resoluciones 1522 del 4 de mayo de 1998 y 2583 del 13 de julio del mismo año, por medio de las cuales el departamento de Cundinamarca decidió terminar unilateralmente el contrato OJ 120 de 1997, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**OCTAVO:** Declarar la nulidad absoluta del contrato OJ 120 de 1997, por las razones expuestas en las consideraciones de esta sentencia.

**NOVENO: DECLARAR** que no hay lugar a restituciones mutuas, producto de la nulidad absoluta del contrato OJ 120 de 1997, diferentes a las sumas arrojadas por su liquidación, debidamente actualizadas.

**DÉCIMO: DECLARAR** la ineptitud sustantiva de la demanda interpuesta por el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA en contra de la COOPERATIVA NACIONAL DE DESARROLLO TERRITORIAL LIMITADA –CODETER LTDA.- y de la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. –CONFIANZA S.A.-, en relación con las pretensiones cuarta, séptima y parcialmente quinta y octava, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**UNDÉCIMO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda interpuesta por la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. –CONFIANZA, en contra del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**DUODÉCIMO:** Sin condena en costas.

En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

*Radicación: 29906*  
*Actor: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA Y CONFIANZA S.A.*  
*Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA Y OTROS*  
*Referencia: Acción Contractual*

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNAN ANDRADE RINCÓN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**