



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: **CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá D.C., cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 85001 23 31 000 2000 00282 01
Interno: 37834
Actor: HERMES GARCÍA BLANCO
Demandado: MUNICIPIO DE TAURAMENA Y OTRO
Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte actora contra la sentencia del 24 de septiembre de 2009, dictada por el Tribunal Administrativo de Casanare, que "... *negó las pretensiones de la demanda en relación con el municipio de Tauramena*" y declaró probada la excepción de "*falta de jurisdicción*", propuesta por la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Ltda. –CODETER–.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

El 25 de mayo de 2000¹, el señor Hermes García Blanco (por intermedio de apoderado judicial) demandó al municipio de Tauramena (Casanare) y a la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Ltda. –CODETER–, con el fin de que se declarara: *i)* la nulidad de cuatro comunicaciones, expedidas por CODETER el 26 de abril de 1999, por medio de las cuales se terminaron unilateralmente las órdenes de servicio 076, 077, 078 y 079 de 1997, *ii)* el incumplimiento del contrato 042 de 1997, celebrado entre el demandante y CODETER –en virtud del cual se expidieron dichas órdenes– y *iii)* la ruptura

¹ Folio 38, c. 1.



del equilibrio económico y financiero del mismo contrato; adicionalmente, se solicitó **iv)** la liquidación judicial del contrato, **v)** el pago de cuentas pendientes (radicadas ante CODETER el 14 de julio de 1999 y el 11 de agosto del mismo año) y **vi)** el reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados.

Según los hechos de la demanda, el municipio de Tauramena celebró dos convenios interadministrativos con CODETER (009 de 1997 y 011 del mismo año), que tenían por objeto la construcción –por parte de esta última– de los puentes sobre el “... Río Chitamena paso San Jorge” y “... Caño Huesero vía Caribayona – Mata La Urama”, por valor de \$1.000'000.000 y \$500'000.000, respectivamente.

Para dar cumplimiento a dichos compromisos institucionales, CODETER celebró con el demandante el contrato de “... DISPONIBILIDAD PARA LA ASISTENCIA TÉCNICA Y/O PROFESIONAL ...” 042 de 1997, en virtud del cual se expidieron las órdenes 076, 077, 078 y 079 del mismo año, con miras a la construcción de los mencionados puentes; no obstante, durante el *iter contractual* se presentaron varias suspensiones de las obras, por hechos no imputables al contratista, las cuales condujeron a que la cooperativa terminara unilateralmente tales órdenes de servicio².

2. Contestaciones a la demanda

2.1 El municipio de Tauramena admitió como ciertos algunos hechos, negó otros y manifestó no constarle los demás; adicionalmente, se opuso a las pretensiones de la demanda, toda vez que, en su criterio, no tuvo ninguna relación jurídica con el señor Hermes García Blanco, pues no celebró ningún contrato estatal ni órdenes de servicio con él y tampoco expidió ningún acto administrativo que lo afectara.

Formuló las excepciones que denominó “INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES”, “PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DE

² La demanda fue reformada mediante escrito que obra a folios 199 a 235 del cuaderno 1 y la reforma fue admitida por el a quo mediante auto del 22 de febrero de 2001 (fl. 264, c. 1).



LA ACCIÓN CONTRACTUAL" Y "FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA" (fls. 298 a 303, c. 1).

En escrito separado, **llamó en garantía** a los señores Gundisalvo Vega Sanabria y Milton Herber Álvarez Alfonso (ex alcaldes de dicho municipio) quienes suscribieron y ejecutaron los convenios interadministrativos 009 y 011 de 1997; además, llamó en garantía a la compañía aseguradora El Libertador S.A., quien emitió la póliza de cumplimiento 19829 de 1997 (fls. 1 a 3, c. 3). Dichos llamamientos fueron admitidos por el *a quo* mediante auto del 26 de julio de 2001 (fls. 6 a 7, c. 3).

2.2 CODETER también se opuso a las pretensiones de la demanda y, en cuanto a los hechos, aceptó algunos como ciertos, negó otros y manifestó atenerse a lo que resultara probado. Arguyó que es una persona jurídica de derecho privado y que, por ende, el estudio del contrato 042 de 1997 y las órdenes dictadas con ocasión del mismo son atinentes a la órbita de la jurisdicción ordinaria y no a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Agregó que, en la cláusula décimo tercera del contrato 042 de 1997, se estipuló una cláusula compromisoria, con fundamento en la cual el conocimiento del presente asunto se le asignó a la jurisdicción arbitral y no a esta jurisdicción, como lo pretende el extremo demandante; por la misma razón, solicitó declarar probada la excepción de "FALTA DE JURISDICCIÓN".

También formuló las excepciones que denominó "FALTA DE COMPROMISO" [la cual no precisó en qué consistía] y "... CADUCIDAD DE LA ACCIÓN", pues, según ella, desde cuando se celebró el mencionado contrato 042 y se expidieron las órdenes impartidas con ocasión del mismo, habían transcurrido más de los dos años de que trata el artículo 136 del C.C.A. (fls. 39 a 43, c. 3).

2.3 La compañía aseguradora El Libertador S.A. igualmente se opuso a las pretensiones de la demanda y, en cuanto a los hechos, negó unos y manifestó no constarle los demás.



Formuló las siguientes excepciones: **i)** "IMPROCEDENCIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA POR INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN DE GARANTÍA", pues entre ella y el demandante en este proceso no existe ningún tipo de relación contractual, **ii)** "INEXISTENCIA DE SINIESTRO", pues el municipio de Tauramena no expidió ningún acto administrativo constitutivo del mismo y **iii)** "PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES Y [DE] LOS DERECHOS", como quiera que transcurrieron más de dos años, contados desde el vencimiento de la póliza, sin que se hubiera configurado ningún título en contra de la aseguradora (fls. 22 a 31, c. 3).

2.4 El señor Milton Herbert Álvarez (por intermedio de curador *ad litem*) recorrió el traslado del llamamiento en garantía, en escrito por medio del cual se opuso a las pretensiones de la demanda y, en cuanto a los hechos, aceptó algunos como ciertos y negó los demás. Arguyó que no participó en la celebración de ningún contrato con el demandante ni expidió acto administrativo alguno en contra de éste, razón por la cual formuló la excepción que denominó "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO" (fls. 332 a 338, c. 1).

También alegó como excepción la "INCOMPETENCIA TERRITORIAL DEL TRIBUNAL ...", pues el domicilio contractual de las partes se fijó en la ciudad de Bogotá –para ambos– y, por consiguiente, este litigio se debió iniciar en dicha ciudad y no ante el Tribunal Administrativo de Casanare.

Finalmente, arguyó que se debió conformar un tribunal de arbitramento para decidir el presente asunto, como se estipuló en la cláusula décimo tercera del contrato 042 de 1997 (fls. 330 a 331, c. 3).

2.5 El señor Gundisalvo Vega Sanabria (también por intermedio de curador *ad litem*) recorrió el traslado del llamamiento en garantía, en escrito por medio del cual se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó algunos hechos como ciertos y manifestó no constarle los demás. Como razones de la defensa, señaló que no actuó de manera dolosa o gravemente culposa, lo cual igualmente propuso como excepción (fls. 333 a 338, c. 1).



3. Cerrada la etapa probatoria, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión (auto del 5 de octubre de 2006, fl. 460 c. 1).

3.1 En el término del traslado para presentar alegatos de conclusión, la parte actora solicitó acceder a las pretensiones de la demanda, pues, según ella, CODETER LTDA. es una cooperativa constituida por entidades territoriales y, por consiguiente, sus actos –para la contratación– deben regirse por la Ley 80 de 1993.

Agregó que, contrario a lo que sostiene CODETER, las comunicaciones del 26 de abril de 1999 son verdaderos actos administrativos, cuya finalidad fue declarar la terminación unilateral de las órdenes de servicio 076, 077, 078 y 079 de 1997, razón por la cual esta jurisdicción sí tiene competencia.

Finalmente, sugirió al Tribunal el decreto oficioso de algunas pruebas (fls. 469 a 478, c. 1).

3.2 El municipio de Tauramena solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, toda vez que –reiteró– no tuvo relación contractual alguna con el demandante y jamás expidió ningún acto administrativo que lo perjudicara. Aseveró que las pretensiones de la demanda son "superfluas", "falaces" y "equivocadas", y señaló que las diferencias entre el demandante y dicha cooperativa se debían ventilar ante la jurisdicción ordinaria laboral.

De otra parte, insistió en las excepciones propuestas en la demanda, particularmente, en la falta de "jurisdicción y competencia" (fls. 462 a 467, c. 1).

3.3. El representante del Ministerio Público rindió concepto en esta instancia, en escrito por medio del cual solicitó acceder a las pretensiones de la demanda, pues, en su criterio, con el mecanismo contractual empleado en el presente asunto CODETER desconoció las normas de la contratación pública, particularmente, las atinentes a la modalidad de selección de licitación pública.



De otra parte, señaló que la cláusula compromisoria estipulada por las partes quedó "relegada a un segundo plano", como quiera que también fue demandado el municipio de Tauramena, al cual no le era oponible tal compromiso y, por consiguiente, esta jurisdicción es la competente para conocer del presente asunto (fls. 512 a 514, c. 1).

3.4 Los demás guardaron silencio en esta oportunidad (fl. 518, c. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 24 de septiembre de 2009, el Tribunal Administrativo de Casanare: **i)** "... negó las pretensiones de la demanda en relación con el municipio de Tauramena"³ y **ii)** declaró probada la excepción de "... falta de jurisdicción"⁴, propuesta por la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Ltda. -CODETER-. En relación con la primera decisión, señaló que no existe ninguna relación contractual entre el demandante y el municipio de Tauramena, razón por la cual tampoco se podía ventilar el litigio ante esta jurisdicción ni solicitar indemnización alguna por el incumplimiento de un contrato inexistente.

En cuanto a la segunda decisión, señaló que, en la cláusula décimo tercera del contrato 042 de 1997, se consagró un pacto compromisorio en virtud del cual se dispuso que el conocimiento de las controversias que surgieran entre los contratantes debían ser resueltas por la jurisdicción arbitral y no por esta jurisdicción.

En sus conclusiones, afirmó que (se transcribe conforme obra, inclusive con errores):

"... Tauramena no debió ser objeto de las pretensiones contractuales pues no celebró ningún negocio jurídico de esa especie con el actor; y que los desacuerdos entre Codeter, efectivamente constituida como una entidad estatal a título de administración pública cooperativa, y su contratista, el demandante, quedaron sometidos por voluntad de las

³ Fl. 529, c. ppal.

⁴ Ibidem.



Interno: 37834
Actor: Hermes García Blanco



7

partes a la jurisdicción arbitral. A ella le correspondía ocuparse igualmente de los llamados 'actos de revocatoria' de los contratos, pues su naturaleza se reduce a una expresión unilateral de uno de los contratantes, que podría ventilarse como una modalidad de eventual incumplimiento del contrato mismo" (fl. 528, c. ppal).

III. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante formuló recurso de apelación, por medio del cual solicitó revocar la sentencia anterior y acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto, a su juicio, "... la estipulación de constitución de un tribunal de arbitramento se torna en un todo inaplicable en virtud a (sic) que no consta en los contratos interadministrativos No. 09 y el No. 11, suscritos en su orden el 21 de enero de 1997, entre el Municipio de Tauramena (Casanare) y CODETER" (fl. 537, c. ppal).

De otra parte, señaló que el municipio de Tauramena sí recibió la obra realizada hasta cuando CODETER le revocó las órdenes de trabajo al contratista, razón por la cual, en su sentir, "... debe aplicarse el principio IURA NOVIT CURIA y hacer verdadera justicia evitando un enriquecimiento injusto o sin causa por parte del ente territorial demandando ..." (fl. 549, c. ppal).

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación se concedió el 22 de octubre de 2009 y fue admitido por esta Corporación el 14 de mayo de 2010 (fl. 555, c. ppal.).

El 13 de agosto de 2010, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (fl. 557, c. ppal).

1. La parte demandante solicitó revocar la sentencia apelada, para lo cual reiteró los mismos argumentos expuestos en el recurso de apelación y añadió que la declaración de nulidad de los actos administrativos no admitía ningún estudio en la jurisdicción arbitral, pues son del "... resorte exclusivo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo" (fl. 561, c. ppal).



2. El extremo demandado, los llamados en garantía y el Ministerio Público guardaron silencio en esta oportunidad (fl. 566, c. ppal).

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia y cláusula compromisoria

Uno de los extremos de la relación procesal está conformado por la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Ltda. -CODETER-, entidad sin ánimo de lucro que, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal aportado a la actuación, está integrado por la fundación "Salvemos el Medio Ambiente" y los municipios de Ortega, Purificación, Padilla y Puerto Tejada (los dos primeros del departamento del Tolima y, los dos últimos, del Cauca), con el objeto de "... NEGOCIAR, GESTIONAR, CONSTRUIR Y EJECUTAR TODO LO CONCERNIENTE A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN: CONSTRUCCIONES, CONSULTORIAS, PROVEEDURÍA, COMPRAVENTA, ARRIENDO DE BIENES MUEBLES E INMUEBLES A SUS ASOCIADOS Y AL PÚBLICO EN GENERAL, CON EL FIN DE FOMENTAR Y PROPENDER POR EL FORTALECIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE LA INTEGRACIÓN COOPERATIVA EN SUS DIFERENTES MANIFESTACIONES PARA APOYAR LA EJECUCIÓN DE LOS PLANES Y PROGRAMAS DE DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LOS DIFERENTES ENTES TERRITORIALES, ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS, FONDOS DE COFINANCIACIÓN, CORPORACIONES, ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO, NACIONALES, INTERNACIONALES, EXTRANJERAS, GUBERNAMENTALES, NO GUBERNAMENTALES Y DE DERECHO PRIVADO. EN DESARROLLO DE LO ANTERIOR, CODETER, (sic) PODRÁ EJECUTAR LAS ACTIVIDADES, CONTRATOS, ACTOS, OPERACIONES, CONVENIOS, NEGOCIOS Y ACUERDOS QUE FUEREN NECESARIOS Y CONVENIENTES PARA EL CABAL CUMPLIMIENTO DE SU OBJETO SOCIAL ..." (fl. 168, c. 1).

Corresponde precisar que el artículo 95 de la Ley 489 de 1998⁵ permite la asociación de entidades públicas con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios a su cargo, bien sea a través de la celebración de convenios interadministrativos o a partir de la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro. El

⁵ "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".



inciso segundo del artículo 95 de esa ley establece, en cuanto al régimen jurídico de estas últimas personas, lo siguiente:

"Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal".

Este artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C - 671 de 1999, bajo el entendido de que "... las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género, sin perjuicio de que, en todo caso, **el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, (sic) de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias**" (se subraya).

Así las cosas, comoquiera que el régimen de la contratación es el propio de las entidades estatales, pues la cooperativa demandada está integrada por entidades públicas del orden municipal, es claro que la jurisdicción contenciosa administrativa es la competente para asumir el conocimiento del presente asunto, de conformidad con lo previsto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993⁶.

Ahora, si bien en el contrato 042 de 1997 (celebrado entre CODETER y el ingeniero Hermes García Blanco) se pactó una cláusula compromisoria, en la cual se dispuso que las diferencias que surgieran en el desarrollo de aquel serían "... resueltas por tres árbitros nombrados por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá" (fl. 48, c. 1), lo cierto es que la demanda formulada en el presente asunto no se dirigió únicamente en contra de CODETER (contratante que se sometió al pacto arbitral), sino que, además, se

⁶ Es de anotar que los contratos de las administraciones cooperativas, como el que se presenta en el sub examine, tienen un tratamiento similar al establecido para los contratos de las sociedades de economía mixta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto 1482 de 1989 [modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006].



presentó en contra del municipio de Tauramena (Casanare), circunstancia por la cual también se impone concluir que la jurisdicción competente es la contenciosa administrativa, pues esta última entidad no está obligada por dicha cláusula y, por ende, no puede ser sometida a la justicia arbitral.

En este orden de ideas, basta que el demandante impute acciones u omisiones contra varios sujetos y que uno de ellos deba ser juzgado por la jurisdicción contenciosa administrativa (al margen de la cláusula compromisoria) para que ésta asuma la competencia. Así lo ha precisado la Sala en reiteradas providencias:

"(...) cuando un daño pudo haber sido causado o puede resultar imputable a una entidad pública y a uno o varios particulares, aquel arrastra a los particulares al proceso contencioso administrativo, sin perjuicio de que en la sentencia se absuelva o se condene solamente al ente oficial.

"Cuando en la producción del daño se plantea una causa imputable a una entidad de derecho público, el juzgamiento corresponde a esta jurisdicción, aunque se prediquen otras causas atribuibles a una o varias entidades particulares, cuyo juez natural en principio lo es el ordinario, pero que (sic) en virtud del fenómeno procesal del fuero de atracción, pueden ser juzgadas por esta jurisdicción al haber sido demandadas con la entidad estatal.

"En efecto, la tesis del fuero de atracción, (sic) permite que la jurisdicción de lo contencioso administrativo asuma el juzgamiento de una entidad que normalmente debe ser juzgada por la justicia ordinaria, siempre que sea demandada ante el contencioso administrativo junto con otra entidad cuyo juzgamiento sí corresponda a esta jurisdicción"⁷ –se subraya–.

Por si lo anterior fuera poco, la Sala destaca que las pretensiones anulatorias en el *sub examine* recaen sobre las comunicaciones del 26 de abril de 1999, por medio de las cuales se terminaron unilateralmente las órdenes de servicios 076, 077, 078 y 079 de 1997, situación que igualmente sustrae de la jurisdicción arbitral el conocimiento del presente asunto, pues tal jurisdicción no tiene competencia para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales⁸.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 8 de octubre de 1998, expediente 15392 (citado en sentencia del 5 de marzo de 2015, expediente 31374).

⁸ Cabe anotar que, en el certificado de existencia y representación de CODETER, aparece como facultad del representante legal la de "... PREPARAR, PROGRAMAR Y SUSCRIBIR ... LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS REQUERIDOS" (fl.169, c. 1).



En efecto, el contrato 042 de 1997 se gobernó por el Estatuto de Contratación Estatal y la incorporación de las cláusulas excepcionales resultaba obligatoria, por tratarse de un contrato de obra [como se expondrá más adelante], al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que establece:

"Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

"(...).

"2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

"Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

"En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente" (se resalta).

Así, pues, pese a que se convino una cláusula compromisoria en el mencionado contrato 042 de 1997, como los actos administrativos cuestionados entrañan el ejercicio de una potestad excepcional (terminación unilateral del contrato), el análisis de éstos corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa⁹.

Finalmente, le asiste competencia a esta Corporación para conocer del presente proceso en segunda instancia (artículo 129 del Código Contencioso Administrativo), toda vez que la cuantía exigida al efecto para el momento de la presentación de la demanda era de \$26'390.000 (artículo 131 del C.C.A., subrogado por el Decreto 597 de 1988) y, en el presente asunto, la pretensión mayor se estimó en la suma de \$216'899.758.88, solicitados por "... reajustes y cuentas pendientes" (fl. 6, c. 1).

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de febrero de 2015, expediente 33.395. También se recomienda consultar la sentencia SU - 174 de 2007 (Corte Constitucional).



2. Régimen jurídico del contrato

La Sección Tercera de esta Corporación ha dicho que el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 (en su texto vigente para la época en que se suscribieron las órdenes 076, 077, 078 y 079 de 1997), al definir las entidades estatales para efectos de la aplicación de dicha ley, incluyó a las "... cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales"¹⁰, las cuales, por ende, se sujetan a las disposiciones del Estatuto de Contratación Estatal. En dicha norma –versión vigente al momento de los hechos–, se dispuso:

"Artículo 2. Para los solos efectos de esta ley:

"1o. Se denominan entidades estatales:

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

"Parágrafo. Para los solos efectos de esta Ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades"¹¹ (subraya la Sala).

Así, entonces, para la Sala es claro que tanto el contrato 042 de 1997 ("asistencia técnica y/o profesional") como las órdenes de servicio 076, 077, 078 y 079 del mismo año son verdaderos contratos estatales, pues el primero fue celebrado por dos entidades sometidas al Estatuto de Contratación Estatal (municipio de Tauramena y CODETER) y las segundas tuvieron su origen en aquél (se expidieron en desarrollo del mismo), a lo cual se agrega que uno y otros constituyen "... actos jurídicos generadores de obligaciones ...", en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, según el cual:

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, expediente 23088.

¹¹ Parágrafo derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.



"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:

"1o. Contrato de Obra

"Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

"En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto" [la expresión subrayada fue derogada por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007].

Es de anotar que la Corte Constitucional también consideró a las cooperativas de entidades territoriales como incluidas en la definición legal de "entidades estatales", para la aplicación del estatuto de contratación estatal¹².

3. Oportunidad de la acción

La Sala advierte que, de conformidad con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cómputo del término de caducidad de la acción contractual seguía las siguientes reglas:

"10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

"En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

"(...).

"d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para

¹² Corte Constitucional, sentencia C - 040 del 26 de enero de 2000.



obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar ...".

Pues bien, dado que en el plenario no reposa ninguna evidencia de que el contrato 042 de 1997 se haya liquidado, se impone establecer la fecha en que se incumplió tal obligación, con miras a precisar el momento en que empezó a correr el respectivo término de caducidad; para el efecto, se tendrá en cuenta el día en que finalizó el vínculo contractual, esto es, el 26 de abril de 1999, fecha en la que CODETER terminó las órdenes de servicio 076, 077, 078 y 079 de 1999.

A partir de ese momento –26 de abril de 1999–, las partes tenían cuatro meses para lograr la liquidación bilateral del negocio jurídico (como lo establece el art. 60 de la Ley 80 de 1993) y, a su vencimiento, dos meses más para liquidarlo unilateralmente, de ahí que el término para su liquidación feneció el 27 de octubre de 1999 y desde entonces iniciaron los dos años para impetrar la respectiva acción contractual (término que venció el 28 de octubre de 2001).

Así, entonces, como la demanda se formuló el 25 de mayo de 2000 (folio 38 del cuaderno 1), se debe concluir que se presentó dentro del término de dispuesto para ello.

4. Validez de las copias simples

En relación con los medios probatorios obrantes en el presente asunto, cabe señalar que las pruebas documentales aportadas en copia simple serán valoradas libremente por la Sala, aunque no cumplan con las exigencias del artículo 254 del C. de P.C., pues se debe recordar que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en aplicación de los principios de buena fe, lealtad procesal y prevalencia del derecho sustantivo sobre el formal, cambió su posición en cuanto a la valoración de tales copias, para entender procedente su estimación, siempre y cuando no se hubieran tachado de falsas a lo largo del proceso. Sobre el particular consideró:



"En el caso sub examine, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la entidad demandante y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se allegó por el actor, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos.

Por lo (sic) tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

"(...).

"Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (retroactividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (ultractividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su aquiescencia, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, (sic) mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad"¹³.

Así las cosas, la Sala valorará todas las pruebas aportadas al expediente en copia simple, teniendo en cuenta que han obrado durante todo el proceso y no han merecido ningún reparo para las partes.

5. Análisis de la Sala

5.1 Valoración probatoria

De conformidad con el material probatorio allegado al plenario, la Sala encuentra acreditado que entre el municipio de Tauramena (Casanare) y la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Ltda. (CODETER) se celebró el convenio interadministrativo 011 del 21 de enero de 1997, el cual tenía por objeto "... la construcción [por parte de CODETER] del Puente sobre el río

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, radicado 05001-23-31-000-1996-00659-01, expediente 25022. Se aclara que el ponente de la presente sentencia no comparte la citada postura de la Sala Plena de la Sección, pero la acata.



Chitamena paso San Jorge en el municipio de Tauramena" (fl. 39, c. 1). El precio de dicho convenio se estableció en la suma de \$1.000'000.000.00 y la obra se debía ejecutar en un plazo de doce (12) meses "... contados a partir del recibo del dinero y de los documentos necesarios para la ejecución del objeto del convenio" (fl. 41, c.1)¹⁴.

En desarrollo de dicho convenio, CODETER celebró con el ingeniero Hermes García Blanco –demandante en este proceso– el contrato de "asistencia técnica y/o profesional" 042 del 18 de marzo de 1997, cuyo objeto era:

"EL CONTRATISTA [se refiere al mencionado ingeniero] se compromete para con el CONTRATANTE [CODETER] a tener durante un periodo (sic) de un (1) año (sic) contado a partir de la vigencia del presente contrato, disponibilidad para asistir técnica y profesionalmente a la Cooperativa en el desarrollo de programas, proyectos, contratos o convenios. PARÁGRAFO. El contratista se compromete para con el Contratante (sic) a desarrollar directamente las órdenes de asistencia técnicas (sic) y profesional que se le impartan, para lo cual podrá contar con la colaboración del personal idóneo que posea como profesional independiente o persona jurídica no existiendo (sic) ninguna relación laboral entre las partes contratantes" (fl. 46, c. 1).

Como precio del contrato con el acá demandante se estableció:

"El valor del contrato lo constituirá la suma del valor de todas las órdenes de asistencia técnica y/o profesional que se impartan en ejecución del presente contrato" (fl. 46, c. 1).

Y, en relación con el plazo de su ejecución, se consignó:

"EL CONTRATISTA se obliga para con el CONTRATANTE a entregar lo requerido de su asistencia técnica y/o profesional en el término señalado en cada una de las órdenes de asistencia técnica y/o profesional en la que se especificará el tipo de actividad que debe desarrollar para la Cooperativa, contados (sic) a partir de la legalización de los documentos de la mencionada (sic) orden y recibo del anticipo" (fl. 47, c. 1) [de esto último –legalización de documentos y recibo del anticipo– no hay prueba en el expediente].

El 11 de abril de 1997, CODETER y el ingeniero García Blanco suscribieron las órdenes de **servicios 076 y 077**, por valor de \$291'600.000.00 y

¹⁴ Dicho contrato fue modificado el 8 de mayo de 1997, en el sentido de modificar los "pilotes" indicados para la ejecución de la obra. No se modificó precio ni plazo (fl. 44, c. 1).



\$680'400.000.00, respectivamente, las cuales tenían por objeto la "... construcción del puente sobre el río Chitamena Paso San Jorge"¹⁵ y cuyo plazo de ejecución se convino en ocho (8) meses, contados a partir de la expedición de tales órdenes.

De igual manera, se suscribieron las **órdenes de servicios 078 y 079** del 9 de abril de 1997, por valor de \$145'800.000.00 y \$340'200.000.00, respectivamente, las cuales tenían por objeto "... la construcción del puente sobre el Caño Huesero Vía Caribayona – Mata La Urama"¹⁶ y cuyo plazo de ejecución se pactó en seis (6) meses, contados a partir de la expedición de las mismas órdenes.

Las órdenes 078 y 079 de 1997 se empezaron a ejecutar el 9 de abril de 1997 (fls. 134 y 135, c. 1), mientras que la 076 y la 077 iniciaron su ejecución el 11 de los mismos mes y año (fls. 114 y 115, c. 1). Durante la ejecución de dichas órdenes se presentaron varias suspensiones, así:

A). Órdenes 076 y 077 del 11 de abril de 1997 (fecha de entrega inicial: 11 de diciembre de 1997 –fls. 114 y 115 c. 1–):

1. Fecha de suspensión: 25 de abril de 1997. Se requería efectuar un "... rediseño de los planos y las respectivas memorias de cálculo ..." ¹⁷, pues los pilotes exigían técnicas de construcción diferentes a las inicialmente pactadas.

Fecha de reinicio: 25 de octubre de 1997. Se estableció como nueva fecha de entrega el 10 de junio de 1998 (fls. 120 y 121, c. 1).

2. Fecha de suspensión: 16 de diciembre de 1997. Las partes acordaron de común acuerdo suspender las obras y reiniciar el 20 de enero de 1998.

¹⁵ Fls. 52 y 53 c. 1.

¹⁶ Fls. 50 y 51 c. 1.

¹⁷ Fls. 116 y 118, c. 1.



Fecha de reinicio: 20 de enero de 1998 (fls. 122 y 123, c. 1).

3. Fecha de suspensión: 18 de febrero de 1998. Se determinó que la cimentación existente sobre el río Chitamena no era confiable y se decidió "... la construcción de una nueva cimentación aguas debajo de la actualmente construida y así utilizar los pilotes como obra de protección" (fls. 124 y 126, c. 1).

Fecha de reinicio: 4 de mayo de 1998 (fls. 124 y 126, c. 1).

4. Fecha de suspensión: 14 de julio de 1998 [no hay ningún elemento de juicio que permita establecer el motivo de la suspensión] (fls. 128 y 129, c. 1).

Fecha de reinicio: 10 de agosto de 1998 (fls. 128 y 129, c. 1).

B). Órdenes 078 y 079 del 9 abril de 1997 (fecha de entrega inicial: 9 de octubre de 1997 -fls. 134 y 135, c. 1-):

1. Fecha de suspensión: 25 de abril de 1997. Se encontró que los pilotes exigían técnicas de construcción diferentes a las inicialmente pactadas (fls. 136 y 138, c. 1).

Fecha de reinicio: 25 de octubre de 1997. Se estableció como nueva fecha de entrega el 10 de abril de 1998 (fls. 140 y 141, c. 1).

2. Fecha de suspensión: 16 de diciembre de 1997. Se suspendió con el fin de revisar y estudiar la aprobación o no del rediseño de los pilotes (fls. 142 y 144, c. 1).

Fecha de reinicio: 20 de enero de 1998 (fls. 146 y 147, c. 1).

3. Fecha de suspensión: 18 de febrero de 1998. En el acta se dejó la siguiente constancia:



Interno: 37834
Actor: Hermes García Blanco

"Con las modificaciones hechas a la cimentación por parte del Ing. Designado (sic) sin previo aviso a CODETER, se hacen (sic) necesarias (sic) una evaluación técnica y detallada de las alternativas de cimentación presentadas por el Ing. Designado (sic), ya que se encuentran contradicciones conceptuales sobre las alternativas presentadas, que no ofrecen seguridad sobre la estabilidad de la obra" (fls. 148 y 150, c. 1).

Fecha de reinicio: 4 de mayo de 1998 (fls. 152 y 153, c. 1).

4. Fecha de suspensión: 30 de mayo de 1998. Se consideró necesario paralizar las obras temporalmente "... debido a la fuerte época de invierno que se presenta en la zona del proyecto" (fls. 154 y 156, c. 1).

Fecha de reinicio: 26 de agosto de 1998 (fls. 158 y 159, c. 1).

El 26 de abril de 1999, CODETER expidió varias comunicaciones, por medio de las cuales se terminaron las órdenes 076, 077, 078 y 079 de 1997, dados los "reiterados" incumplimientos del contratista, así como su incapacidad "técnica" y "administrativa" para cumplir con la ejecución de tales órdenes; al respecto, se indicó (se transcribe conforme obra, inclusive con errores):

"Santafé de Bogotá D.C., 26 de abril de 1999

"Señor

"**HERMES GARCÍA BLANCO**

"Designado Codeter

"Calle 76 No. 19-24

Santafé de Bogotá

...

"Dado que pese a los requerimientos de la cooperativa para que diera cumplimiento a las obligaciones adquiridas mediante el contrato No. 042/97 y relacionado con la orden de la referencia, usted no brindó una respuesta positiva, sino que por el contrario, ha reiterado en su incumplimiento, lo que se demuestra con los diferentes informes del Departamento Técnico de CODETER, que evidencian su incapacidad técnica, administrativa y la negligencia en la ejecución de la orden ... que se le encomendó y cuyo plazo de ejecución ya expiró, y el no acatar las solicitudes del Departamento Jurídico y Técnico de la Cooperativa, transgrediendo directamente la relación contractual plasmada dentro del contrato marco No. 042/97.



"LA COOPERATIVA NACIONAL DE DESARROLLO TERRITORIAL LTDA 'CODETER' le solicita, que, entregue inmediatamente las labores realizadas hasta el término de vigencia de la orden al Supervisor de obra de CODETER.

"Consecuentemente para continuar con los trámites pertinentes, le ordenamos:

"1. Suspender inmediatamente cualquier acto que se adelante con relación a la orden No. [076 - 077/97].

"2. Presentar un informe con su correspondiente soporte fotográfico de la obra civil por usted ejecutada a la fecha de expiración de la orden [076 y 077/97].

"3. Relación de los trabajos ejecutados y no ejecutados a la fecha de expiración de la orden con su respectiva cuantificación.

"4. Presentar los soportes de pago de salarios y prestaciones del personal por usted empleado y demás erogaciones en las que haya incurrido en desarrollo de la orden [076 y 077/97] cuyo objeto fue 'Asistencia Técnica y/o Profesional para la construcción del puente sobre el río Chitamena paso San Jorge en el municipio de Tauramena (Casanare)' a la fecha de expiración de la orden.

"Queda entendido que CODETER se abstendrá de reconocer cualquier actividad que realice con relación a la orden de la referencia y se reserva el derecho de hacer efectivas la cláusula séptima, Penal Pecuniaria y las pólizas constituidas por usted sin que quede exonerado de las demás sanciones correspondientes que amparan el cumplimiento de las obligaciones adquiridas mediante la precitada orden.

"También le recordamos que por su incumplimiento se han visto lesionados los intereses y el buen nombre de CODETER" (fls. 130 a 133 c. 1).

Similares comunicaciones se enviaron al demandante respecto de las órdenes de servicio 078 y 079, atinentes a la construcción del puente "...caño huesero vía Caribayona - Mata La Urama" (fls. 164 y 167, c. 1).

En relación con los presuntos incumplimientos en que incurrió el ingeniero Hermes García Blanco, en declaración que rindió en primera instancia la ingeniera Ruth Emilse Clavijo Munévar (supervisora de los convenios 009 y 011 de 1997) expresó [se transcribe conforme obra, inclusive con errores]:

"De su permanencia dan fe los interventores [se refiere a la permanencia en las obras por parte del ingeniero Hermes García



Blanco], él asistió a algunos comités técnicos de obra, pero nunca presentó una delegación formal por parte de CODETER. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho, si por su conducto la alcaldía de Tauramena, haya obligado al ingeniero HERMES GARCÍA BLANCO, a ejecutar obras no contempladas dentro de los convenios 09 y 011 de 1997. CONTESTO: la alcaldía nunca obligó al ingeniero HERMES GARCÍA BLANCO para nada, la alcaldía le exigía a CODETER cumplir con los objetos contractuales de los convenios. PREGUNTADO: Sírvase decir al Despacho, si las constantes suspensiones de obra, en la ejecución de los convenios 09 y 011 del 97, fueron causadas por capricho, negligencia o falta de planeación por parte del municipio. CONTESTO: No fue por negligencia del municipio, por negligencia del contratista y está escrito en las actas de suspensión especialmente en las que yo firmé. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho, si tuvo conocimiento de cambios significativos, técnicos y de lugar en la ejecución de las obras. CONTESTO: En el convenio, no sé cuál sería, en el del puente del Chitamena, si existió un cambio grandísimo que fue en la cimentación y se hicieron unas obras que no tienen explicación técnica a mutuo propio del contratista. Cuando yo tuve conocimiento de este contrato, se solicitó a la Alcaldía contratar los servicios profesionales de un especialista en geotecnia para que analizara técnicamente la situación y no se siguiera invirtiendo en algo que no tenía ningún soporte técnico. Para poder desarrollar este estudio se hizo una suspensión y está plasmada en el acta, ahí están claros los motivos. Cabe anotar que no se aprovechó los veranos, que es la época en que se puede trabajar en este tipo de obras, todo por falta de planeación y programación adecuada" (se subraya, fls. 121 y 122, c. 4).

Por su parte, el señor Diego Hernán Vega Caballero, profesional universitario de la Oficina Jurídica del municipio de Tauramena, en declaración que rindió ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Aguazul (Casanare) indicó [se transcribe conforme obra, inclusive con errores]¹⁸:

"PREGUNTADO: Sírvase decirnos con qué personas vinculadas a éstos convenios tuvo manejo jurídico en lo relativo a los contratos. CONTESTO: Hubo una ingeniera CLAUDIA LOPEZ si no estoy mal que era como la ingeniera residente de esas obras quien se entendía con los ingenieros de obras de la Alcaldía, la que tramitaba las respectivas actas, recibía oficios, firmaba documentos de la cooperativa CODETER con el municipio, pero con el señor Blanco nunca ni llevó ni trajo documentos, ni firmó documentos con el municipio. Qué otros hechos sabe y le constan en relación a la ejecución de éste convenio. CONTESTO: Sé que hubo bastante demora en la ejecución de dichos convenios, sé que la administración se pronunció en varias oportunidades respecto de ellos y en las carpetas de dichos convenios deben aparecer los actos administrativos por medio del cual la administración se pronunció y actas de liquidación donde constan los saldos a favor o en contra del municipio" (se subraya, fls. 64 y 65, c. 1).

¹⁸ Despacho comisorio 048 de 2003 (fl. 61, c. 4).



Interno: 37834
Actor: Hermes García Blanco

Por su parte, el señor Alcibiades Macías Castiblanco (quien afirma ser el maestro de obra para la construcción de los puentes mencionados), en declaración que rindió ante el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, señaló¹⁹ (se transcribe conforme obra, inclusive con errores):

"... eso fue en el año 97, yo era maestro de la obra y el ingeniero HERMES era quien me pagaba, y la empresa CODETER era quien le cancelaba al ingeniero HERMES, cada vez que se hacía un recorte de la obra que se hacía mensualmente, los señores de la interventoría, estos ingenieros hacían en un corte de obra con el ingeniero contratista HERMES GARCÍA, y se reunían con el interventor quien era el doctor ... el ingeniero HERMES estuvo al tanto de las dos obras al mismo tiempo, y a su turno tenía el ingeniero un ingeniero residente, todo el personal que se componía de maestro general, conductores, contramaestros, la secretaria, los choferes es decir personal de obra para esta obra grande, la cual consistía en un puente de 25 mts de luz, con vigas postensadas y en concreto los muros, en las dos obras yo duré un tiempo de 18 meses, y quedó en un 80% terminada en el tiempo que yo estuve y luego me trasladaron para Chitamina, porque el maestro de allá se retiró y yo quedé con esa obra allá últimamente, que era la construcción de otro puente sobre el río Chitamina y tenía 50 metros de largo, tres vigas postensadas y sus muros, ese puente anteriormente estaba localizado más arriba, el proyecto era enterrar unos pilotes de 14 metros, nunca pudieron hincarlos y se metieron 140 pilotes, y como nunca bajaron, por cuanto tenía que bajar 14 metros y lo que se logró fue 8 metros aproximadamente, luego como no siguió ese proyecto trasladaron el proyecto más abajo, como unos 15 metros si mal no recuerdo, y allá se fundieron esos pilotes, a cada lado 6, en un diámetro de 1.20 mts y luego se armó un fierro de 14 metros, eso eran las columnas de concreto" (se subraya, fls. 178 y 179, c. 4).

Finalmente, obran en el plenario varias solicitudes de pago "... de actas parciales por pilotes no incluidos ...", presentadas por el ingeniero Hermes García Blanco a CODETER (fls. 54 a 55, 63 a 64, 73, 79 a 81, 82 a 85, 87 a 88, 89 a 92 y 93 a 95 del cuaderno 1), así como varios proyectos de liquidación de "... REAJUSTE POR OBRA EJECUTADA", elaborados por el mismo ingeniero [no aparece constancia de radicación ante CODETER] (fls. 56 a 62 y 65 a 76 del cuaderno 1).

¹⁹ Despacho comisorio 043 de 2003 (fl. 177, c. 4).



5.2 El caso concreto

Encontrándose sometidas las cooperativas de entidades públicas al régimen de la Ley 80 de 1993, como se vio, dable es concluir que les corresponde acatar los principios y reglas establecidas en ella; en consecuencia, cuando una de ellas –entidad pública– va a celebrar un contrato debe verificar, en primer lugar, *"... cuál es el procedimiento de selección que se debe adelantar para la escogencia del contratista y, si no se presenta alguno de los eventos en los que excepcionalmente se admite un procedimiento diferente, necesariamente deberá adelantar la licitación pública dispuesta para ello"*²⁰.

Esta Corporación ha señalado que, ante el imperativo legal de observar los principios de transparencia, economía, imparcialidad, publicidad, libre concurrencia y selección objetiva en la actividad contractual, en especial, dentro del proceso de selección de contratistas, desatender las modalidades de selección dispuestas por la Ley 80 configura causal de nulidad absoluta del contrato, por abuso o desviación de poder, al apartarse de los fines que persigue la contratación. Así se indicó:

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

"Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es (sic) que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal (sic) aunque por supuesto habrá de configurar otra.

"En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal (sic) pero la causal no será la enlistada en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 (sic) sino una diferente según el caso.

"En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe (sic) tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión

²⁰ Sentencia del 27 de septiembre de 2013, expediente 24339.



de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato.

"Si lo primero, es decir no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito (sic) porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo segundo, esto es (sic) se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder ..."21 (se subraya).

Ahora, el principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano, cual es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, al margen del procedimiento utilizado, con miras a evitar el actuar arbitrario, abusivo o violatorio de norma superior (numeral 8, art. 24, ley 80) por parte de los servidores públicos²². Comprende, entonces, la imposibilidad para la administración de adelantar un procedimiento de selección diferente al previsto en la ley para la celebración de los contratos estatales.

En cuanto a las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, el artículo 44 de la ley 80 de 1993 prescribe:

"Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

"1. Se celebren con personas incurras 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

"5o. 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" (se resalta)²³.

²¹ Sentencia del 6 de julio de 2015, expediente 39122.

²² Sentencia del 16 de julio de 2015, expediente: 41768.

²³ Ha de precisarse que, por cuenta de la integración normativa, no sólo se han adoptado como causales de nulidad absoluta de los contratos estatales los casos determinados en el citado artículo, sino



Interno: 37834
Actor: Hermes García Blanco

Ahora, en aquellos casos en los cuales se demuestre la ocurrencia de alguna de las causales de nulidad absoluta del contrato, el juez está en la obligación de declararla, al margen de que la misma haya sido invocada o no por las partes del proceso; en efecto, el artículo 87 del C.C.A. (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) dispone que "... El juez administrativo queda facultado **para declararla de oficio** cuando esté plenamente demostrada en el proceso" [siempre y cuando en éste "... se encuentren las partes contratantes o sus causahabientes ..."], obligación que se encuentra reiterada en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, así: "La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público ... o **declarada de oficio** ...".

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993, vigente para el momento de celebración del contrato 042 y de las órdenes 076, 077, 078 y 079 de 1997, previó la licitación pública como la regla general para la selección de los contratistas y la contratación directa como la excepción; por consiguiente, a la demandada (CODETER) le correspondía verificar que se cumplieran los presupuestos para omitir el proceso de licitación pública y que, en su lugar, estaban dadas las condiciones para seleccionar de manera directa al contratista²⁴.

también aquellos eventos establecidos en el Código Civil como constitutivos de nulidad absoluta de los actos o contratos, en los términos de que tratan los artículos 1519 y 1741.

²⁴ El numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de los hechos [derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007], contemplaba:

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

"a) Menor cuantía para la contratación. Para efectos de la contratación pública se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos legales mensuales:

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1'200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales ...

"b) Empréstitos.

"c) Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro.

"d) Para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.

"e) Arrendamiento o adquisición de inmuebles.

"f) Urgencia manifiesta.

"g) Declaratoria de desierto de la licitación o concurso.

"h) Cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación.

"i) Bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

"j) Cuando no exista pluralidad de oferentes.



Ahora, se debe recordar que, en desarrollo del contrato de "asistencia técnica y/o profesional" 042 del 18 de marzo de 1997, celebrado entre CODETER y el ingeniero Hermes García Blanco, se suscribieron las órdenes de servicios 076, 077, 078 y 079 del mismo año, las dos primeras con el objeto de construir el puente "... sobre el río Chitamena Paso San Jorge ..." y las dos últimas para la construcción del puente "... Caño Huesero Vía Caribayona - Mata La Urama ...", obras que costarían \$972'000.000.00 y \$486'000.000.00, respectivamente [dichos valores resultan de sumar los precios establecidos en tales órdenes de servicios].

A simple vista, se observa que la selección del contratista no podía realizarse mediante el procedimiento de contratación directa, sino que la entidad contratante debía dar apertura a un procedimiento de licitación pública y, de esta forma, seleccionar la propuesta que fuera más favorable a sus intereses en condiciones de igualdad y de libre concurrencia y respetando los principios de transparencia y de selección objetiva; en efecto, las obras superaban con creces la menor cuantía establecida para la contratación directa²⁵ y el objeto contratado no se enmarcaba en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 24 de la Ley 80 para que procediera esta clase de contratación [ver, pie de pág. 24 *supra*].

Así las cosas, la conducta de CODETER merece serios cuestionamientos, pues, so pretexto de celebrar un contrato de "asistencia técnica y/o profesional", contrató mediante órdenes de servicios la realización de unas obras públicas, pasando por alto el trámite de la licitación pública, conducta con la cual vulneró el principio de selección objetiva de los

"k) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas.

"l) Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios.

"m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley".

²⁵ Si bien no se tiene certeza sobre el presupuesto de CODETER, lo cierto es que, por el valor de las obras contratadas, es claro que se supera la menor cuantía (1.000 SMLMV) establecida para una entidad con un presupuesto anual igual o superior a 1'200.000 salarios mínimos legales mensuales [ver pie de pág. 23]. Para el año en que se celebró el contrato en estudio y las respectivas órdenes de servicio (1997) la menor cuantía equivalía a \$172'005.000.00, monto que resulta de multiplicar el salario mínimo de la época (\$172.005.00) por 1.000 SMLMV.



contratistas y, por ende, vició de nulidad absoluta el contrato 042 de 1997 y las respectivas órdenes de servicios 076, 077, 078 y 079 del mismo año, pues se celebraron con claro desconocimiento de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que prevé: "... 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**".

Ahora, se observa que las órdenes 076 y 077 de 1997, celebradas entre CODETER y el ingeniero Hermes García Blanco, guardan similitud con el objeto pactado en el convenio interadministrativo 011 de 1997, suscrito entre el municipio de Tauramena y la misma cooperativa; en efecto, al cotejar las actividades a ejecutar por parte esta última –según el convenio– con las actividades del ingeniero contratista –según las órdenes– se encuentra que conservan identidad en todas las categorías técnicas necesarias para la construcción de los puentes mencionados, esto es, "localización y replanteo", "campamento", "desmonte y limpieza", "excavación material común bajo agua", "relleno en material seleccionado", "concreto clase D", "concreto clase C", "concreto clase A", "pilotes incados (sic)", "acero de refuerzo", "cables de acero", "apoyos de neopreno dureza 80", "juntas de expansión", "barandas metálicas" y "aproches" (fls. 43, 52 y 53, c. 1).

Puestas así las cosas y lejos de entender esta coincidencia como una cesión del contrato, pues no se dan los presupuestos para considerarla como tal²⁶, con dichas órdenes CODETER entregó a un tercero la ejecución del objeto previsto en el mencionado convenio interadministrativo, es decir, a cargo del ingeniero contratista (hoy demandante en este proceso) quedó la construcción del puente "... sobre el río Chitamina Paso San Jorge en el municipio de Tauramena ..." ²⁷, al tiempo que también se le entregó "... la construcción del puente sobre el Caño Huesero Vía Caribayona – Mata La

²⁶ La cesión del contrato implica la transferencia de la posición contractual a un tercero que, por esa vía, se convierte en parte del contrato, en este caso, del convenio interadministrativo; por consiguiente, "... es necesario que se eleve a escrito, [que] la entidad contratante sea notificada de la misma y que ésta manifieste su aceptación o autorización, con la facultad de reserva frente a las obligaciones que permanecen en cabeza del cedente y las que se traslacen al cesionario" (sentencia del 31 de mayo de 2016, expediente 34586).

²⁷ "CLÁUSULA PRIMERA" del convenio (folio 39 del cuaderno 1).



Urama ...", hecho este último que se tiene por probado, pues las órdenes 078 y 079 se expedieron con dicho fin y tal aspecto tampoco le mereció reparo ni controversia alguna a las entidades que conforman el extremo demandado.

Ahora, si bien es cierto para el momento de los hechos -1997- a CODETER no le estaba prohibido subcontratar [prohibición que se consagró expresamente con la expedición del Decreto 2170 de 2002], lo cierto es que no es de recibo que se acuda a dicha posibilidad para eludir los procesos de selección objetiva regulados por la Ley 80 de 1993, especialmente, cuando quien subcontrata es una entidad sometida a dicha ley para efectos de la contratación; al respecto, en sentencia del 12 de agosto de 2013, expediente 23088, se indicó (se transcribe conforme obra, inclusive con errores):

*"... a través de la sub contratación no se pueden eludir los procesos de selección objetiva que regula la Ley 80, ... **en el evento poco común, pero posible -de hecho sucede en el caso sub iudice-, en que una entidad estatal actúe como contratista -porque ejecuta prestaciones para otra entidad estatal-, y necesita subcontratar parte de sus obligaciones, es claro que debe sujetarse a uno de los procedimientos de selección que regula la Ley 80 para escoger al tercero.** En este mismo sentido se expresa Richard Ramírez Grisales, para quien: 'En cuarto lugar, la selección de los subcontratistas es, por regla general, libre para el contratista en atención a la autonomía de principio para establecer su forma de organización productiva y para ejecutar el contrato estatal adjudicado. Esta regla tiene dos excepciones: por una parte, **la selección del subcontratista debe sujetarse a un previo procedimiento de selección en aquellos eventos en los que el contratista sea una entidad estatal, sujeta a las disposiciones de la Ley 80 de 1993.** Por otra parte debido al carácter eventual y accesorio de los subcontratos, el pliego de condiciones o el contrato estatal pueden sujetar la selección de subcontratistas a la celebración de procedimientos públicos, en los que prime la igualdad, la publicidad y la libre concurrencia de oferentes. Este tipo de restricciones se imponen, por ejemplo, en el derecho español, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 250 y 126 de la Ley 30 de octubre 30 de 2007 de 'Contratos del sector Público', a los concesionarios de obras públicas que deseen contratar con terceros la ejecución de obras cuando su valor sea igual o superior a 4,845,000 euros'.*

"En las condiciones analizadas, en octubre de 21 de 1996, COOMUNICALDAS celebró dos contratos: i) el convenio interadministrativo con el IDATT y ii) el contrato con Rentamicros de Medellín, pero en todo caso ambos se regían por la Ley 80 de 1993, para todos los efectos correspondientes ...

"(...).



"... también observa la Sala que la celebración del contrato entre COOMUNICALDAS y Rentamicros de Medellín, el mismo día en que se suscribió el convenio interadministrativo, **es indicativo de la intención manifiesta de las dos entidades estatales de eludir los procesos de selección de contratistas**, concretamente por parte del IDATT, que prefirió no adelantar por sí mismo un proceso de licitación pública para contratar el suministro de los equipos técnicos, con la finalidad de que la otra entidad contratara directamente los mismos equipos con un particular.

"Ni siquiera se tuvo el recato o pudor de esperar unos días para perfeccionar el otro negocio jurídico, con el que se consolidaba el fraude a la Ley 80 de 1993; era tal el grado de confianza que tenían los participantes en estos negocios que el mismo día se celebraron los dos contratos, con lo cual, finalmente, un particular obtuvo el derecho a ejecutar uno de ellos, sin participar de un proceso público de contratación.

"Para la Sala es inaceptable que el IDATT admitiera a priori, sin mayores miramientos y cuidado, ... la subcontratación de su negocio jurídico. Tal circunstancia sólo demuestra el fraude a la ley 80 y también por esto se declara la nulidad absoluta, por objeto ilícito, del convenio interadministrativo que se viene analizando.

"Sin embargo, y aquí reside el otro vicio que advierte la Sala, **para que COOMUNICALDAS sub contratara debió someter la elección de la persona que ejecutaría el negocio a los procesos de selección objetiva que contempla la Ley 80, porque su naturaleza jurídica le impedía contratar directamente con entidades del sector privado -como Rentamicros de Medellín-**.

"En efecto, el artículo 24.8 de la Ley 80, consagra como parte del principio de transparencia una disposición que tampoco observó COOMUNICALDAS. Resulta que por mandato de la ley se encuentra prohibido eludir los procesos de selección objetiva: licitación pública, concurso, contratación directa. De evadirse el procedimiento que corresponde adelantar para adjudicar un contrato, se contraviene el derecho público de la nación, y se incurre en objeto ilícito" (se resalta).

Bajo este escenario y como quiera que CODETER no podía subcontratar directamente la ejecución de las obras, al tiempo que ostensiblemente pretermitió el proceso de selección objetiva, para la Sala es claro que se debe declarar la nulidad absoluta del contrato 042 de 1997 y de las respectivas órdenes 076, 077, 078 y 079 expedidas el mismo año, dado el abuso o desviación de poder en que se incurrió al celebrar dichos contratos estatales.

Finalmente, la Sala se abstendrá de emitir pronunciamiento alguno respecto de los llamados en garantía, habida consideración de que no se dictó



condena alguna en contra de las demandadas y, por consiguiente, dicha relación ("llamante - llamado en garantía") no está llamada a prosperar.

6. Restituciones mutuas

La nulidad absoluta del contrato, además de hacerlo desaparecer del mundo jurídico, genera como consecuencia que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato declarado nulo y, por lo mismo, cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual, tal como lo dispone el artículo 1746 del C.C.; sin embargo, no siempre la declaración de nulidad del contrato trae como consecuencia la obligación de la restitución mutua de lo recibido por aquéllas, porque existen situaciones en las cuales tal obligación puede resultar imposible de cumplir, como cuando se convierte en un imposible físico volver las cosas a su estado primigenio, como sucede en el *sub lite*.

En efecto, a pesar de que el contrato 042 de 1997 y las órdenes 076, 077, 078 y 079 del mismo año adolecen de nulidad absoluta, resulta imposible retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato, pues ello implicaría deshacer lo ejecutado por el demandante para que, a su turno, éste -como contratista- devuelva los valores que le fueron pagados por la ejecución del objeto contractual, lo cual deviene materialmente irrealizable; por consiguiente, las restituciones mutuas no proceden en este evento²⁸.

²⁸ Así lo ha explicado esta Sección:

"... en cuanto a la posibilidad de volver las cosas al estado en que se hallaban antes del acto o contrato declarado nulo, se observa que ello se produce a través de la restituciones que surgen a partir de la declaratoria de nulidad, y que resultan admisibles sin ningún cuestionamiento en aquellos eventos en los que las obligaciones fueron de ejecución instantánea, como las de dar, en contratos de compraventa, permuta, etc., puesto que podrán restituirse las cosas recibidas, por un lado, y los dineros pagados, por el otro, sin perjuicio de lo que corresponda por concepto de frutos, mejoras, corrección monetaria, etc., según el caso; pero es evidente que existen eventos en los cuales ello no es posible, no se pueden volver las cosas al estado anterior, como sucede por ejemplo, cuando no se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes, que es el caso de los contratos de tracto sucesivo, tales como los de suministro de bienes de consumo, prestación de servicios, obra pública, concesión, etc., etc., en los cuales las prestaciones se han cumplido y no pueden restituirse" (sentencia del 16 de febrero de 2006, expediente 13.414, posición reiterada en sentencia del 28 de mayo de 2015, expediente 8.254).



Interno: 37834
Actor: Hermes García Blanco

7. Costas

Teniendo en cuenta que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de efectuar condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

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

FALLA:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia del 24 de septiembre de 2009, dictada por el Tribunal Administrativo de Casanare. En su lugar:

1. DECLÁRASE la nulidad absoluta del contrato 042 de 1997, así como de las órdenes 076, 077, 078 y 079 del mismo año, suscritas entre la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Ltda. -CODETER- y el ingeniero Hermes García Blanco.

2. Sin restituciones mutuas y sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA ADRIANA MARÍN


MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO


CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA