

Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Proceso número: 15001233100020010110102 (38310)

Asunto: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Actor: EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO “LOS LÍDERES”

Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y PROMOTORA DE MICROEMPRESAS DE BOYACÁ “PRODUCTIVIDAD”

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Sala de Decisión No. 5 del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá el 30 de septiembre de 2009, por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

Se discute en el proceso el presunto incumplimiento contractual en que incurrió la Empresa Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad”, en su calidad de contratante y mandataria del departamento de Boyacá respecto del contrato de Obra Pública No. 297 -01 de 1998, celebrado con la demandante Empresa Asociativa de Trabajo “Los Líderes” en calidad de contratista. En tal virtud, se pretende que el departamento de Boyacá y la Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad” sean declaradas solidariamente responsables de las obligaciones surgidas del referido contrato y que como consecuencia de su incumplimiento, se profiera condena a la reparación de los perjuicios causados.

2. La demanda

La demanda interpuesta el 1º de junio de 2001 (fol. 44 a 58, c. ppal.), se sustenta en una serie de supuestos fácticos que bien pueden resumirse así:

2.1. El departamento de Boyacá y la Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad”, celebraron el *convenio interinstitucional de mandato No. 0297* de 30 de diciembre de 1997, cuyo objeto fue la ejecución de un programa especial de desarrollo microempresarial, por medio de la celebración de contratos de mantenimiento y conservación vial de unos tramos de vías terciarias del departamento con microempresas constituidas y legalizadas, así como la ejecución de los actos necesarios para el cumplimiento del mandato, entre los que se comprendía la coordinación con la Secretaría de Infraestructura Vial del Departamento.

2.2. Así, la Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad”, se obligó a (i) adelantar las acciones pertinentes para capacitar, asesorar y asistir las microempresas con el propósito de obtener su reconocimiento jurídico bajo las

modalidades establecidas por la ley; (ii) celebrar contratos de prestación de servicios con las microempresas señaladas para la conservación y mantenimiento de las vías relacionadas en el anexo número 001 del contrato, de acuerdo con las indicaciones técnicas señaladas por la Secretaría de Infraestructura Vial del municipio, por la suma de un millón quinientos veinte mil pesos (\$1'520.000) en promedio, por todo concepto, por cada kilómetro de vía atendido por año, pagaderos en cuotas mensuales; (iii) coordinar con la Secretaría de Infraestructura Vial del Departamento la interventoría para efectos de la cancelación de los pagos a las microempresas contratadas; (iv) presentar los informes sobre la ejecución de los contratos requeridos por la Gobernación de Boyacá y (v) efectuar oportunamente los pagos mensuales a las microempresas previa presentación de los informes de interventoría.

2.3. Como obligaciones del departamento de Boyacá en su calidad de mandante se estipularon: (i) transferir a "Productividad" los recursos en la forma y cuantía pactada en el convenio, (ii) participar en el comité operativo cuya conformación y funciones fueron definidas en el convenio; (iii) vigilar la ejecución e inversión de los recursos por conducto del Fondo Nacional de Caminos Vecinales por sí mismo o por medio de interventoría contratada para tal fin, (iv) vigilar el cumplimiento del convenio; (v) apoyar la ejecución del mandato con funcionarios de la Secretaría de Promoción Social y en concordancia con el plan de acción definido por el Comité Operativo previsto en el mandato y (vi) transferir a "Productividad" la suma de mil doscientos sesenta y nueve millones setecientos treinta y dos mil pesos (\$1.269'732.000) para la ejecución del Convenio.

2.4. Como contraprestación a favor de Productividad se pactó la suma de \$214'453.558 por costos de operación. Igualmente se estableció que el departamento le haría entrega de la suma acordada, una vez recibida la transferencia de recursos de FINDETER para la ejecución del citado convenio.

2.5. Como plazo de ejecución del convenio se estableció un periodo de doce meses.

2.6. El 7 de septiembre de 1998, las partes modificaron el convenio interinstitucional de mandato n°. 0297 de 1997 para disminuir el precio y el pago, sin modificar otras cláusulas.

2.7. El departamento de Boyacá celebró contrato No. 168 de 23 de diciembre de 1998, con el señor Luís Eduardo Torres para la interventoría del convenio No. 297 de 1997.

2.8. En cumplimiento del convenio, la Promotora de Microempresas de Boyacá "Productividad", el 23 de noviembre de 1998, suscribió contrato de obra No. 297-01 de 1998 con la Empresa Asociativa de Trabajo "Los Líderes", con el objeto de

que esta última ejecutara las obras de mantenimiento y conservación rutinarias permanentes, en varios tramos de vías terciarias del departamento de Boyacá en una extensión total de 195 kilómetros, mediante la ejecución de labores como rocería y desmonte manual, limpieza de obras de arte con luz hasta cuatro metros, limpieza manual de cunetas, descoles y zanjas de coronación, limpieza de señales y defensas metálicas, eliminación manual de derrumbes, limpieza de tabletas informativas, sello de fisuras entre otras labores de mantenimiento vial indicadas por Productividad, de acuerdo con las indicaciones dadas por la Secretaría de Infraestructura vial del departamento de Boyacá y al programa mensual determinado por el interventor. Para tal fin, se le ordenó que las señales de obra contaran con los logotipos de Los Líderes, Productividad y el departamento de Boyacá.

2.9. El valor del contrato de obra se convino en \$226.812.952,38 y el término de ejecución en doce meses contados a partir de la firma del mismo.

2.10. Aunque la Empresa Asociativa de Trabajo “Los Líderes” cumplió con las obligaciones contractuales; Productividad le impuso, de plano, multa por valor de \$22'681.295, 24 por su presunto incumplimiento contractual, sin sujeción a una actuación administrativa previamente establecida y con vulneración de su derecho de defensa.

2.11. En adición, no ha cancelado la suma de \$17'660.861 correspondiente a los tramos Cocuy–Pachucual, Cocuy–Carrizal-Chita, Miraflores–Mortiñal-Casiano y Paipa–Palermo; comoquiera que los trabajos fueron realizados y los valores descontados de los pagos efectuados por la demandada.

2.12. Igualmente, señala la demandante que el contrato estipulaba el mantenimiento de 195,81 kilómetros de vía en “una sola pasada”, pero que la Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad”, exigió al contratista una segunda pasada, es decir, un segundo mantenimiento, por valor de \$226'812.952,32 de conformidad con los precios estipulados pendiente de pago.

2.13. El acta de liquidación del Contrato de Obra No. 297-001 suscrita entre Productividad y la Empresa Asociativa de Trabajo “Los Líderes” fue objetada y no aceptada por la actora.

2.14. Así mismo, la multa impuesta a la contratista fue impugnada el 31 de enero de 2000.

2.15. En consecuencia, la parte actora sostiene que la contratante, Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad”, incumplió sus obligaciones del contrato de obra, y que adeuda al contratista la suma de \$267.155.108,56, al tiempo que con ello generó perjuicios a la sociedad contratista. Igualmente, al parecer de los demandantes, el departamento de Boyacá debe responder

solidariamente por el incumplimiento contractual, así como por los perjuicios derivados del mismo.

3. Lo que se pretende

Con fundamento en lo expuesto, la Empresa Asociativa de Trabajo “Los Líderes formula en contra del departamento de Boyacá y la Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad”, demanda de controversias contractuales. Solicita las siguientes declaraciones y condenas (fol. 49, c. ppal.):

“1. Que se declare que la PROMOTORA DE MICROEMPRESAS DE BOYACÁ “PRODUCTIVIDAD”, incumplió el contrato de obra No. 297 -001 de 1998 celebrado con mi poderdante, según lo consignado en el capítulo de hechos.

2. Que se declare que el Departamento de Boyacá y la PROMOTORA DE MICROEMPRESAS DE BOYACÁ “PRODUCTIVIDAD”, son solidariamente responsables de las obligaciones surgidas dentro del contrato de obra pública No. 297-001 de 1998, celebrado con mi poderdante.

4. Que se condene al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y a la PROMOTORA DE MICROEMPRESAS DE BOYACÁ “PRODUCTIVIDAD”, a cancelar solidariamente los perjuicios materiales causados a mi poderdante, con el incumplimiento del contrato número 297-001 de 1998, celebrado entre PRODUCTIVIDAD y la empresa LOS LÍDERES, así:

La suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL CIENTO OCHO PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS (\$267'155.108,56), suma adeudada y no cancelada como consecuencia del contrato celebrado.

5. Que se condene a la PROMOTORA DE MICROEMPRESAS DE BOYACÁ “PRODUCTIVIDAD” y al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ solidariamente a actualizar las sumas reconocidas a mi poderdante, teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor en el país, entre el 16 de febrero del 2000, fecha en que se efectuó la liquidación de los contratos y la fecha en que quede ejecutoriado el fallo de primera o segunda instancia (...).”

4. La defensa de la demandada

4.1. Promotora de Empresas de Boyacá “Productividad”:

La Promotora de Empresas de Boyacá “Productividad” contestó la demanda (fol. 236 a 253, c. ppal.). Cuestionó la veracidad de los hechos alegados por la demandante, al tiempo que la señaló por el incumplimiento de sus obligaciones. Puso de presente que realizó los pagos y liquidó lo que efectivamente le adeudaba al contratista, con descuento de las sanciones a que hubo lugar por su incumplimiento, conforme a lo pactado en la cláusula primera del contrato de obra No. 297-001 de 23 de noviembre de 1997, siendo así, no se le causaron los perjuicios que reclama. Acepta el pago parcial, dadas las retenciones en ocho de los once meses de ejecución contractual, por cuenta de los incumplimientos y problemas de calidad de las obras que persistieron a lo largo de la ejecución contractual,

pese a los requerimientos mensuales realizados, lo que conllevó a que el Comité Operativo del Convenio de Mantenimiento Vial, el 13 de diciembre de 1999, una vez escuchados los informes del coordinador e interventor del convenio, resolviera por unanimidad dar aplicación a la cláusula décima del contrato en que se enlistan las causas de terminación del contrato y las sanciones por incumplimiento. Decisión debidamente notificada y que se rigió por los estándares del debido proceso.

En consecuencia propuso las siguientes excepciones:

(i) *“Contrato no cumplido o incumplimiento contractual “exceptio non adimpleti contractus”*. Aunque la cláusula octava establecía la obligación de prestación directa de la obligación, la Empresa Asociativa “Los Líderes” subcontrató la ejecución del contrato con (i) Monserrate Empresa Asociativa de Trabajo (convenio de obra No. 01 de 1998) respecto del mantenimiento y conservación del sector Cocuy-Carrisal-Chita; (ii) Los Magníficos por Boyacá Organización Cooperativa de Trabajo y Los Magníficos por Boyacá para el Mantenimiento Vial Básico y Rutinario, (convenio de obra No. 02 de 1998), relativo al mantenimiento de las obras en el sector Chinavita–Quebrada el oso-Escobal y Sotaquirá–Arcabuco; (iii) Los Frailejones Empresa Asociativa de Trabajo para el mantenimiento Vial Básico y Rutinario (convenio de obra No. 04 de 1998), relacionado con el mantenimiento del sector Cocuy – Pachacual, Miraflores–Santa Ana–Centro Mortiñal y (iv) Las Brisas Empresa Asociativa de Trabajo para el Mantenimiento Vial Básico y Rutinario (convenio de obra No. 05), para el mantenimiento del sector Boavita–San Francisco–Las Brisas.

Así mismo, indicó, que mediante Circular No. 6 de 4 de julio de 1999, el interventor de la obra realizó recomendaciones al contratista para mejorar la calidad de los trabajos y hacer más eficiente la ejecución contractual; el 16 del mismo mes y año, el director ejecutivo de “Productividad” la requirió por la subcontratación con la empresa Los Magníficos; en Circular No. 003 de 8 de septiembre de 1999, el director ejecutivo recomendó no subcontratar la ejecución de las obras y anunció la posible imposición de sanciones por dicha razón. Igualmente, se anunció la inconformidad del departamento y algunos de los municipios beneficiados con el mantenimiento vial por la calidad de las obras realizadas. En ese orden, el 30 de diciembre de 1999, el coordinador del contrato puso de presente a la contratista los incumplimientos presentados y la decisión del Comité Operativo del Convenio de sancionarla con multa, acorde con las cláusulas tercera y octava del contrato.

Concluye sobre su derecho de retención de conformidad con el art. 1609 del C.C., a favor de que la contratista ejecute o se allane a ejecutar su prestación.

(ii) *“Pago”*, comoquiera que Productividad canceló el precio pactado al contratista de acuerdo con los comprobantes de egreso adjuntados con la contestación de la demanda por un total de \$193'024.549,87. Lo anterior, dado que el valor del contrato era \$226'812.952,38 quedando un saldo de \$33'788.402,51, pero como se le impuso una multa del 10% sobre el valor del contrato por el incumplimiento contractual que

ascendió a \$22'681.295,24, menos un ajuste al tramo Paipa – Palermo de 2'547.809,52, menos los tramos no ejecutados que ascienden a \$8'559.327,75, arroja un total descontado de 33'788.432,51, con una diferencia de \$30.

(iii) “Buena fe”, habida cuenta que Productividad obró de buena fe, con medios legítimos exentos de culpa y de vicios, así como cumplió con sus obligaciones contractuales. Señaló que la imposición de multa equivalente al 10% del valor contractual se fundamentó en los informes de la interventoría, las quejas de los alcaldes, los personeros y terceras personas sobre la calidad de las obras y obedeció a lo ordenado por el Comité Operativo de mantenimiento vial. De igual forma, señaló que el descuento de los tramos no ejecutados del tramo entre Paipa y Palermo fue justo, comoquiera que se pagó la porción del tramo realmente ejecutada.

4.2. *Departamento de Boyacá*

La entidad territorial guardó silencio durante esta etapa procesal.

5. **Alegatos en primera instancia**

La **parte actora** reiteró lo ya expuesto (fol. 538 a 547, c. ppal.). Señaló, además, que no hubo subcontratación pues si bien se elaboraron minutas de convenios de obra, según acuerdo logrado con Productividad, dadas las restricciones legales que tenían las Empresas Asociativas para contratar empleados, en virtud de la Ley 10 de 1991, los mismos no nacieron a la vida jurídica, pues se debía contar con la aceptación y autorización por parte de Productividad. Asegura que esto no ocurrió y en su lugar, se le ordenó al interventor exigir a Los Líderes el incremento del número de trabajadores en la vía y el envío del listado de los mismos, tal como consta en las órdenes de trabajo e informes de interventoría.

De otra parte, afirmó que mediante la Circular No. 6 de 4 de julio de 1998, se le solicitó la realización de una “segunda pasada” a la vía no pactada en el contrato, pese a que, como se observa en las actas de avance de obra, los trabajos en los 195,85 Km estaban terminados el 3 de julio de 1999 sin que se hubiesen presentado reclamos por parte de Productividad.

Así mismo, señaló que si bien el 16 de julio de 1999, se le solicitaron explicaciones acerca de la situación con la Cooperativa Los Magníficos por Boyacá y se le anunció la posible imposición de multa, las explicaciones se rindieron. Lo último para dejar en claro que el contrato no se cedió ni total ni parcialmente, sin respuesta por parte de la contratante; de donde se dedujo que las explicaciones fueron satisfactorias y que, por ende, no había lugar a declarar el incumplimiento.

De otra parte, anunció que el contrato no fue terminado unilateralmente, como se anunció en la circular No. 003 de 8 de septiembre de 1998, como tampoco se afectó la póliza, de lo que se colige que no hubo incumplimiento. En este punto insiste en que realizó esfuerzos para aumentar su fuerza de trabajo, como lo requirió el interventor.

En cuanto a los informes de la interventoría, señaló que manifestó oportunamente su desacuerdo, al punto que el Comité de Mantenimiento Vial de Productividad decidió que fuera la Secretaría de Infraestructura Departamental la que revisara el cumplimiento y calidad de las obras, lo cual quedó certificado por los respectivos jefes de distrito.

En el mismo sentido puntualizó que recibida la queja del alcalde de El Cocuy se solicitó una nueva revisión del tramo cuestionado el 2 de noviembre, y su correcta ejecución se ratificó el 10 de diciembre, previa inspección ocular.

Por lo anterior, consideró que las retenciones y la multa fueron arbitrarias dado que *“en todos los meses se había cumplido a cabalidad con los trabajos y estos fueron certificados por los alcaldes y personeros y además las actas parciales de entrega de obra y en las cuales consta el cumplimiento de la totalidad de las labores asignadas para cada mes se hallaban debidamente recibidas y legalizadas por la interventoría (...)”*.

Precisó que del material probatorio arrojado al plenario se colige que la Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad” le adeuda la suma de cuarenta millones trescientos cuarenta y dos mil seiscientos pesos (\$40'342.600) correspondientes al mantenimiento de los tramos de vía; a los trabajos pactados, a los valores descontados de los pagos y a los doscientos doce mil ochocientos cincuenta y dos pesos con treinta y ocho centavos (\$226.816.952,38) correspondientes al segundo mantenimiento exigido para la totalidad de la obra, mayor cantidad, no pactada inicialmente. Al tiempo reiteró sus señalamientos acerca de la ilegalidad de la sanción por incumplimiento que le fue impuesta, específicamente, por cuanto las actas correspondientes al mes de diciembre y suscritas por la interventoría el 4 de enero de 2000 corresponden a la etapa final y aunque consignan cantidades de trabajo sin realizar, se trata de trabajos posteriores a la imposición de multa.

Así mismo, profundizó en las consideraciones acerca de la solidaridad entre Productividad y el departamento de Boyacá. A su parecer en virtud del contrato de mandato nº. 0297 de 1997, Productividad suscribió el contrato de Obra No. 297-001 de 1998, real y materialmente de obra pública, razón por la cual, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1505 del C.C., el demandante habrá de responder por el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por su mandatario. Esto es así, porque, además en el mismo contrato de obra se señala la obligación de control de la ejecución en el Departamento de Boyacá, a través de su Secretaría de Infraestructura Vial.

Para concluir, manifestó que Los Líderes presentó nota de no conformidad con el acta de liquidación de obra realizada por Productividad; empero sus observaciones no fueron acogidas. Concluyó que la empresa contratante desconoció su derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a la no alteración durante la vigencia del contrato, acorde con el artículo 5º de la Ley 80 de 1993. Aunado a lo anterior, desconoció el desequilibrio económico del contrato derivado de las mayores cantidades de obra prestadas y no pagadas, dando lugar a perjuicios que debe indemnizar.

Por su parte, la **Promotora de Microempresas de Boyacá – Productividad** (fol. 548 a 555, c. ppal.) reiteró en la contestación de la demanda. Señaló que de las pruebas recaudadas se colige el pago total del valor contratado y ejecutado.

Finalmente, el **Departamento de Boyacá** (fol.556 a 561, c. ppal.) señaló que erradamente el demandante optó por demandar el incumplimiento contractual ante esta jurisdicción, pese a que se trata de un conflicto entre particulares. Considera que en el caso presente, el debate no se refiere a un contrato estatal sino privado y en consecuencia, procede declarar la falta de jurisdicción aunado a que, tampoco se acreditó la legitimación del departamento, pues la entidad no intervino en la ejecución del contrato de obra en comento.

En adición, señaló que la demandante carece de legitimación en la causa por activa, comoquiera que como fue la que inicialmente incumplió, la Promotora de Microempresas de Boyacá no incurrió en incumplimiento, conforme lo señalado por el artículo 1609 del C.C. Al tiempo que señala que no le asiste razón a la demandante, en cuanto a la obra adicional pues la “segunda pasada” tiene que ver con el mantenimiento adecuado de la vía contratado.

6. Concepto del Ministerio Público en primera instancia

La Procuraduría Judicial Cuarenta y Seis ante el Tribunal Administrativo de Boyacá rindió concepto en el que solicitó acceder parcialmente a las pretensiones por la suma de \$2'547.809,52, correspondientes al valor de la obra ejecutada en el trayecto vial Paipa–Palermo sobre 31,5 kilómetros y el reintegro de la suma de \$22'681.295,24, correspondientes a la multa impuesta, a su parecer, de forma arbitraria por Productividad.

Como sustento de su concepto consideró, en primer lugar, que en aplicación de los artículos 2142 y 2157 del Código Civil, aplicables al contrato de mandato, el departamento de Boyacá está llamado a responder en solidaridad por las obligaciones adquiridas por su mandataria, la Empresa Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad”, en razón de los contratos de mandato, obra e interventoría, en que consta su vinculación, además de que garantizó los recursos para el pago de los contratistas, conforme a los avances en la ejecución de la obra.

En segundo lugar, frente al presunto incumplimiento del contrato de obra por parte de Productividad, señaló que debía ser analizado desde la perspectiva del derecho privado por cuanto no intervino ninguna entidad estatal en los términos del artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Así las cosas, refirió que (i) en ninguna de las cláusulas de dicho negocio jurídico se estipuló que el mantenimiento se realizaría por una única vez en el kilometraje asignado, sino que, por el contrario, las cláusulas primera y tercera del contrato son claras en que el mantenimiento requerido debía ser rutinario y permanente en todos los tramos asignados por toda la vigencia, esto es, por doce meses contados a partir del acta de iniciación de la obra. Así las cosas, señaló la agencia del Ministerio Público que se encuentra probado con el acta de liquidación final del contrato que el contratista cumplió con las obligaciones pactadas, exceptuando la ejecución de un tramo que correspondió a la suma de \$8'559.327,75.

Ahora, en cuanto a las obras parciales realizadas, pendientes de pago señaló que, en relación con el tramo Paipa-Palermo, si bien la empresa Productividad informó al contratista que el tramo era menor al contratado, por lo que se tendría que descontar el valor correspondiente al kilometraje inicialmente pactado, lo cierto es que ello nunca fue señalado por la Secretaría de Infraestructura Vial de Boyacá, por lo que Productividad no podía proceder unilateralmente, en contravía de lo estipulado en el contrato. Así, concluyó procedente ordenar a Productividad el pago de la suma que se le dejó de pagar a Los Líderes por la conservación de dicho tramo vial, suma que asciende a \$2'547.809,52. Respecto de los demás tramos viales, consideró que no obra prueba del incumplimiento alegado.

Finalmente, en lo relativo a la multa, manifestó que se impuso faltando 4 días para la finalización del contrato, esto es, el 30 de diciembre de 1999, cuando ya el objeto estaba cumplido en su totalidad y por lo mismo su imposición ya no tenía objeto, al tiempo que señaló que la contratante no podía descontar de los saldos a favor del contratista, el valor de la suma adeudada sin que hubiese acuerdo o decisión judicial. Lo anterior, como quiera que nada se pactó respecto del cobro de dichas sanciones. Asunto que a juicio de la Procuraduría resultó lesivo del debido proceso, por no tratarse de un proceso previo en el que la Empresa Asociativa de Trabajo “Los Líderes” hubiera tenido la oportunidad de defenderse y controvertir la decisión. De donde, para la agencia del Ministerio Público, tendría que reintegrarse a la demandante lo descontado por concepto de la multa impuesta.

7. Trámite procesal en primera instancia

En memorial de 1º de julio de 2003, la abogada Yolima Triana Robles presentó escrito dirigido a responder las excepciones sin poder suficiente para el efecto –pues ya había sido reconocida personería al profesional Ciro Nolberto Güecha- , por lo que no se tendrá en cuenta (fol. 397 a 403, c.ppal.).

Mediante proveído de 11 de octubre de 2007 se declaró la nulidad de lo actuado, pues se echó de menos la notificación del departamento (fol. 589 a 591, c. ppal.). Decisión revocada mediante auto de 3 de septiembre de 2008 por esta Corporación, comoquiera que la entidad actuó sin proponer la nulidad, esto es, convalidó la actuación surtida (fol. 618 a 631, c. ppal.).

8. La sentencia apelada

Mediante sentencia de 30 de septiembre de 2009, la Sala de Decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá negó las pretensiones de la demanda (fol. 262 a 277, c. ppal.).

Para el efecto, el *a quo* definió que no existe duda de la competencia de esta jurisdicción para conocer del asunto, comoquiera que las obligaciones derivadas del contrato de obra No. 297-001 de 1998 tienen su fuente en el contrato de mandato nº. 0297 de 1997, de naturaleza estatal, ya que una de sus partes era un ente territorial y de otro lado, porque Productividad celebró el contrato en representación del ente público, aun

cuando el contrato de mandato señalaba que no conllevaba representación, esto se deduce de los compromisos adquiridos por el departamento.

En cuanto a la pretensión de incumplimiento, advirtió que las partes suscribieron acta de liquidación bilateral del contrato en la que quedó constancia de los tramos contratados y los ejecutados por el contratista, así como de las cantidades no ejecutadas; de la liquidación a menor distancia del tramo Paipa – Palermo y del valor de la multa impuesta por incumplimiento del contratista. Así las cosas, a su juicio las partes acordaron la liquidación sin salvedades por parte de la contratista, pese a las constancias dejadas tanto en oficio de 31 de enero de 2000, como en la revisión del acta de 16 de febrero de 2000, en cuanto echó de menos la motivación del desacuerdo. Sostuvo el tribunal que no es dable acudir a la jurisdicción a reclamar el pago de las partidas sobre las cuales no se hicieron salvedades específicas en la liquidación bilateral. Destaca que no obra prueba de que la voluntad de la contratista haya sido alterada por dolo, fuerza o error en la liquidación. Destacó que la liquidación termina y cierra las cuentas en el contrato estatal, de donde era allí donde la contratista debió consignar de manera expresa los motivos de inconformidad.

9. El recurso de apelación

Inconforme, la parte actora impugna la decisión el 26 de octubre de 2009 (fol. 676 a 682, c. ppal.). Para el efecto, pone de presente que el Tribunal, de forma errada, denegó las súplicas de la demanda porque tomó como acta final de liquidación un documento que no tenía dicha connotación, comoquiera que, como se lee en el expediente a folio 458, hubo un acta posterior que no fue firmada y por lo tanto, no aceptada por parte de la empresa Los Líderes, lo que corrobora que el contrato no fue liquidado bilateralmente, por lo que a su parecer, la sentencia de primera instancia adolece de error de hecho y de derecho.

Así, precisó (i) que en el acta de liquidación de 16 de febrero de 2000, que tuvo el *a quo* como decisión final, consta que “se objeta y no se acepta liquidación”, así como se indica que se incorpora “anexo con nota de no conformidad de la liquidación”, el cual debía ser valorado. Así, señala que “*la doctrina indica que la Constancia puede ser dejada en el acta o ser presentada en escrito aparte que hará parte del acta de liquidación*”, nota que fue recibida por Productividad el día 17 siguiente y (ii) que con fecha 2 de marzo de 2000 se realizó nueva acta de liquidación del contrato de obra No. 297-001, la cual no fue suscrita por el representante legal de Los Líderes, pero sí por el representante legal de Productividad y el interventor, lo que lleva a la conclusión que no fue aceptada por la contratista. Destaca además que la Gobernación no hizo uso de su facultad de liquidación unilateral, en los cuatro meses siguientes, como lo señala la ley. Así las cosas sostiene que las partes no liquidaron el contrato, al punto que ninguna excepción se formuló al respecto.

10. Intervención del Ministerio Público en esta instancia

La Procuraduría Cuarta Delegada ante esta Corporación rindió concepto en el que solicitó declarar la nulidad de todo lo actuado, por falta de jurisdicción en aplicación de

la Ley 1107 de 2006, que estableció el criterio orgánico para establecer la competencia de esta jurisdicción, toda vez que la controversia se refiere a un contrato celebrado entre particulares; pues *“surge evidente que la contratista demandante (...) corresponde a una persona jurídica de naturaleza privada, con un capital social conformado de manera exclusiva por aportes de personas naturales”*, mientras que *“quien funge como entidad contratante es una entidad sin ánimo de lucro denominada “Promotora de Microempresas de Boyacá – Productividad” (...) y comoquiera que “al proceso no se allegaron los estatutos ni los reglamentos que gobiernan a la entidad contratante – Productividad, por tanto se desconoce el porcentaje de participación de los entes públicos en la conformación de su capital (...) lo que impide asimilarla a la categoría de entidades estatales a la luz de preceptuado en la parte final del literal a), numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 (fol. 296 a 302, c. ppal.)*.

En adición, señaló que entre Productividad y el departamento de Boyacá se convino un mandato sin representación, en los términos del artículo 2177 del C. C., por lo que es claro que el contrato de obra se suscribió a nombre propio y no por cuenta y en representación de la Gobernación de Boyacá.

Así mismo descartó que la naturaleza jurídica de la empresa Productividad, corresponda a aquella clase de asociaciones de que trata el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, pues no se probó lo anterior mediante el acto de constitución.

Finalmente, concluyó que los hechos por lo que fue demandado el departamento de Boyacá le son ajenos, pues no fue parte del contrato de obra cuyo incumplimiento se demanda.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico

De conformidad con la litis y el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, deberá la Sala establecer, (i) como cuestión preliminar si, como lo señala el Ministerio Público en esta instancia, el proceso ha sido tramitado con falta de jurisdicción y si, en consecuencia, debe declararse la nulidad de todo lo actuado. Acto seguido, de ser procedente, deberá establecer la Sala (ii) cuál es el régimen jurídico que gobierna el contrato de obra No. 297-001 y si la adjudicación y ejecución contractual se ajustó a dicho régimen (iii) establecer si hay lugar a acceder o no a las pretensiones de la demanda, por el presunto incumplimiento atribuido a la Empresa Promotora de Microempresas – Productividad en solidaridad con el departamento de Boyacá.

2. Cuestión previa: Sobre la nulidad procesal por falta de jurisdicción alegada por el Ministerio Público en esta instancia

Señala el Ministerio Público que el presente proceso se encuentra viciado de nulidad absoluta por haber sido tramitado con falta de jurisdicción, en los términos del numeral

1º del artículo 140 del C.P.C.¹, comoquiera que, en su concepto, la Ley 1107 de 2006, que modificó el artículo 82 del C.P.C., asignó la competencia con base en el criterio orgánico de modo que, comoquiera que el contrato de obra cuyo incumplimiento se demanda fue suscrito entre dos personas jurídicas particulares, el conocimiento de la controversia desatada con base en el mismo corresponde a la justicia ordinaria—párr. 10 *supra*—.

Frente al particular, cabe precisar que, a juicio de la Sala, no le asiste razón a la agencia del Ministerio Público, si se considera la vinculación del departamento de Boyacá en los términos del Convenio Interinstitucional de Mandato No. 0297 de 1997 (fol. 2 a 8, c. ppal.)² con la Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad”, esta sí entidad sin ánimo de lucro de naturaleza privada, tal como se lee en el certificado de existencia y representación legal (fol. 34 a 38, c. ppal.).

Ahora, tal como lo ha sostenido la Sala basta que el demandante, con suficientes fundamentos fácticos y jurídicos impute acciones u omisiones contra varios sujetos y que uno de ellos deba ser juzgado por esta jurisdicción, para que ésta asuma la competencia³. 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 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, 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 ésta jurisdicción.”⁴ – se destaca.

Así las cosas, comoquiera que en la demanda se enervaron pretensiones en contra del departamento de Boyacá, en virtud al contrato de mandato nº. 297 de 1997, celebrado con la Empresa Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad”, con el objeto de encargar a esta última de la “realización de un programa especial de desarrollo microempresarial” que incluyera la “celebración con las microempresas constituidas y legalizadas, de contratos de mantenimiento y conservación vial (...)” y ya que la Promotora de Microempresas de Boyacá - Productividad suscribió el contrato de obra

¹ Código de Procedimiento Civil. Artículo 140. “el proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: // 1º. Cuando corresponde a distinta jurisdicción” (...).

² Aunque no obra en el expediente el acta de constitución de la Empresa Promotora de Microempresas de Boyacá - Productividad, que señale quienes eran y cuál era la participación en la entidad sin ánimo de lucro, aunado al certificado de existencia y representación legal, visible en folios 34 a 38 del cuaderno principal, se conoce que tanto la Alcaldía de Tunja como la Gobernación de Boyacá hacían parte de la Junta Directiva, sin que se conozca si la misma excede el 50% de su capital. Empero, se colige que la naturaleza de la misma es privada comoquiera que en el Convenio Interinstitucional No. 0297 de 1998 se señaló que la mandataria era una “entidad sin ánimo de lucro de derecho privado (...)”.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 5 de marzo de 2015, C.P.: Stella Conto Díaz Del Castillo, exp. 31374.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 8 de octubre de 1998, Exp. 15392, CP: Dr. Daniel Suárez Hernández. En igual sentido sentencia de 9 de marzo de 2000; expediente 12849, CP: María Elena Giraldo.

No. 297-001 de 1998 con la demandante, corresponde a esta jurisdicción decidir sobre el asunto.

Aunado a lo anterior, para la Sala es claro que se controvierte el incumplimiento de un contrato de obra, suscrito por Productividad pero por cuenta y riesgo del departamento de Boyacá, en virtud a mandato suscrito con tal fin, y por lo mismo estatal, en los términos del artículo 82 del C.C.A., que señalaba para el momento de los hechos que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.

De donde, por la naturaleza estatal del departamento de Boyacá y por ende, la del contrato, es esta jurisdicción la competente para resolver la controversia, tal como lo señala el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor: *“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”* – se destaca-

En efecto, el artículo 32 de la misma ley considera estatales los contratos suscritos por las entidades públicas, entre los que se comprenden los de obra. Señala la norma:

“(...) 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” – se destaca-

Para el caso concreto, si bien el contrato de obra 297 – 001 de 1998 fue suscrito el 30 de diciembre de 1997 entre la Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad” y “Los Líderes” Empresa Asociativa de Trabajo, ambas organizaciones regidas por el derecho privado, lo cierto es que Productividad actuó como mandataria del departamento de Boyacá.

En este punto, es preciso evocar que el artículo 2142 del Código Civil define el mandato como el *contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera*”. De otra parte el artículo 1505 de la misma codificación, en cuanto a los efectos de la representación señala, que *“lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley*

para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo” – se destaca-.

El mandato puede o no conllevar la representación y, aunque a la luz del artículo 2177 del Código Civil “el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contestar (sic) a su propio nombre o al del mandante”, pero “si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante”, pero lo vincula a la gestión. Este asunto es explicado con claridad por el profesor José Alejandro Bonivento Fernández⁵, cuando señala:

“(…) Empero las apreciaciones anteriores ameritan una reflexión que apunta a separar, como tiene que ser, el contrato de mandato, en sí, con la figura de la representación, porque, en verdad, encierran nociones diferentes y comprometen institutos igualmente, distintos. El mandato es un negocio jurídico que crea entre las partes un vínculo o nexo acorde con la voluntad expresada por los contratantes, la representación, en cambio, es una facultad que tiene una persona para actuar en nombre de otra.

Entonces, no se debe confundir el mandato con la representación. Ésta última permanece cerca de aquel en la medida en que el mandatario ejecute el acto encargado en nombre del mandante. No es pues, de estricto sentido jurídico hablar de mandato representativo y no representativo, porque realmente siendo de la naturaleza, más no de la esencia, la representación en el mandato lo que debe reparar es en la forma como procede el mandatario: si en su propio nombre o en el del mandante, y poder de ese modo precisar los efectos frente a terceros y no en torno al mandante, mandatario y terceros.

Dicho de otra manera, al mandato lo acompaña la representación en cuanto se colmen los tres requisitos que esta figura involucra: a) La voluntad emitida por el representante (mandatario); b) La contemplatio domini, o sea, la actuación del intermediario (mandatario), en nombre del representado (mandante); c) El poder o facultad de obrar del representante (mandatario en nombre del representado mandante)” – se destaca-.

En tal virtud, mientras el mandato sin representación u oculto no vincula al mandante esto si ocurre cuando se actúa a su nombre.

Si bien, en el caso concreto, el Convenio interinstitucional de mandato nº. 0297 señala de manera expresa que se trata de un “mandato sin representación”, sin duda la Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad” representó al departamento y por esa vía ejecutó recursos públicos destinados al cumplimiento de la obligación de mantenimiento vial de sus carreteras terciarias. Señala expresamente el convenio (fol. 2 a 8, c. ppal.).

“CONVENIO INTERINSTITUCIONAL DE MANDATO No. 0297 CELEBRADO ENTRE LA GOBERNACIÓN DE BOYACÁ Y LA PROMOTORA DE MICROEMPRESAS DE BOYACÁ – PRODUCTIVIDAD.

Entre los suscritos a saber: Oscar Gutiérrez Molina (...) en su calidad de Secretario de Hacienda del Departamento de Boyacá autorizado mediante decreto No. 1374 de 1995 para celebrar contratos y convenios, quien en adelante se denominará EL MANDANTE y Luz María de los Ángeles Castañeda Acosta (...) Directora Ejecutiva y Representante Legal de la Promotora de Microempresas de Boyacá Productividad, entidad sin ánimo de lucro, de derecho privado, (...) quien para efectos del presente convenio se denominará EL

⁵ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Decimonovena Edición, Librería del Profesional Ltda., 2015, pág. 606.

MANDATARIO, hemos convenido celebrar el presente convenio interinstitucional de mandato sin representación, que se regirá por las cláusulas que se enuncian a continuación, previa las siguientes consideraciones: **PRIMERA:** Que la Gobernación de Boyacá mediante convenio No. 00215 del 19 de diciembre de 1997, celebrado con el Ministerio de Transporte, el Fondo Nacional de Caminos Vecinales y la financiera de Desarrollo Territorial se comprometió a recibir la transferencia de 835,35 kilómetros de carreteras terciarias, para su mantenimiento. **SEGUNDA** Que de las vías recibidas, los 835,35 kilómetros se encuentran sin contrato de mantenimiento básico. **TERCERA:** Que es obligación del Departamento de Boyacá realizar para estas carreteras contratos de mantenimiento y conservación básicos y además privilegiar en la contratación microempresas constituidas, como cooperativas, grupos precooperativos o empresas asociativas de trabajo. **CUARTO:** Que existe la disponibilidad presupuestal y de recursos en el Departamento de Boyacá para adelantar esta contratación. **QUINTA:** Que es necesario adelantar una interventoría y evaluación de los contratos de mantenimiento vial vigentes hasta diciembre del presente año entre el Fondo Nacional de Caminos Vecinales y las microempresas para definir la continuidad. **SEXTA.** Que la Promotora de Microempresas de Boyacá tiene como objetivo la promoción y el desarrollo de las microempresas de Boyacá y que posee infraestructura para este propósito. **CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.** El mandante encarga AL MANDATARIO de la realización de un programa especial de desarrollo microempresarial que incluya: 1) Celebrar con las microempresas constituidas y legalizadas contratos de mantenimiento y conservación vial en los tramos de carreteras señalados en el anexo Número 001, el cual forma parte integral del presente convenio, 2) aquellos actos que sean absolutamente necesarios para el cumplimiento de este mandato. **CLÁUSULA SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL MANDATARIO:** En el desarrollo del presente convenio EL MANDATARIO se obliga a: 1) Adelantar las acciones pertinentes para capacitar, asesorar y asistir las microempresas con el propósito de obtener su reconocimiento jurídico bajo las modalidades establecidas por la ley, 2) Celebrar contratos de prestación de servicios con las microempresas señaladas para la conservación y mantenimiento de las vías relacionadas en el anexo No. 001, de acuerdo con las indicaciones técnicas señaladas por la Secretaría de Infraestructura Vial del Departamento, por la suma de un millón quinientos veinte mil pesos (\$1'520.000) en promedio por todo concepto, por cada kilómetro de vía atendido en un año, los cuales serán pagados en cuotas mensuales. 3) Coordinar con la Secretaría de Infraestructura Vial del Departamento, la interventoría para efectos de la cancelación de los pagos a las microempresas contratadas 4) Presentar los informes sobre la ejecución de los contratos que requiera la Gobernación de Boyacá, 5) Efectuar oportunamente los pagos mensuales a las microempresas previa presentación de los informes de interventoría requeridos (...) 12) Preferir para contratar, en igualdad de condiciones las propuestas presentadas por microempresas pertenecientes a municipios donde se ejecutan las obras y en las que hagan parte exservidores del Departamento de Boyacá (...) **CLÁUSULA TERCERA: OBLIGACIONES DEL MANDANTE:** 1) Transferir al MANDATARIO los recursos en la forma y cuantía pactada en este convenio, 2) suministrar la información técnica requerida para la ejecución del presente contrato, 3) Participar del Comité Operativo cuya conformación y funciones se encuentran definidas en el presente convenio, 4) Ejercer la vigilancia de la ejecución e inversión de los recursos por conducto del Fondo Nacional de Caminos Vecinales o el interventor que este designe para tal fin y a través de la Secretaría de Hacienda y de Infraestructura Vial del Departamento de Boyacá (...) 8) Transferir al MANDATARIO la suma de un mil doscientos sesenta y nueve millones setecientos treinta y dos mil pesos (\$1'269.732.000,00 Mcte.) para la ejecución del presente convenio de mandato. (...) **CLÁUSULA QUINTA: ENTREGA DE LOS RECURSOS:** EL MANDANTE entregará al MANDATARIO, la suma establecida en la cláusula tercera, numeral ocho (8), en igual forma en que reciba la transferencia de recursos de Findeter para ejecución del Convenio citado en la cláusula primera, una vez perfeccionado el presente convenio **CLAÚSULA DÉCIMA: COMITÉ OPERATIVO:** Para la coordinación de las actividades de este convenio se constituye un Comité Operativo, el cual estará integrado por: 1) El Secretario de Hacienda del Departamento de Boyacá o su delegado, 2) El Secretario de Infraestructura Vial del Departamento o su delegado, 3) El Secretario de Promoción Social o su delegado, 4) El interventor asignado por el Secretario General Técnico del Fondo Nacional de Caminos

Vecinales o su delegado, 5) el representante legal y Director Ejecutivo de la promotora de Empresas de Boyacá, 6) El coordinador de este proyecto de la Promotora de Microempresas de Boyacá. Serán funciones de este Comité: 1) Evaluar y realizar el seguimiento de la ejecución de este convenio, 2) Revisar los archivos de los contratos y las cuentas del presente convenio, 3) reunirse por lo menos una vez al mes o con la periodicidad que se considere conveniente, 4) analizar las condiciones técnicas que deben ser incluidas en los contratos con los microempresarios (...) **CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: IMPUTACIÓN PRESUPUESTAL:** El presente convenio será con cargo al código 2208030121 sección 06 del presupuesto de la vigencia fiscal de 1997 (...)” – se destaca-

En cumplimiento de las obligaciones adquiridas, la Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad”, quien puso de presente su calidad de mandataria de la Gobernación de Boyacá, suscribió con la Empresa Asociativa de Trabajo “Los Líderes”, contrato de obra en los siguientes términos (fol. 9 a 12, c. ppal.):

*“Entre los suscritos SAMUEL ANTONIO GÓMEZ CRISTANCHO (...), quien actúa como Director Ejecutivo y como Representante Legal de la Promotora de Microempresas de Boyacá PRODUCTIVIDAD, entidad sin ánimo de lucro (...) que en adelante se denominará **PRODUCTIVIDAD, en calidad de contratante, por una parte, en cumplimiento del Convenio Interinstitucional de Mandato No. 297 del 31 de diciembre de 1997, celebrado con la Gobernación de Boyacá** y por la otra ANTONIO SOLANO PÉREZ (...) en su carácter de Director Ejecutivo y como representante legal de la EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO LOS LÍDERES (...), en su carácter de contratista (...) hemos convenido celebrar el contrato de obra que se especifica a continuación, el cual se regirá por la ley civil y comercial y por las presentes cláusulas: **CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.** La EMPRESA, se obliga a ejecutar las obras de mantenimiento y conservación rutinarias permanentes, en el sector Vía Boavita – San Francisco – Las Brisas con una extensión 27,8 Kilómetros, Cocuy – Carrisal-Chita con una extensión de 42,75 kilómetros, Cocuy – Pachacual con una extensión de 10,0 kilómetros, el Espino vía Miraflores – Santa Ana – Centro Mortiñal con una extensión de 18,0 kilómetros, La Uvita vía San Bernardo – Cusai - Cañitas con una extensión de 8,0 kilómetros, Paipa – Palermo con una extensión de 31.5 kilómetros, Chinavita – Quebrada el Oso Fátima – Escobal con una extensión de 17,10 kilómetros, Sotaquirá – Arcabuco con una extensión de 18,1 kilómetros para un total de 195,85 kilómetros, consistente en: rocería y desmote manual, limpieza de obras de arte con luz hasta 4 metros, limpieza manual de cunetas, descoles y zanjas de coronación, limpieza de señales y defensas metálicas, eliminación manual de derrumbes, limpieza de tabletas informativas, sello de fisuras y demás labores de la misma o similar naturaleza que le sean indicadas por PRODUCTIVIDAD, de acuerdo con las indicaciones dadas por la Secretaría de Infraestructura Vial de Boyacá y al programa mensual que determina el interventor. Igualmente la EMPRESA debe garantizar el flujo vehicular, utilizar las señales temporales durante el tiempo de duración de los trabajos en la vía, dichas señales deberán contener el logotipo de PRODUCTIVIDAD, GOBERNACIÓN DE BOYACÁ y el de LA EMPRESA (...) **CLÁUSULA TERCERA:** LA EMPRESA hará la ejecución permanente de las obras dentro de los doce (12) meses siguientes contados a partir del acta de iniciación de la obra (...)”*

De las estipulaciones precedentes queda claro que en el asunto bajo examen se dan los presupuestos para entender que la Empresa Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad” actuó por cuenta y a nombre del departamento de Boyacá. Así se deriva de la voluntad emitida por Productividad en el contrato de obra No. 297-001 de 1998 con alusión expresa al mandato otorgado por el ente territorial, en que se le otorgó la facultad de celebrar contratos de mantenimiento y conservación vial en los tramos de carreteras señalados en el anexo 001 de dicho negocio (cláusula primera), ejecutados con recursos públicos, bajo la dirección técnica del mandante a través de la Secretaría de Infraestructura Vial, al punto que así lo indicaron los avisos que usaron la imagen

departamental al tiempo que la información financiera de la ejecución contractual quedó bajo la tutela del mandante. No puede afirmarse entonces que Productividad actuó a su nombre y mantuvo oculto al mandante, dado que la misma hizo manifiesta su condición de mandataria del departamento de Boyacá ante su contratante, Empresa Asociativa de Trabajo “Los Líderes” y no podía ser de otra manera si se contrataba con recursos públicos el mantenimiento de las vías terciarias del departamento.

En ese orden de ideas, no cabe duda de que el contrato de obra No. 297 de 1998 suscrito entre La Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad y la empresa asociativa de trabajo “Los Líderes, tuvo la virtualidad de obligar al departamento de Boyacá, y en esa medida, se tiene como un acto jurídico celebrado –por medio de representante- por la entidad pública convocada, tal como lo define el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 precitado, de donde se trata de un verdadero contrato estatal, cuyo juzgamiento corresponde a esta jurisdicción.

2. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en proceso de doble instancia, seguido ante el Tribunal Administrativo de Boyacá tal como lo dispone el art. 129 del C.C.A., habida cuenta que la cuantía de la demanda alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988⁶, para que esta Sala conozca de la acción de controversias contractuales en segunda instancia.

3. Caducidad

Con respecto a la oportunidad para la interposición de la demanda, es menester tener en cuenta que, en lo relativo a los contratos, al tenor del numeral 10º del artículo 136 del C.C.A. *“el término de caducidad será de dos 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”*. Dispone la norma, además, que en los contratos que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, el término de caducidad se contará desde la firma del acta.

En el caso concreto, aunque en la demanda se señaló que el contrato fue liquidado de mutuo acuerdo el 16 de febrero de 2000 y que en el acta de liquidación se dejaron salvedades por parte del contratista, en el recurso de apelación la actora puso de presente la acta 2 de marzo, que la misma no suscribió, empero suscrita por la contratante y el interventor, igualmente con el propósito de liquidar el contrato. A juicio de la Sala, el argumento traído en sede apelación, además de que cambia los hechos de la demanda, lo que resulta improcedente, no se ajusta a la realidad pues, el 16 de febrero de 2000 tanto la Promotora como la Empresa Asociativa demandada y demandante en este asunto, a través de sus representantes legales, suscribieron acta en

⁶ El 1 de junio de 2001, cuando se presentó la demanda, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales tuviera vocación de doble instancia era de \$26.390.000 y la mayor de las pretensiones fue estimada en \$267.155.108,56, por concepto de perjuicios materiales (fol. 49 a 50, c. ppal.).

la que se realiza el ajuste de cuentas, esto es, se liquidó el contrato, que la contratista objetó reservándose el derecho de formular ante la justicia las salvedades que le impidieron convenir (fol. 457, c. ppal.). En consecuencia, es desde el 16 de febrero de 2000 que debe contarse el término bienal de caducidad.

Así las cosas, la acción presentada el 1º de junio de 2001, lo fue en el término consagrado en el artículo 136 del C.C.A.

4. El caso *sub lite*

4.1. Sobre el régimen jurídico aplicable al contrato de obra No. 297 – 001 y la declaratoria oficiosa de nulidad contractual

La Sala se pronunciará oficiosamente sobre la nulidad de los contratos de mandato nº. 297 de 1997 y de obra nº. 297-001 de 1998, en cuanto se encuentran configurados los elementos para declararla, pues no consultaron principios constitucionales y legales de imperativo cumplimiento.

Conforme los artículos 23 y 29 de la Ley 80 de 1993, las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. La selección será objetiva y tendrá en cuenta el ofrecimiento más favorable a la entidad, sin tener en consideración factores de afecto, interés o motivaciones subjetivas, pues su **desconocimiento comporta una vulneración a las normas legales que gobiernan los procesos de selección y con ello de los principios que gobiernan la contratación estatal.**

En lo que tiene que ver con el principio de transparencia, el numeral 1º del artículo 24, dispuso que la escogencia del contratista se efectuaría siempre a través de licitación o concurso público, salvo que se permita la contratación directa, según la relación taxativa de la misma disposición, así:

“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:

(...)

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, entre otros (...).”

De los hechos probados se advierte que el departamento de Boyacá requería contratar el mantenimiento y conservación básica de 835,35 kilómetros de carreteras entregados por el Fondo Nacional de Caminos Vecinales y Findeter,

en virtud al convenio n°. 00215, tal como quedó claro en los antecedentes del convenio. De donde lo conducente tenía que ver con abrir la licitación correspondiente con el pleno de los requisitos legales. En su lugar, suscribió un contrato de mandato con una entidad privada que a su vez contrató a la demandante para la ejecución de la obra pública dirigida al mantenimiento de carreteras, esto es, trabajo material sobre bienes inmuebles enunciado en el anexo n°. 01 del contrato, acorde con la definición del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Valga aclarar que al caso concreto no es aplicable la forma especial de contratación contenida en el artículo 355 de la Constitución⁷ y desarrollada por el decreto 777 de 1992, modificado por los decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993⁸, destinada al apoyo de actividades y programas de interés general afines con los planes nacional y seccionales de desarrollo, realizadas por particulares a través de entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. Régimen que se rige, en lo no dispuesto en los decretos, por el derecho privado, lo que implica la selección directa del contratista.

Lo anterior, comoquiera que el mismo decreto 777 de 1992 señala en el numeral 1º del artículo 2º que estarán excluidos de su aplicación *“los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes”*. Además, el artículo 3º del decreto 1403 de 1.992, adicionó a la norma transcrita el numeral 5º, según el cual están excluidos del régimen especial *“[l]os contratos que de acuerdo con la ley celebre la entidad pública con otras personas jurídicas, con el fin de que las mismas desarrollen un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con las precisas instrucciones que esta última les imparte”*.

⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 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”* – se destaca-

⁸ Decreto 777 de 1992. Artículo 1º. *“Artículo 1º. Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983.”* *“Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a cien salarios mínimos mensuales deberán publicarse en el Diario Oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial. Adicionalmente, deberán someterse a la aprobación del Consejo de Ministros aquellos contratos que celebren la Nación, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas, cuando dichas entidades descentralizadas pertenezcan al orden nacional, y la cuantía del contrato sea igual o superior a cinco mil salarios mínimos mensuales.// “Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado”*.

Así las cosas, el objeto de los contratos que autoriza el inciso segundo del artículo 355 superior se limita a la realización de actividades o programas de interés público que, conforme a los planes de desarrollo, adelanten instituciones privadas sin ánimo de lucro, o en otras palabras, gestiones de fomento o benéficas, tal como lo ha entendido esta Corporación⁹ y lo dejó en claro la Corte Constitucional en sentencia C-712 de 2002¹⁰ en estos términos:

“(...) el ámbito propio del artículo 355, en sus dos incisos, el primero en cuanto prohíbe explícitamente las donaciones y auxilios, y el segundo, que permite la celebración de contratos para el cumplimiento de actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo, con personas jurídicas privadas, sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, es el de la acción benéfica del Estado, de las actividades de fomento que dentro de un Estado Social de Derecho corresponden como función propia, insoslayable, a la organización estatal. Se trata de apoyar la acción de organizaciones de origen privado, que en ejercicio de la autonomía de iniciativa para el desarrollo de las más variadas actividades que las personas realizan en sociedad (Constitución Política, art. 38), buscan la satisfacción de finalidades no simplemente lucrativas.

Como se puntualiza en la sentencia C-543/2001, el artículo 355 constitucional, cuando en el segundo inciso alude a la celebración de contratos, hace énfasis en que el objeto de los mismos es el desarrollo de actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo, y para asegurar que la acción de fomento (benéfica como la ha denominado la jurisprudencia de la Corporación) se cumpla adecuadamente, exige que las instituciones privadas con las cuales se hayan de celebrar sean precisamente de aquellas que conforme a la ley tengan el carácter de instituciones sin ánimo o fin lucrativo (las personas jurídicas, fundaciones y asociaciones, reguladas por el Código Civil -Título XXXVI- y disposiciones complementarias) que además, ostenten reconocida idoneidad en el ámbito donde conforme a sus respectivas reglas estatutarias, desarrollan las actividades de beneficio común” – se destaca-

En ese orden, si bien el precepto prohíbe la destinación de recursos públicos a particulares, también lo es que el mandato no es absoluto en tanto, la misma norma admite aquellas que tengan un fundamento constitucional expreso, las que no constituyen erogación prohibida por la Carta sino el cumplimiento de los deberes sociales a cargo del Estado. De donde el auxilio que prohíbe la norma superior, es aquél que se hace en beneficio de particulares por mera liberalidad, sin contraprestación alguna, o en palabras de la Corte “[/]o censurado por la norma constitucional, que prohíbe a las ramas y órganos del poder decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, es la transferencia injustificada de recursos del patrimonio público al particular, con el fin de favorecer a ciertos individuos o grupos de manera selectiva, así como la utilización política y electoral, y algunas veces económica, de las necesidades de personas y comunidades (...)”¹¹.

Así las cosas, es claro que aquellos contratos que generan una contraprestación directa a favor de la entidad contratante y los que tienen por objeto desarrollar proyectos específicos por cuenta de la entidad pública, corresponden al cumplimiento de sus

⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 26 de febrero de 1993, rad. 2.073. En similar sentido, puede consultarse el concepto rendido sobre el particular el 24 de febrero de 2005 por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, C. P. Gloria Duque Hernández, Rad. 1626.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-712 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-183 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

funciones y por lo tanto, se tipifican dentro de cualquiera de las modalidades de contratación de la Ley 80 de 1.993, debiendo sujetarse a los procesos de selección, como acaece con el contrato de obra para la construcción, mantenimiento y reparación de la infraestructura vial del departamento, que puede ser ejecutado por entidades privadas o públicas con ánimo de lucro, al tiempo que su ejecución debía ajustarse a las instrucciones impartidas por la entidad pública.

Conforme a lo anterior, no cabe duda del desconocimiento de los principios de publicidad y transparencia, y en especial, de selección objetiva, dispuesto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Recientemente, la Sala destacó de la regla de selección objetiva, su condición de principio básico de todas las modalidades de contratación estatal. Así se sostuvo que, para escoger el ofrecimiento más favorable, la entidad deberá consultar los principios de imparcialidad, igualdad, moralidad y transparencia, sin consideración a factores de afecto, interés o cualquier clase de motivación subjetiva¹².

Previamente, en sentencia de 2 de diciembre de 2013¹³, la Sala sostuvo que aún en los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios, sometidos al derecho privado se impone el cumplimiento de los principios y fines constitucionales. Esto es, la realización de convocatorias con sujeción a los principios de transparencia, objetividad y eficiencia¹⁴.

En el caso concreto, la Sala advierte la ilegalidad manifiesta de la contratación directa de una obra pública, así se haya tratado de camuflar con la intermediación de un privado, con quien se suscribió un contrato de mandato, en apariencia, sin representación, en contravía de expresa disposición legal (Art. 24.1, Ley 80 de 1993). Además, con el contrato de mandato n.º. 297 de 1997 se impusieron limitaciones injustificadas a la aplicación del principio de selección objetiva, lo que denota, con claridad, la intención de hacer uso del encargo para eludir el proceso licitatorio como:

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, expediente n.º 36805. M.P. Hernán Andrade Rincón.

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena Sección tercera, expediente AP-760012331000200502130 0. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁴ *Así se expuso en concepto rendido con ocasión de las restricciones establecidas en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías Electorales) –se destaca–: "III. La aplicación de ésta prohibición a las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter público.// Dada la argumentación presentada en la solicitud de consulta, es posible prever que el intérprete se formule la siguiente pregunta: ¿si a las empresas de servicios públicos domiciliarios por regla general se les aplica en su contratación el derecho privado, cómo hace para aplicar la licitación pública de la ley 80 de 1993 que es derecho público? Para dar respuesta a este interrogante, la Sala recuerda que en derecho privado también existe la institución de la licitación pública, regulada por el artículo 860 del código de comercio, que se encuentra dentro del capítulo dedicado a la oferta o propuesta de contratos, norma que entonces resulta aplicable al presente caso, y que es del siguiente tenor: // Artículo 860. "En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás."/ Entonces, las entidades públicas cuya contratación está sometida al derecho privado, a las que se les ha restringido temporalmente la contratación directa, pueden seguir contratando, pero mediante la licitación pública regulada por el artículo transcrito; unas de dichas entidades son los prestadores públicos de servicios públicos domiciliarios". Sala de Consulta y Servicio Civil; radicación número: 11001-03-06-000-2006-00026-00(1727); 20 de febrero de 2006; Consejero ponente Enrique José Arboleda Perdomo.*

i) La consagración del mandato como “sin representación”, cuando en realidad el mandatario contrató a nombre y por cuenta del departamento. Se puede concluir, sin mayores elucubraciones, que el hecho de incluir la expresión pretendía sustraer el contrato del régimen jurídico aplicable, esto es, se aparentó un contrato entre particulares gobernado por el derecho privado.

ii) La indicación de que el mandato tendría como fin la celebración de contrato de prestación de servicios (cláusula segunda), pese a que, seguidamente se estableció que su objeto sería “*la conservación y el mantenimiento de las vías relacionadas en el artículo 001*”. Mientras el contrato de prestación de servicios profesionales o *intuitu personae* es de aquellos que puede adjudicarse directamente, el contrato de obra pública debía ser adjudicado mediante licitación por expresa disposición legal.

iii) La inclusión de la directriz relativa a la preferencia para contratación, de las microempresas pertenecientes a los municipios en que se ejecutaren las obras y en que hagan parte exservidores del departamento de Boyacá (numeral 12, cláusula segunda), esto es, se direccionó la contratación sin justificación, pues no se entiende porque en un contrato de obra tal preferencia.

En consecuencia, merece ser reservada la conducta de la administración, quienes, so pretexto de la suscripción de un contrato de mandato “*sin representación*”, contrató una obra pública sin someterla a licitación, pasando por alto los principios de la contratación estatal, dirigidos a garantizar bajo todo concepto el principio de selección objetiva. En este punto, cabe recordar que el artículo 1742 del Código Civil, autoriza el decreto oficioso de la nulidad absoluta por parte del juez, al tiempo que establece dicha declaración como imperativa¹⁵.

La declaratoria de nulidad de los contratos, implica, la interrupción de la eficacia futura, pero también retroactiva en cuanto sea posible y por ende, conduce a la extinción de las obligaciones entre las partes, sin restituciones mutuas, a menos que las partes no tuvieran conocimiento de la ilicitud de la convención. Así lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, a cuyo tenor:

ARTÍCULO 1746. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD. “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (...) – se destaca-

¹⁵ Señala expresamente la norma: ARTÍCULO 1742. OBLIGACION DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA. Subrogado por el art. 2º, Ley 50 de 1936. El nuevo texto es el siguiente: “*La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria*” – se destaca-

Norma que debe ser interpretada en el marco del artículo 1525 del C.C.:

ARTÍCULO 1525. ACCIÓN DE REPETICIÓN POR OBJETO O CAUSA ILÍCITA. “No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas” – se destaca-.

Los demás vicios que generen nulidad absoluta o relativa dan a las partes el derecho a ser restituidas al estado en que se hallaban antes del contrato.

Ahora, en la contratación estatal se establecieron causas adicionales de nulidad. El artículo 44 de la Ley 80 estipula que los contratos son nulos por las razones dispuestas en el derecho civil y también cuando se celebran *i)* con personas incursas en inhabilidad o incompatibilidad, *ii)* contra expresa prohibición constitucional o legal, *iii)* con abuso o desviación de poder. Al igual que cuando *iv)* se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten y *v)* 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 esa ley.

La nulidad absoluta del contrato estatal pueden alegarla las partes, el agente del Ministerio Público, cualquier persona que acredite interés directo o declararla oficiosamente el juez; además, no es susceptible de saneamiento por ratificación. De otra parte, como sucede con la nulidad relativa en el derecho privado, en la contratación estatal este vicio se configura por los demás defectos de que adolezca el negocio, y puede sanearse por ratificación de las partes o por prescripción, de 2 años contados desde que ocurre el hecho generador, sin que ello mengüe la potestad de declaratoria oficiosa o por solicitud del Ministerio Público, la que puede declararse en cualquier tiempo.

Así mismo, la Ley 80 de 1993 consagra la figura de la nulidad parcial, la cual consiste en que *“la nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato, no invalidarán la totalidad del acto, salvo cuando éste no pudiese existir sin la parte viciada”*.

A diferencia del derecho privado, el estatuto de contratación pública dispone que si se declara la nulidad de un contrato de ejecución sucesiva, se reconocerá y pagarán las prestaciones ejecutadas hasta la adopción de la decisión. No obstante, si el contrato es nulo por objeto o causa ilícita, la entidad sólo debe pagar el beneficio recibido. Así lo establece el artículo 48 del mismo compendio normativo:

“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 – se destaca-”.

Los argumentos expuestos, resultan suficientes para revocar la decisión del tribunal y en su lugar declarar de oficio la nulidad del convenio interinstitucional de mandato n.º 0297 de 31 de diciembre de 1997 suscrito entre el departamento de Boyacá y la Empresa Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad”, contrato principal para el caso concreto, y de contera, del contrato n.º 297-001 de 23 de noviembre de 1998, suscrito entre Productividad, como mandataria del departamento de Boyacá y “Los Líderes” Empresa Asociativa de Trabajo, accesorio a aquél¹⁶, amén de que la suscripción de los contratos contravino los principios constitucionales y legales, al tiempo que desconoció las normas en que debía fundarse, lo que hace visible la desviación de poder que comportó la actuación y su objeto ilícito¹⁷, dando lugar a la declaratoria de su invalidez conforme a lo dispuesto en los numerales 2º y 3º de la Ley 80 de 1993 precitados, en concordancia con el artículo 1519 del Código Civil.

Comoquiera que en el caso concreto, el contrato de obra cuya nulidad absoluta por objeto ilícito se declara era de tracto sucesivo, procede la Sala a establecer si hay lugar a reconocer alguna suma por concepto de prestaciones ejecutadas y no pagadas, cuyo beneficio hubiera sido efectivamente recibido por la entidad, acorde con lo señalado por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993. Para lo anterior, resulta imperativo el pronunciamiento sobre la legalidad de la multa, amén de establecer la procedencia del descuento.

Sobra señalar, que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, nada habrá de decirse respecto del presunto incumplimiento contractual demandado¹⁸.

5. Sobre la nulidad de la multa y la liquidación bilateral

Declarada de oficio la nulidad absoluta de los contratos de mandato y obra, tanto la multa derivada del presunto incumplimiento del contratista como el acta de liquidación bilateral del contrato de obra correrán la misma suerte comoquiera que el efecto de la figura es el retorno de las cosas al estado anterior, con la excepción del artículo 48 precitado. En ese orden, dado que la suscripción del contrato contravino los principios constitucionales y legales, al tiempo que desconoció normas de rango legal y reglamentario, lo que hace visible su objeto ilícito y la desviación de poder que comportó la actuación, se dejará sin efecto el acta de liquidación firmada, con anuncio

¹⁶ Lo anterior en aplicación del principio jurídico emanado del derecho romano que establece: “*accessorium sequitur principale*”, que traduce “*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*”.

¹⁷ De conformidad con lo señalado por el artículo 1519 del Código Civil “[h]ay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación”.

¹⁸ Así lo ha considerado esta Sección. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de junio 28 de 1999, exp. 12.085, C. P. Daniel Suárez Hernández.

de la presentación de salvedades, el 16 de febrero de 2000 y la multa impuesta en virtud del contrato (cláusula décima)¹⁹. Lo anterior con el fin de restablecer la legalidad, mediante la eliminación de la situación jurídica irregular creada con la celebración del contrato.

En consecuencia, ordenará la sala la devolución del monto cobrado por concepto de multa a la empresa asociativa de trabajo “Los Líderes”, traído a valor presente, el cual conforme al acta de liquidación ascendió a la suma de \$22'681.295,24, con base en la siguiente fórmula:

$$VP = \$22'681.295,24 \times \frac{132,70 \text{ IPC octubre/2016}}{59,06 \text{ IPC Febrero/2000}}$$

$$VP = \$50.961.867$$

Así las cosas, la Sala ordenará la restitución de la suma de cincuenta millones novecientos sesenta y un mil ochocientos sesenta y siete pesos (\$50.961.867), a la demandante Empresa Asociativa de Trabajo “Los Líderes”.

Ahora bien, opera, en el *sub judice*, la solidaridad en el pago de la obligación, comoquiera que de las pruebas arrimadas al plenario se colige que, tanto la entidad territorial como la Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad” participaron en la toma de la decisión que impuso la sanción a la Empresa Asociativa de Trabajo “Los Líderes”, por intermedio del Comité Operativo del Convenio, del que hacían parte conforme lo señala la cláusula décima, los secretarios de Hacienda, Infraestructura Vial y Promoción Social del departamento de Boyacá o sus delegados, el interventor asignado por el secretario general técnico del fondo nacional de caminos vecinales o su delegado, el representante legal de la Promotora de Microempresas de Boyacá y el coordinador del proyecto, también designado por la contratista.

En efecto, se lee en comunicación dirigida por el Coordinador del Convenio n.º. 297 – Productividad, al señor Antonio Solano Pérez, representante legal de la empresa asociativa de trabajo “Los Líderes” el día 30 de diciembre de 1999, lo siguiente (fol. 27 a 28, c. ppal.):

“Po lo anterior expuesto (sic) y en análisis detallado efectuado por el Comité Operativo del Convenio de Mantenimiento Vial del día 13 de diciembre de 1999, en reunión extraordinaria y por acta 015 de la misma fecha y una vez escuchados los informes del Coordinador e interventor del Convenio, se concluyó por decisión unánime, la aplicación de la CLÁUSULA DÉCIMA (...).

Por lo anterior y en cumplimiento de lo ordenado por el Comité Operativo de Mantenimiento Vial, le comunico la aplicación de la sanción al Contrato de obra n.º. 297-001 suscrito entre la Promotora de Microempresas de Boyacá y la EAT Los Líderes con fecha 23 de diciembre de 1998 y cuyo valor es DOSCIENTOS VEINTISÉIS MILLONES OCHOCIENTOS DOCE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS CON 38/100 M/C (\$22.681.295,24), la sanción se hará efectiva en el descuento a la suma pendiente por cancelar del contrato en referencia – se destaca-.

Ahora bien, a juicio de la Sala, le asiste una mayor responsabilidad al departamento de Boyacá en la asunción del pago de la multa, comoquiera que i) conforme a los contratos cuya nulidad se declara, la satisfacción de las obligaciones adquiridas por Productividad

¹⁹ Decía la cláusula décima, señalada: “causales de terminación y sanción. - El incumplimiento al presente contrato en alguna de sus cláusulas acarreará la sanción del 10% sobre el valor del contrato (...).

se realizaría con cargo a los recursos transferidos por la Financiera de Desarrollo Territorial - Findeter al departamento de Boyacá conforme al convenio n°. 00215 suscrito entre esas entidades (cláusulas segunda, quinta y décimo tercera del convenio interinstitucional de mandato n°. 297 de 1997), esto es, con cargo a recursos públicos cuya ejecución correspondía al departamento, al tiempo que es en el ente territorial en quien recae la titularidad de la contraprestación y *ii*) toda vez que su participación en el Comité Operativo del Convenio, que adoptó la decisión, fue mayoritaria.

Así las cosas, a juicio de la Sala, resulta ajustado a derecho que el departamento de Boyacá, asuma en un 60%, el pago de la totalidad de los perjuicios acreditados y la Empresa Promotora de Microempresas de Boyacá "Productividad" lo haga en un 40%.

Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de las entidades demandadas pagará el monto total de la condena y, posteriormente, podrá repetir contra la otra para que, de conformidad con lo expuesto en este punto, le reembolse la suma que en derecho corresponde.

6. Sobre el valor de las prestaciones ejecutadas y no pagadas por la demandada

6.1. De conformidad con las actas finales de recibo de obra y acorde con lo probado con el acta de liquidación bilateral del contrato de obra No. 297-001 de 1998 – el cual tiene valor probatorio pese a la declaratoria de su nulidad-, se encuentra que las siguientes prestaciones fueron ejecutadas por la parte actora y pagadas por la Promotora de Microempresas de Boyacá "Productividad" en un 100%, por lo que sobre las mismas no hay lugar al reconocimiento de valor alguno, comoquiera que la administración, a través de su mandataria, pagó el beneficio recibido por esas obras:

TRAMO	VALOR CONTRATADO	VALOR EJECUTADO
Boavita - San Francisco - Las brisas	\$32.195.047,62	\$32.195.047,62
El Espino vía Miraflores - Santa Ana - Centro Mortiñal	\$20.845.714,29	\$20.845.714,29
Chinavita - Quebrada El Oso - Fátima - Escobal	\$19.803.428,57	\$19.803.428,57
Sotaquirá - Arcabuco	\$20.961.523,81	\$20.961.523,81
TOTAL	\$93.805.714,29	\$93.805.714,29

6.2. Ahora bien, en cuanto al tramo Paipa–Palermo, la Promotora de Microempresas de Boyacá disminuyó unilateralmente el valor del contrato, comoquiera que se reajustó el kilometraje contratado. Así quedó establecido en comunicación de 30 de diciembre de 1999, dirigida por el Coordinador del Convenio 0297, en los siguientes términos (fol. 29, c. ppal.):

"Me permito comunicarle que por decisión del Comité de Mantenimiento Vial del Convenio 297 en reunión extraordinaria del pasado 14 de diciembre, se deben efectuar los ajustes pertinentes al Contrato 297-001 en cuanto a la reliquidación por menor distancia encontrada en el tramo Paipa – Palermo, así:

Distancia en contrato inicial: 31,5 k

Distancia según concepto de la Secretaría de Infraestructura Vial: 29,30 k
Ajuste a menor distancia: 2,20 k
Valor unitario kilómetro: \$1'158.095,24
Ajuste de menor valor al contrato 297-001: \$2'547.809,52 (...)"

Reajuste que tuvo como fundamento, a su vez, en la visita técnica efectuada por el ingeniero del Distrito Centro, Segundo Medina Alzate, que señala (fol. 32, c. ppal.):

"En visita realizada a la vía Paipa – Palermo, la cual se le está haciendo mantenimiento rutinario por la Microempresa Los Líderes, se encontró que la distancia es de 29,5 kms, dicha distancia va desde el punto la Y en Paipa (donde termina el pavimento) hasta el casco urbano de Palermo (incluye 200 mts en pavimento)".

El acta de recibo parcial de obra No. 12 de 4 de enero de 2000 da cuenta de que la obra fue ejecutada en un 100% (fol. 381, c. ppal.). Igualmente, de conformidad con el acta de terminación de obra de 12 de enero de 2000, suscrita por el Coordinador del Convenio 297, el alcalde del municipio de Paipa, el personero municipal y el interventor, se indicó que *"en visita al tramo enunciado, se constata que las obras ejecutadas se realizaron según la programación de interventoría"*. Es decir, la totalidad de las obras de mantenimiento permanente y rutinario contratadas fueron ejecutadas por la empresa asociativa.

Así las cosas, dice la liquidación frente a este particular (fol. 437, c. ppal.):

Tramo Paipa - Palermo	Inicial	Reliquidación	Ajuste a menor distancia
<i>Valor del contrato</i>	<i>\$36.480.000,00</i>	<i>\$33.932.190,48</i>	<i>\$2.547.809,52</i>
<i>Longitud del tramo KMT</i>	<i>31,50</i>	<i>29,30</i>	<i>2,20</i>
<i>Valor alicuota mensual</i>	<i>3040000</i>	<i>\$2.827.682,54</i>	<i>\$212.317,46</i>

En tal virtud, considera la Sala que, comoquiera que la ley sólo establece que se reconozca al contratista hasta el monto del beneficio recibido por la administración y dado que el kilometraje de la ruta fue rectificado, confirmándose que era de 29,5 km y que sobre todo el tramo se cumplieron las obras, las cuales fueron reconocidas y pagadas por la administración, no procede reconocimiento alguno por este concepto.

6.3. En cuanto a los tramos restantes refiere el acta de liquidación bilateral (fol. 457, c. ppal.):

TRAMO	VALOR CONTRATADO	VALOR EJECUTADO
Cocuy-Carrizal-Chita	\$49.508.571,43	\$46.471.587,29
Cocuy-Palchacual	\$11.580.952,38	\$7.720.633,85
Uvita vía San Bernardo - Cusagui - Cañitas	\$9.264.761,00	\$8.578.483,23

Sativa Norte - Sativa Sur - Coloradales	\$26.172.952,38	\$25.197.205,34
TOTAL	\$96.527.237,19	\$87.967.909,71

La empresa asociativa de trabajo “Los Líderes” adujo que cumplió a cabalidad con la totalidad de las obras para la distancia contratada, empero, al respecto, Productividad aseveró que no se dio una ejecución total de lo contratado y retuvo parcialmente el pago. Retenciones sobre las que la empresa asociativa manifestó su disenso, señalando en la cuenta de cobro radicada el 17 de febrero de 2000 ante Productividad, que reclama el pago de la suma de \$11.806.775,7, acorde con la liquidación del contrato y que *“queda por definir: pago de la multa 10% del valor total del contrato y de las retenciones que existen de los tramos laborados”* – se destaca-. Así las cosas, procede la Sala a verificar *i)* la distancia contratada para mantenimiento en los tramos en discusión, *ii)* el kilometraje sobre el que efectivamente se realizaron obras de conformidad con las actas de recibo parcial y total de obra, *iii)* el valor de kilómetro recibido a satisfacción por tramo, y *iv)* el valor efectivamente pagado por el departamento de Boyacá, para establecer el valor de lo efectivamente ejecutado y determinar si hay lugar a restituciones y el valor de las mismas. Lo anterior, teniendo en cuenta que aunque el convenio interinstitucional de mandato n°. 297 de 1997 establecía en su cláusula segunda que sería obligación del mandatario *“celebrar contratos de prestación de servicios con las microempresas señaladas para la conservación y mantenimiento de las vías relacionadas en el anexo No. 001 (...), por la suma de un millón quinientos veinte mil pesos (\$1’520.000) en promedio, por todo concepto, por cada kilómetro de vía atendido por un año (...)* (fol. 3, c. ppal.), lo cierto es que dicho valor no es oponible a la Empresa Asociativa de Trabajo “Los Líderes” que no fue parte en dicha convención, por lo que la Sala no tomará dicho valor sino el precio fijado en el contrato de obra como indicador para establecer el valor de lo ejecutado.

6.3.1. Respecto del tramo Cocuy – Carrizal – Chita, se tiene que, de conformidad con la cláusula primera del contrato de obra, el tramo contaba con una extensión de 42,75 kilómetros, mientras que en el documento denominado *“anexo al contrato”* se indica que el valor de la obra para el tramo referido sería de cuarenta y nueve millones quinientos ocho mil quinientos setenta y un pesos con cuarenta y tres centavos (\$49’508.571,43), misma suma que se indica como valor inicial en el acta de terminación de obra. De lo anterior se infiere que el valor del mantenimiento por kilómetro sería un millón ciento cincuenta y ocho mil noventa y cinco pesos con veintitrés centavos (\$1.158.095,23)²⁰.

Frente a lo efectivamente ejecutado por la demandante en el tramo, aunque el contrato señala que la obra tendría una extensión de 42,75 kilómetros, el acta de finalización de obra ni la evaluación de la calidad de la obra realizada *a posteriori*

²⁰ Suma obtenida al dividir el valor total del contrato para el tramo (\$49’508.571,43) en el número total de kilómetros (42,75).

por el interventor, dan cuenta de la realización de obras sobre la totalidad de dicho kilometraje. Al respecto, obran las siguientes pruebas:

6.3.1.1. Comunicación de 4 de octubre de 1999, por medio de la que la interventoría se dirigió a la EAT Los Líderes y en que manifestó sus preocupaciones por incumplimiento del cronograma de obra en el tramo de la referencia (fol. 154, c. ppal.):

*“(...) COCUY – CARRIZAL – CHITA
No se terminó de realizar el trabajo correspondiente al 4 de septiembre y en la cuota a entregar el 4 de octubre, la vía carece de intervención total (...).*

6.3.1.2. Por su parte, el 5 de noviembre de 1999, la Personería Municipal, la Secretaría de Planeación Municipal y el alcalde de El Cocuy – Boyacá, enviaron comunicación al director ejecutivo de Productividad, en los siguientes términos (fol. 157, c. ppal.):

“En relación con el convenio interinstitucional de mandato n°. 297 (...) manifestamos nuestra preocupación por cuanto este se ha venido desarrollando de manera deficiente en lo que corresponde a los tramos El Cocuy – Palchacual y El Cocuy – Carrizal. Situación dada entre otras razones por la falta de permanencia de personal que dé cumplimiento debidamente a lo contratado.

En los dos tramos encontramos alcantarillas destapadas desde hace más de dos meses (...).”

6.3.1.3. En el mismo sentido, el 30 de noviembre de 1999, el delegado del interventor, el jefe de Planeación Municipal y el Personero Municipal de El Cocuy elevaron acta de la inspección ocular realizada al área de las obras, en que se señaló en el tramo Cocuy – Carrizal – Chita (fol.158, c. ppal.):

“(...) Entre los kilómetros 28 y 21 no se ha hecho obra alguna, el tramo no ha sido intervenido. Entre los kilómetros 21 y 14 al parecer no se habrían hecho las rectificaciones solicitadas por la interventoría. Entre los kilómetros 14 y 7 se encontraron nueve (9) personas trabajando, con obras hechas en los kilómetros 7 y 9 de buena calidad”

6.3.1.4. En acta de recibo parcial de obra n°. 12 de 4 de enero de 2000, no suscrita por el contratista, señaló la interventoría el siguiente balance de la ejecución (fol. 382, c. ppal.):

*“Tiempo transcurrido: 100%
Obra ejecutada: 93,82%²¹
Valor neto a pagar presente acta: \$1.088.730,15 (...).”*

²¹ Ahora bien, de la lectura de las actas de recibo parcial de obra anteriores (1 a 11), se infiere que el porcentaje de obra ejecutado consignado, es el de la totalidad de la obra, y no sólo del periodo, comoquiera que se advierte el avance gradual de dicho porcentaje de una acta a la siguiente.

pesos con veintinueve centavos (\$46.471.587,29), suma que corresponde al 93,86% del valor contratado. De donde, se encuentra que fue efectuado el pago total de la obra efectivamente recibida.

6.3.2. Respecto del tramo El Cocuy – Palchacual, se conoce que de conformidad con el contrato, tenía una distancia de 10 kilómetros, mientras que en el documento denominado “*anexo al contrato*” se indica que el valor de la obra para el tramo referido sería de once millones quinientos ochenta mil novecientos cincuenta y dos pesos con treinta y ocho centavos (\$11.580.952,38), misma suma que se indica como valor inicial en el acta de terminación de obra. De lo anterior se infiere que el valor del mantenimiento por kilómetro sería un millón ciento cincuenta y ocho mil noventa y cinco pesos con veintitrés centavos (\$1.158.095,23)²².

Frente a lo efectivamente ejecutado por la demandante en el tramo, obran las siguientes pruebas:

6.3.2.1. Comunicación de 4 de octubre de 1999, por medio de la que la interventoría se dirigió a la EAT Los Líderes y en que manifestó sus preocupaciones por incumplimiento del cronograma de obra en el tramo de la referencia (fol. 154, c. ppal.):

“(...) COCUY – PALCHACUAL

La vía presenta derrumbes sin levantar, no hay continuidad en el trabajo, labores de mantenimiento vial son deficientes, la vía carece de intervención (...)”

6.3.2.2. Preocupación reiterada el 5 de noviembre de 1999, por la Personería Municipal, la Secretaría de Planeación Municipal y el alcalde de El Cocuy – Boyacá al director ejecutivo de Productividad – ver. Párr. 6.1.3.1. *Supra-* (fol. 157, c. ppal.).

6.3.2.3. Así mismo, en el acta de la inspección ocular realizada al área de las obras -ver. Párr. 6.3.1.3. *Supra-*, frente al tramo El Cocuy – Palchacual, se encontró (fol.158, c. ppal.):

“(...) En el kilómetro 1.6 existe una alcantarilla tapada con desborde de agua permanente desde hace cuatro meses aproximadamente no se puede verificar que se hayan hecho los trabajos de cuneteo, rocería, descoles. Se encontraron cinco (5) trabajadores en el tramo comprendido entre los kilómetros 7.1 y 7.5 realizando un trabajo medianamente aceptable. En el resto del recorrido no se ha realizado obra alguna.

6.3.2.4. En acta de recibo parcial de obra n°. 12 de 4 de enero de 2000, no suscrita por el contratista, señaló la interventoría el siguiente balance de la ejecución (fol. 384, c. ppal.):

²² Suma obtenida al dividir el valor total del contrato para el tramo (\$11.580.952,38) en el número total de kilómetros (10).

*“Tiempo transcurrido: 100%
Obra ejecutada: 66,66%
Valor neto a pagar presente acta: \$0,00% (...)”*

6.3.2.5. Igualmente, señala el acta de terminación de obra visible a folio 175 a 176 del cuaderno principal, de la misma fecha, sobre la ejecución de obras que se realizó sobre el tramo Cocuy - Palchacual:

“En visita al tramo El Cocuy – Palchacual, se constató que las obras ejecutadas del kmt. 7,50 al 10,00 no se realizaron según la programación de interventoría, esto es que los trabajos para los meses a entregar a octubre 4, noviembre 4, diciembre de 1999 y enero 4 del 2000 no se desarrollaron. La coordinación con las autoridades locales fue nula (...)”

6.3.2.6. En comunicación del 12 de enero de 2000 –ver. Párr. 6.3.1.6. supra- la interventoría señaló lo siguiente frente al tramo referido (fol. 196, c. ppal.):

“COCUY – PALCHACUAL

<i>Kms 3.20 a 4.90</i>	<i>No se rectificaron trabajos deficientes</i>
<i>Kms 4.90 a 6.60</i>	<i>No se continuó el trabajo</i>
<i>Kms 6.60 a 8.30</i>	<i>No se trabajó</i>
<i>Kms 8.30 a 10.00</i>	<i>No se trabajó.</i>

Del material probatorio precitado, encuentra la Sala la concordancia entre lo señalado en el acta de recibo parcial de obra n°. 12 y la comunicación del interventor posterior a la finalización de la obra, comoquiera que en ambos documentos se da cuenta de la ejecución del 66,66 % de la obra, ya que se señala su realización hasta el kilómetro 6,60. Lo anterior, aunque el acta de terminación de obra sólo consigna que desde el kilómetro 7,50 no se desarrollaron los trabajos contratados, lo que no se opone al porcentaje de obra que consta como recibido en el acta parcial n°.12, comoquiera que en la misma no se señala nada acerca del resto del kilometraje. Así las cosas, la Sala tendrá como probada la ejecución de la obra en el 66,66% del kilometraje contratado, una vez valorada la documentación en su conjunto.

Ahora, encuentra la Sala que, conforme al acta de liquidación bilateral, para el tramo Cocuy – Pachalcual, al contratista le fue reconocido como valor ejecutado la suma de siete millones setecientos veinte mil seiscientos treinta y tres con cuarenta y ocho centavos (\$7'720.633,48), suma que corresponde al 66,66% del valor contratado. Como quiera que conforme al acta de recibo parcial no. 12, el porcentaje de obra recibido por parte de la entidad fue el 66,66%, se encuentra que le fue pagada la totalidad de la obra recibida a satisfacción, por lo que nada más habrá de reconocerse por este concepto.

6.3.3. Respecto del tramo Uvita vía San Bernardo - Cusagui - Cañitas, se conoce que de conformidad con el contrato, tenía una distancia de 8 kilómetros, mientras que en el documento denominado *“anexo al contrato”* se indica que el valor de la obra para el tramo referido sería nueve millones doscientos sesenta y cuatro mil setecientos sesenta y un pesos con noventa y un centavos (\$9'264.761,90), misma suma que se indica como valor inicial en el acta de terminación de obra.

De lo anterior se infiere que el valor del mantenimiento por kilómetro sería un millón ciento cincuenta y ocho mil noventa y cinco pesos con veintitrés centavos (\$1.158.095,23)²³.

Frente a lo efectivamente ejecutado por la demandante en el tramo, obran las siguientes pruebas:

6.3.3.1. En acta de recibo parcial de obra n°. 12 de 4 de enero de 2000, no suscrita por el contratista, señaló la interventoría el siguiente balance de la ejecución (fol. 385, c. ppal.):

*“Tiempo transcurrido: 100%
Obra ejecutada: 92,55%
Valor neto a pagar presente acta: \$85.784.82 (...)”*

6.3.3.2. Por su parte señala el acta de terminación de obra visible a folio 181 a 182 del cuaderno principal, de la misma fecha, sobre la ejecución de obras que se realizó sobre el tramo *“La Uvita: San Bernardo Cusagui – Cañitas”*:

“En visita al tramo se constató que las obras se desarrollaron en su totalidad y de acuerdo con el programa de interventoría, haciendo la aclaración que en el kilómetro 6.800 se presentó un derrumbe a comienzos de diciembre con extensión de 50 mts y deja la vía obstruida, la coordinación con las autoridades locales fue buena, los trabajos se adelantaron con una cuadrilla de cinco trabajadores que atendía el tramo de Boavita de manera alterna (...) los trabajos se reciben a satisfacción de la comunidad (...)” – se destaca-

6.3.3.3. En comunicación del 12 de enero de 2000 –ver. Párr. 6.3.1.6. supra- la interventoría señaló lo siguiente frente al tramo referido (fol. 196, c. ppal.):

*“SAN BERNARDO – CUSAGUI – CAÑITAS
6.80 a 8.00 No se realizó trabajos (sic) (...)”*

Del material probatorio precitado, encuentra la Sala que aunque no puede desconocer la evaluación de la obra consignada por el Coordinador del Convenio Interinstitucional de Mandato n°. 297, el contratante, la interventoría y las autoridades municipales, todos quienes suscribieron el acta de terminación de obra en que se señala de manera expresa que *“las obras se desarrollaron en su totalidad”* y que *“se reciben a satisfacción de la comunidad”*, se encuentra probado mediante concepto del 12 de enero de 2000 que la interventoría señaló que en el tramo comprendido entre los kilómetros 6,80 a 8,00 no se habían adelantado las obras, lo que concuerda con el acta de recibo parcial n°. 12 que indica que la ejecución ascendió al 92,55% del objeto contractual y el acta de finalización de obra en que se señala que *“en el kilómetro 6.800 se presentó un derrumbe a comienzos de diciembre con extensión de 50 mts y deja la vía obstruida”*, sobre el cual se estaban realizando trabajos en coordinación con las

²³ Suma obtenida al dividir el valor total del contrato para el tramo (\$9'264.761,90) en el número total de kilómetros (8).

autoridades municipales. Trabajos comprendidos en el contrato de obra, que en su cláusula primera indica *“la eliminación manual de derrumbes”* como parte de las obras de mantenimiento y conservación rutinaria contratada. En ese orden de ideas, para la Sala no resulta precisa la afirmación consignada en el acta de terminación de obra frente a la recepción de la totalidad de la obra, como quiera que se conoce que a la altura del kilómetro 6,80 se presentó un derrumbe, cuyo levantamiento correspondía al contratista y que al momento de terminación del contrato no había sido solventado, tal como conceptuó la interventoría el 12 de enero de 2000. En consecuencia, la Sala tendrá como probada la ejecución del 92,55% de las obras conforme al acta de recibo parcial n.º. 12.

Ahora, encuentra la Sala que, conforme al acta de liquidación bilateral, para el tramo La Uvita: San Bernardo – Cusagui - Cañitas, al contratista le fue reconocido como valor ejecutado la suma de ocho millones quinientos setenta y ocho mil cuatrocientos ochenta y tres mil pesos con veintitrés centavos (\$8'578.483.23), suma que corresponde al 92,59% del valor contratado. Como quiera que conforme a lo considerado *ut supra* el porcentaje de obra recibido por parte de la entidad fue el 92,55%, se encuentra que le fue pagada la totalidad de la obra recibida a satisfacción, por lo que no se reconocerá suma adicional alguna por este concepto.

6.3.4. Finalmente, en cuanto al tramo Sativa Norte – Sativa Sur- Coloradales se conoce que de conformidad con el contrato, tenía una extensión de 22,6 kilómetros, mientras que en el documento denominado *“anexo al contrato”* se indica que el valor de la obra para el tramo referido sería de veintiséis millones ciento setenta y dos mil novecientos cincuenta y dos pesos con treinta y ocho centavos (\$26.172.952,38) misma suma que se indica como valor inicial en el acta de terminación de obra. De lo anterior se infiere que el valor del mantenimiento por kilómetro sería un millón ciento cincuenta y ocho mil noventa y cinco pesos con veintitrés centavos (\$1.158.095,23)²⁴.

Frente a lo efectivamente ejecutado por la demandante en el tramo, obran las siguientes pruebas:

6.3.4.1. Comunicación de 4 de octubre de 1999, por medio de la que la interventoría se dirigió a la EAT Los Líderes y en que manifestó sus preocupaciones por incumplimiento del cronograma de obra en el tramo de la referencia (fol. 154, c. ppal.):

“(…) SATIVANORTE – SATIVA SUR - COLORADALES

Se encontraron trabajadores en el kilómetro 13.1 el día 28 de septiembre los cuales están dejando materiales de extracción de cuneteo en la vía.

Lo anterior es producto de la falta de dirección y supervisión de sus obreros y/o de los contratistas quienes están manejando el contrato (...)”

²⁴ Suma obtenida al dividir el valor total del contrato para el tramo (\$11.580.952,38) en el número total de kilómetros (10).

6.3.4.2. En acta de recibo parcial de obra nº. 12 de 4 de enero de 2000, no suscrita por el contratista, señaló la interventoría el siguiente balance de la ejecución (fol. 386, c. ppal.):

*“Tiempo transcurrido: 100%
Obra ejecutada: 95,4%
Valor neto a pagar presente acta: \$1.205.333,33 (...)”*

6.3.4.3. Igualmente, señala el acta de terminación de obra visible a folio 183 a 184 del cuaderno principal, de la misma fecha, sobre la ejecución de obras que se realizó sobre el tramo *“(Sativanorte – Sativasur – Coloradales). Límite Templete”*:

“(...) En visita al tramo se constató que las obras programadas para entrega al 4 de enero del 2000, esto es, del kmt.3.80 al 0.00 no efectuó ningún tipo de trabajo en una longitud de 1.650 mts. ubicados entre la salida de Sativanorte y el sitio La Chapa, la coordinación con las autoridades locales fue nula y sólo se presentaron a exigirle alimentación y alojamiento a la Alcaldía, los trabajos se adelantaron con una cuadrilla de cuatro trabajadores que no son de la región. Los trabajos se reciben a satisfacción de la comunidad y se deja la aclaración que las obras no fueron terminadas (...)”

En cuanto al tramo *“(Sativanorte – Sativasur – Coloradales) Sector Sativasur*, señalaron los firmantes:

“(...) El señor alcalde expresa que la coordinación con las autoridades locales fue nula y sólo se presentaron a exigirle paz y salvo el cual no se expidió debido a que la obra no fue para constatarla, puesto que en los meses de febrero, marzo y abril se dejó material de extracción de limpieza de cunetas contaminando las banca y provocando accidentes vehiculares, además que no se contrató personal de la región. Por parte de la personería se deja expresa constancia que la Secretaría de Infraestructura vial, Productividad y la E.A.T. no comunicaron al despacho que se iniciarían los trabajos de mantenimiento a la vía en mención, cuando se inició el contrato y durante su ejecución, por lo tanto la coordinación es nula y no se puede dar constancia que se hayan cumplido los trabajos a satisfacción (...)

6.3.4.4. En comunicación del 12 de enero de 2000 –ver. Párr. 6.3.1.6. supra- la interventoría señaló lo siguiente frente al tramo referido (fol. 196 y 197, c. ppal.):

“SATIVA NORTE – SATIVA SUR – COLORADALES

*Kms 0.00 a 1.70 No se trabajó
Kms 1.70 a 3.80 Vía trabajada*

Del material probatorio precitado, encuentra la Sala la concordancia entre lo señalado en el acta de recibo parcial de obra nº. 12, el acta de terminación de obra y la comunicación de la interventoría de 12 de enero de 2000 que coinciden en que los trabajos no fueron terminados, y dan cuenta de la falta de ejecución de un tramo comprendido entre el kilómetro 0 y 1,7 de la obra, distancia que equivale al 7,5% del objeto contractual, al tiempo que se indica que las obras en el sector “Sativasur” no fueron cumplidas cabalmente. Así las cosas, a juicio de

la Sala, de las pruebas se infiere que el beneficio recibido por la administración corresponde a la ejecución del 92,5% de la obra contratada para el tramo.

Ahora, encuentra la Sala que, conforme al acta de liquidación bilateral, para el tramo Sativanorte – Sativasur - Coloradales, al contratista le fue reconocido como valor ejecutado la suma de veinticinco millones ciento noventa y siete mil pesos doscientos seis mil pesos con treinta y cuatro centavos (\$25'197.206,34), suma que corresponde al 96,27% del valor contratado. Como quiera que conforme a las pruebas relacionadas *ut supra*, la ejecución contractual fue del 92,5%, se encuentra que al contratista le fue pagada de más la suma de novecientos ochenta y seis mil setecientos veinte pesos con treinta centavos (\$986.720,30), la cual será traída a valor presente, con base en la siguiente fórmula:

$$VP = \$986.720,30 \times \frac{132,70 \text{ IPC Octubre/2016}}{59,06 \text{ IPC Febrero/2000}}$$

$$VP = \$2.217.029,86$$

Así las cosas, la Empresa Asociativa de Trabajo “Los Líderes” le devolverá la suma de dos millones doscientos diecisiete mil veintinueve pesos con ochenta y seis centavos a la Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad” o al departamento de Boyacá, quienes cuentan con solidaridad pasiva, comoquiera que, aunque el pago fue realizado por la empresa, tal como se advierte en comprobante de egreso No. 1934 (visible a folio 209, c. ppal.), se conoce que lo hizo con cargo al patrimonio de la entidad territorial, en nombre de quien actuaba. Suma que se descontará de la condena que se proferirá por cuenta de la nulidad de la multa impuesta al contratista.

6.4. De otra parte, la Sala no reconocerá valor alguno por concepto de la “segunda pasada” de mantenimiento a las vías, por la cual la demandante reclamó el pago de \$267.155.108,56, toda vez que las pruebas dan cuenta de que la misma correspondió al cumplimiento del objeto contractual, consistente en la ejecución de *“las obras de mantenimiento y conservación rutinarias permanentes (...) consistente en: rocería y desmonte manual de cunetas, descoles y zanjas de coronación, limpieza de señales y defensas metálicas, eliminación manual de derrumbes, limpieza de tabletas, sello de fisuras y demás labores de la misma o similar (...)”* conforme a las indicaciones que comunicara Productividad, que a su vez le fueron ordenadas por la Secretaría de Infraestructura Vial de Boyacá y al programa mensual determinado por el interventor.

Así se dejó en claro a los contratistas de Productividad, en el Circular nº 6 de 4 de julio de 1999 en que la interventoría indicó de forma expresa (fol. 142 a 143, c. ppal.):

“Con nuestro saludo, comedidamente solicitamos a ustedes se sirvan acatar y ejecutar las siguientes recomendaciones, con miras a mejorar los trabajos de mantenimiento vial en sus respectivos tramos, así:

1. MEJORAR EL RENDIMIENTO Y LA CALIDAD DE LOS TRABAJOS INTEGRALMENTE, PARA LA SEGUNDA FASE (SEGUNDA PASADA): Cuneteo, conservación de la banca, bacheo, rocería.

(...)

2. Hay tramos viales que por su conformación y topografía, permiten un avance mayor de obra, alcanzando incluso a hacerseles hasta tres (3) pasadas en el año, como es el caso de los tramos de clima frío donde la rocería es mínima o casi nula (...).”

En concordancia, conforme a solicitud presentada por la Empresa Asociativa de Trabajo “Los Líderes”, la Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad” certificó el 7 de marzo de 2000, lo siguiente (fol. 210, c. ppal.):

“(...) Que la EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO LOS LÍDERES (...) ejecutó una cantidad de 193,65 kms, en la primera pasada y 178.87 Kms en la segunda pasada así:

Primera pasada: 195,85 kms -2,2 kms Paipa –Palermo= **193,65 Kms Primera Pasada**

Menos no ejecutado:

Cocuy Pachacual:	6,680 Kms
Cocuy Chita:	5,250 Kms
Sativanorte Sativasur Coloradales:	1,650 Kms
San Bernardo Cusagui Cañitas	1,200 kms

TOTAL NO EJECUTADO:	14,78 Kms
Mayor valor ajustado Paipa Palermo	<u>2,20 Kms</u>
TOTAL	14,78 kms

TOTAL EJECUTADO 2DA PASADA: 178,87 Kms

Se aclara que de acuerdo, a la cláusula primera del contrato de obra n°. 297 -001, suscrito entre Productividad y Los Líderes, el objeto del contrato es el de “Ejecutar las obras de mantenimiento y conservación rutinaria permanentes en cada uno de los sectores inscritos en la misma cláusula (...) por lo tanto el mantenimiento de las vías era **permanente y rutinario**, según como lo determinó el Comité de Mantenimiento Vial, sobre un kilometraje total definido en el contrato (...)”

Como se advierte, es claro que las obligaciones adquiridas por la Empresa Asociativa Los Líderes, no se agotaban en una “única pasada”, sino que implicaban la realización continua y permanente de obras de mantenimiento en los tramos objeto del contrato, por lo que no se acreditó la recepción de un beneficio mayor al contratado por parte de la administración. Por el contrario, sólo podrá decirse que la ejecución contractual se ajustó a lo acordado si de manera permanente y rutinaria se realizaron los trabajos encomendados, garantizando el buen estado de la vía.

6.5. En síntesis, de lo expuesto, el monto de la condena será el siguiente, obtenido del cruce de cuentas del valor a restituir por parte de la Empresa Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad” y el departamento de Boyacá solidariamente y la contratista “Empresa Asociativa de Trabajo Los Líderes”:

Suma a favor del contratista EAT Los Líderes	Concepto	Suma a cargo del contratista EAT Los Líderes	Concepto
\$50.961.867	Devolución de multa	\$2.217.029,86	Valor pagado de más en tramo Sativanorte-Sativasur-Coloradales
TOTAL A FAVOR DEL CONTRATISTA			\$48.744.837,14

En tal virtud, la Sala ordenará el pago de la suma de cuarenta y ocho millones setecientos cuarenta y cuatro mil ochocientos treinta y siete pesos con catorce centavos pesos (\$48.744.837,14) a la Empresa Asociativa de Trabajo Los Líderes, obligación que estará a cargo de la Empresa Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad” y el departamento de Boyacá solidariamente, conforme se señaló *ut supra*. El departamento de Boyacá, asumirá el pago de los perjuicios acreditados en un 60% y la Empresa Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad” lo hará en un 40%. Finalmente y sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de las entidades demandadas pagará el monto total de la condena y, posteriormente, podrá repetir contra la otra para que, de conformidad con lo expuesto en este punto, le reembolse la suma que en derecho corresponde.

7. Costas

No hay lugar a la imposición de costas, toda vez que de las actuaciones del proceso no se colige la existencia de temeridad o mala fe en los términos del artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2009, por la Sala de Decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR OFICIOSAMENTE la nulidad del convenio interinstitucional de mandato n.º 297 de 30 de diciembre de 1997, suscrito entre el departamento de Boyacá y La Empresa Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad”.

TERCERO: DECLARAR OFICIOSAMENTE la nulidad del contrato de obra n.º 297-001 de 23 de noviembre de 1998, suscrito entre la Empresa Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad”, como mandataria del departamento de Boyacá y “Los Líderes” Empresa Asociativa de Trabajo.

CUARTO: DECLARAR OFICIOSAMENTE la nulidad del acta de liquidación bilateral suscrita por las partes del contrato de obra. n.º 297-001 de 23 de noviembre de 1998 el 16 de febrero de 2000.

QUINTO: DECLARAR a las partes a paz y salvo por concepto de prestaciones mutuas.

SEXTO: DECLARAR OFICIOSAMENTE la nulidad de la multa impuesta por la Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad” a la demandante Empresa Asociativa “Los Líderes”.

SÉPTIMO: En consecuencia, **CONDENAR** solidariamente al departamento de Boyacá y a la Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad”, a pagar a la demandante Empresa Asociativa de Trabajo “Los Líderes” la suma de cuarenta y ocho millones setecientos cuarenta y cuatro mil ochocientos treinta y siete pesos con catorce centavos pesos (\$48.744.837,14).

OCTAVO: DISPONER que la entidad que pague el 100% de la condena a elección del demandante tenga derecho a repetir contra la otra en el monto que corresponda, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia (Acápites 6.5 del Título 6 “Sobre el valor de las prestaciones ejecutadas y no pagadas por la demandada”).

NOVENO: DAR cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

DÉCIMO: SIN COSTAS por no aparecer causadas.

DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Presidenta

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Magistrado

