

NULIDAD ABSOLUTA – Contrato de obra pública – Objeto ejecutado antes de suscribirse – Vulneración de principios – Eficacia – Eficiencia

La Sala observa que el contrato 394 de 1994 está afectado nulidad absoluta, lo que comporta, estando presentes todas las partes interesadas, proceder a declararla de oficio, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 1742 del Código Civil [...] el contrato principal ya había sido satisfecho y, en palabras del interventor, se terminó ejecutando un objeto diferente al contratado inicialmente, al punto que fue necesario introducir obras y precios no previstos desde un comienzo, lo cual explica la variación en el cumplimiento de las exigencias técnicas, como lo puso de presente el actor, en tanto la finalidad del contrato original varió de una intervención en toda la vía a una reparación localizada de la misma. [...] la Sala observa la vulneración de las finalidades de la contratación estatal, los principios de igualdad, eficacia y eficiencia, particularmente, las normas que regulan la planeación e imponen la selección objetiva, que queda en evidencia con la suscripción de un contrato cuyo objeto ya estaba satisfecho. En esos términos, se está en presencia de la causal de nulidad prevista en el artículo 6 del Código Civil incorporada en el Estatuto Contractual del Estado en el inciso primero del artículo 44 de la Ley 80

MODIFICACIONES AL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Introducidas por interventor y contratista – Sin validez

Frente a la modificación introducida al contrato por parte del interventor y el contratista, es preciso llamar la atención que fue el interventor quien en comunicación del 11 de octubre de 1994 se dirigió al contratista para que iniciara las actividades de reparcho, que finalmente quedaron contenidas en el acta número dos de aceptación de obras y precios no previstos, también suscrita por el interventor el 29 de noviembre del citado año. Tales documentos no pueden vincular a la entidad, toda vez que el interventor no tiene facultad para actuar en tal sentido [...] la entidad no estaba vinculada por las actuaciones de su interventor, toda vez que toda actuación de éste encaminada a modificar un contrato resulta inane.

RESTITUCIONES MUTUAS – Ejecución - Entrega a satisfacción

Como consecuencia de la nulidad absoluta, se impone definir las restituciones mutuas, teniendo presente que el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 al respecto dispone [...] como la entidad se benefició y no ha pagado en totalidad las obras ejecutadas se impone ordenar que se proceda en consecuencia, pues la buena fe con la que actuó el contratista no fue desvirtuada, aunado a que su actividad fue impulsada por el interventor y acompañada con la aquiescencia de la Secretaría de Obras distritales que conoció y consintió las obras ejecutadas en el marco del contrato anulado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-1997-13978-01(25802)

Actor: ANIBAL FRANCO GOMEZ

Demandado: DISTRITO CAPITAL - SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS - FONDO ROTATORIO VIAL DISTRITAL

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION CONTRACTUAL

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 14 de agosto de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante la cual resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada y negar las pretensiones de la demanda (fls. 223 a 250, c. ppal 2).

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El 7 de mayo de 1997 (fl. 21, c. ppal), el señor Aníbal Franco Gómez presentó demanda en contra del Distrito Capital-Secretaría de Obras Públicas-Fondo Rotatorio Vial Distrital (fls. 1 a 21, c. ppal).

1.1.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 3 a 7, c. ppal):

1.1.1.1. El 29 de junio de 1994, el Fondo Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas y el señor Aníbal Franco Gómez suscribieron el contrato 394 para la recuperación y mantenimiento de la calle 43 Sur detrás de CAFAM de la Avenida 68 a la carrera 49 B Alquería, Localidad 16, Puente Aranda, por valor de \$35.139.477

1.1.1.2. El 12 de septiembre de 1994 se inició la obra que debía finalizar el mismo día del mes de diciembre del citado año.

1.1.1.3. La Secretaría de Obras Públicas nombró al ingeniero Pablo E. Bocarejo como interventor.

1.1.1.4. Al inicio de las obras, el actor pudo percatarse de la modificación del objeto contractual, pues la obra contratada había sido ejecutada y al mismo se le

confiaba su reparcheo; sin que el cambio en las condiciones iniciales significara la revisión de los precios.

1.1.1.5. A lo largo de la ejecución, el interventor obstaculizó el normal desarrollo del contrato, al punto que se opuso al recibo de las obras alegando falencias inexistentes.

1.1.1.6. Transcurridos cuatro meses después de la terminación del contrato, la Secretaría de Obras Públicas, por medio de la resolución 018 del 9 de enero de 1997, liquidó unilateralmente el contrato y confirmó la decisión mediante resolución 1543 del 10 de abril del mismo año.

1.1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, el actor deprecó las siguientes pretensiones (fls. 2 y 3, c. ppal):

1) Se declare la nulidad de la resolución 018 de el (sic) 9 de enero de 1997 por medio de la cual la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital, declaró la terminación unilateral del contrato 394 del 29 de junio de 1994 para la recuperación y mantenimiento de la calle 43 Sur (detrás de Cafam) de Avenida 68 a Carrera 49 B, Barrio Alquería – Localidad 16 – Puente Aranda.

2) Se declare como consecuencia del anterior (sic) decisión la nulidad de la Resolución No. 1543 de abril 10 de 1997.

3) Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la Secretaría de obras Públicas del Distrito Capital o a quien haga sus veces a reconocer y pagar a ANÍBAL FRANCO GÓMEZ la suma de VEINTITRÉS MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS M.CTE. (23.997.740 sic) por concepto de obras ejecutadas y no pagadas por la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital, suma que se concreta dentro del proceso.

4) Que se reconozcan los reajustes generados hasta el pago total, según lo pactado en la cláusula quinta así como el reconocimiento de los intereses comerciales y de mora que resulten.

5) Que las sumas anotadas se indexen para que su valor histórico se convierta en real.

6) Que se ordene a la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital, dar cumplimiento a la previsto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo en relación con el cumplimiento de esta sentencia.

1.1.3. Concepto de la violación

El actor fundamentó la ilegalidad de los actos administrativos en cuestión en falsa motivación, desviación de poder, violación ley y vía de hecho administrativa, así (fls. 8 a 11, c. ppal):

(i) *Falsa motivación.* Porque la vigencia del contrato expiró sin que la contratante declarara la terminación de la relación jurídica, de manera que la liquidación unilateral impidió, tanto al actor como al interventor, superar sus diferencias, al tiempo que dio lugar a que veladamente se declarara el incumplimiento como si se tratara de la caducidad.

(ii) *Desviación de poder.* Este cargo se fundamentó en el desconocimiento del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, porque “[d]e acuerdo con esta norma el incumplimiento grave en las obligaciones del contratista dentro de la ejecución del contrato da lugar a la declaratoria de caducidad, la resolución 018 del 9 de enero de 1997 considera que existió este incumplimiento grave pero lo declara por fuera del término de vigencia del contrato y sólo podía darlos por terminado de acuerdo con los supuestos de hecho que establece declarando la caducidad si este estuviera vigente y así desvía claramente su poder hacia una declaración contraria totalmente a derecho, como es la terminación unilateral” (fl. 9, c. ppal).

(iii) *Violación de la ley.* En este punto, el actor advierte que la demandada terminó la relación contractual atendiendo a las causales que darían lugar a la declaratoria de caducidad; de otro lado, indicó que las actas suscritas a lo largo de la ejecución contractual -no especifica cuáles- omitieron los requisitos establecidos en el contrato, sin embargo, se les dio plenos efectos jurídicos; señaló que, en sede de liquidación, se enrostraron incumplimientos al contratista, sobre los cuales no fue posible ejercer su derecho de contradicción, sin tener en consideración que la obra se encuentra en perfecto estado, razón para que no se le exija la devolución del anticipo.

(iv) *Vía de hecho.* Teniendo en cuenta que en sede de liquidación se declararon incumplimientos, desconociendo el objeto de esta etapa.

1.2. LITISCONSORTE NECESARIO

La Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA, vinculada por disposición del *a quo* (fl. 33, c. ppal), en cuanto litisconsorte necesario, en razón de que expidió la póliza que garantizó el cumplimiento del contrato, intervino para coadyuvar la demanda (fls. 67 a 73, c. ppal). Para el efecto, reiteró las pretensiones, los hechos, las pruebas y los cargos. Además, formuló la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, porque la obra concluyó en diciembre de 1994 y la resolución que declaró el siniestro se profirió el 9 de enero de 1997, es decir, por fuera de los dos (2) años del término ordinario consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio. Igualmente, advirtió sobre el incumplimiento del aludido contrato, en cuanto, el cambio del objeto, comporta el desconocimiento de la obligación de mantener el estado del riesgo, en los términos de los artículos 1058 y 1060 de la codificación en cita.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Distrito Capital-Secretaría de Obras Públicas-Fondo Rotatorio Vial Distrital (fls. 74 a 81, c. ppal) señaló que el objeto pactado no se varió, con todo y que se hicieron unos arreglos en las vías, al punto que el interventor le informó al contratista que el contrato 394 de 1994 debía cumplirse estrictamente.

Sostuvo la entidad que el interventor debió llamar la atención del contratista, sobre el incumplimiento de las especificaciones técnicas de las mezclas asfálticas y que dado que al respecto no hubo acuerdo se procedió a la liquidación unilateral.

Propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, toda vez que en ésta se omitió señalar las normas constitucionales o legales objeto de la violación, lo cual impide analizar de fondo las pretensiones; asimismo, puso de presente la falta de causa para pedir, toda vez que las resoluciones demandadas se fundamentaron en la ejecución real del contrato y el incumplimiento de las especificaciones técnicas exigidas.

1.4. ALEGATOS

En esta etapa, el actor (fls. 140 a 155, c. ppal) reiteró sus pretensiones fundado en que las pruebas obrantes en el plenario demuestran la nulidad alegada y los perjuicios causados.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 14 de agosto de 2003 (fls. 223 a 250, c. ppal 2), el a quo, para negar las pretensiones de la demanda, sostuvo:

a) *Ineptitud sustantiva de la demandada por inobservancia de lo preceptuado en el numeral 4 del artículo 137 del C.C.A. (...).*

La demanda formula varios cargos contra el acto acusado y si bien el escrito no es un modelo de los de su género, cumple con los elementos mínimos requeridos para su trámite cumpliendo con los supuestos formales señalados en la norma permitiendo la integración válida del contradictorio teniendo en cuenta que el aspecto sustancial relacionado con las normas violadas y el concepto de su violación debe ser materia de pronunciamiento de fondo referido a la prosperidad o improsperidad de las pretensiones derivados del análisis de los cargos que se realizará más adelante (...).

b) *“Falta de causa para demandar” (...).*

Como surge de los fundamentos de la llamada “excepción”, ésta no tiene tal carácter por cuanto no está encaminada a enervar las pretensiones con hechos que extingan, modifiquen o dilaten las relaciones jurídicas materia del debate, sino a negar los sustentos de hecho y de derecho que las informan en uso del genérico derecho a oponerse a su prosperidad (...).

1) *Falsa Motivación (...)*

Es evidente que los proyectos de acta de liquidación no fueron suscritos por el contratista ni los funcionarios de la Secretaría de Obras Públicas competentes para el efecto, pues de haberlo sido se habría llagado (sic) a un acuerdo cuya ausencia fue precisamente el origen de la decisión administrativa de liquidar unilateralmente el contrato.

Tampoco es válido sostener que, como el término contractual expiró sin que se hubiera declarado la terminación del contrato, éste no se podía liquidar, pues la liquidación procede en los contratos de tracto sucesivo cuando finalizan por cualquier medio o razón y, en el presente caso, el objeto de las obligaciones del contratista se agotó desde el 14 de enero de 1995 cuando se entendieron terminadas las obras, de manera que el paso siguiente no podía ser otro que pasar a liquidarlo tal como lo prevé el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y si tal situación demoró en su confección ello se debió a las divergencias entre el interventor y el contratista en lo referente al cumplimiento de las especificaciones técnicas de los trabajos ejecutados.

Pos (sic) otra parte el actor parece confundir la liquidación unilateral de un contrato con su terminación también unilateral, último supuesto que nunca se presentó y, además, no se presenta declaratoria alguna de caducidad pues así en opinión de la interventoría existieran causas para declararla, ello no se produjo y, se insiste, lo que hizo la

administración fue liquidar unilateralmente ante la ausencia de acuerdo, figura que por su naturaleza y efectos es completamente distinta a la decisión de caducar un contrato.

2) Desviación de poder (...).

b) La desviación de poder implica una distorsión de los fines propios de la administración que se desvían en búsqueda no del buen servicio sino de intereses ajenos al mismo por razones en todo caso reprochables, situación que no se vislumbra por parte alguna en el caso concreto donde la conducta administrativa se encaminó a determinar si las obras ejecutadas por el contratista correspondían, o no, a las especificaciones técnicas, con resultados negativos, indudablemente en procura de que la obra fuera adecuada a los fines para los que había sido contratada.

El planteamiento del acto al respecto es completamente confuso y, al parecer, su inconformidad se centra es (sic) que no fue declarada la caducidad del contrato existiendo a su juicio o del interventor motivos para ello volviendo, además, a identificar como una sola figuras jurídicas totalmente distintas como son la terminación unilateral de un contrato con su liquidación unilateral, por lo cual el cargo se encuentra completamente descaminado pues hace referencia a fenómenos que nunca se presentaron (...).

3) Violación de la Ley (...).

Sin embargo, anota la Sala que la competencia de la administración para liquidar unilateralmente el contrato es indiscutible ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo bilateral en tal sentido y ella se desprende sin lugar a dudas del contenido del artículo 61 de la Ley 80 de 1993, además que el acto acusado se produjo dentro del ámbito temporal fijado por la ley en la forma y término en que la jurisprudencia ha desarrollado el tema, pues se dictó antes de cumplidos dos años de la terminación de las obras objeto del contrato.

Según las pruebas aportadas al proceso la entidad administrativa utilizó los mecanismos previstos en el contrato para solucionar las diferencias surgidas con el interventor, la principal de las cuales hacía relación con el cumplimiento de las especificaciones técnicas, aspecto dilucidado por la Secretaría de Obras que ordenó los exámenes de laboratorio sobre múltiples núcleos tomados en diversos lugares de la obra, con resultados negativos para el contratista, razón para que los trabajos no fueran recibidos ante su negativa a solucionar el problema a su costa tal como lo preveía el contrato. La divergencia inicial sobre el pago del anticipo también fue solucionada ordenando su entrega al contratista, de manera que las afirmaciones contrarias carecen de sustento.

Además, las pretensiones formuladas por el contratista fueron resueltas, algunas en sentido negativo, pero dando cumplimiento a la Ley en tal aspecto (...).

4) Vía de hecho (...).

b) Para la Sala el cargo carece de validez y se basa en argumentos ya planteados y resueltos anteriormente pues la competencia de la administración para proferir el acto acusado es de origen legal, como ya se dijo, y las responsabilidades del contratista se establecieron con base en pruebas como los exámenes de laboratorio que fueron puestas en su conocimiento sin que pudiera desvirtuarlas dentro de la actuación administrativa (fls. 243 a 250, c. ppal 2).

III. SEGUNDA INSTANCIA

3.1. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el actor interpone recurso de apelación (fls. 252, 260 a 263, c. ppal 2), fundado en (i) que el interventor modificó el objeto contractual, porque, habiéndose convenido en la recuperación y mantenimiento, terminó en un reparcho, de modo que la exigencia dirigida a que las condiciones técnicas no variaran resultaba imposible de cumplir; (ii) en que el dictamen pericial obrante en el proceso da cuenta de que las obras ejecutadas cumplieron las exigencias contractuales, aspecto sobre el cual el *a quo* ha debido pronunciarse, amen de disponer su pago y (iii) en que en la etapa de liquidación no se podía definir el incumplimiento, toda vez que no procede alegar causales de caducidad una vez finalizado el contrato. Igualmente, aduce que las pruebas técnicas realizadas por la contratante, en sede administrativa, deben desestimarse, porque, aunado a que no se conoce el sistema utilizado ni el procedimiento, tampoco la seguridad para su práctica y ejecución, no pudieron ser controvertidas.

En los anteriores términos, reitera la falta de competencia de la entidad para liquidar el contrato y sancionar, a través de dicha actuación, un supuesto incumplimiento de su parte.

3.2. LOS ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

En esta etapa, la parte actora reiteró los argumentos expuestos durante el debate procesal (fls. 282 a 288, c. ppal 2).

IV. CONSIDERACIONES

4.1. COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para desatar el presente asunto, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos¹.

4.2. EXCEPCIÓN

Como quedó expuesto el demandado formuló la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, por inobservancia de lo preceptuado en el numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, debido a la omisión de señalar las normas violadas. Al respecto, es preciso reiterar lo decidido por el *a quo*, dado que la demanda cumple las exigencias formales que permiten resolver las pretensiones, en tanto de su lectura integral se desprenden los cargos que se formulan en contra de los actos cuestionados (fls. 8 a 11, c. ppal) y, en cuanto a la falta de causa para demandar, también formulada como excepción, en cuanto coincidente con las pretensiones se resolverá con éstas.

4.3. EL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en dilucidar si los cargos de nulidad por falsa motivación, desviación de poder, violación de la ley y vía de hecho formulados por el señor Aníbal Franco Gómez contra las resoluciones 018 del 9 de enero de 1997 y 1543 del 10 de abril de 1997, por medio de las cuales la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital liquidó unilateralmente el contrato 394 del 29 de junio de 1994, están llamados a prosperar.

4.4. ANÁLISIS PROBATORIO

4.4.1. Las pruebas que aquí se citan y analizan fueron aportadas en copia auténtica y agregados a la actuación oportunamente.

¹ El numeral 8 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, imponía el conocimiento en primera instancia a los Tribunales Administrativos de los procesos referentes a contratos administrativos, interadministrativos y de los de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad, celebrados por la Nación y las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes, cuya cuantía, al tiempo de la presentación de la demanda, supera los \$13.460.000 y el 7 de mayo de 1997 las pretensiones del pago de las obras ejecutadas y no pagadas ascendían a \$23.997.740 (fl. 3, c. ppal).

4.4.2. En los términos del contrato 394 del 29 de junio de 1994, en lo pertinente, las partes pactaron:

PRIMERA: OBJETO. El CONTRATISTA se compromete para con el FOSOP a ejecutar a los precios unitarios fijos señalados a continuación las obras necesarias para la Recuperación y Mantenimiento de: Cll 43 A sur (detrás de Cafam) de Av. 68 a Cra 49, B, Alquería, localidad 16 – Puente Aranda, las cuales se determinan por su naturaleza y cantidad de precios unitarios fijos, en la siguiente forma:

DESCRIPCIÓN	UNID AD	CANTID AD	V/UNITAR IO	V/TOTA L
Excavación con maquinaria	M3	600	656	393,600
Relleno de material seleccionado B-200 (Incluye: suministro, colocación y compactación)	M3	300	15,211	4,563,300
Relleno de material seleccionado B-600 (Incluye: suministro, colocación y compactación)	M3	300	20,890	6,267,000
Demolición mecánica de calzada en asfalto	M3	750	385	1,732,500
Cargue mecánico	M3	750	3,248	288,750
Transporte de material compacto a 5 kms	M3	105	116,607	2,436,000
Pavimento asfáltico Base B-1350 (Incluye: Suministro, colocación y compactación de la mezcla asfáltica)	M3	45	144,466	12,243,735
Pavimento asfáltico Rodadura B-1350 (Incluye: Suministro, colocación y compactación de la mezcla asfáltica)	M3	3,000		6,500,970
Riego asfáltico e imprimación base	UND	4	223	669,000
Limpieza de Sumideros (Incluye: Extracción de sedimentos; car (sic) manual y transporte a 5 km)	UND	2	5,677	22,708
Nivelación de sumideros por hilada	UND	2	2.775	8,177
Nivelación de pozos por hilada				5,550
				16,354
TOTAL				35,139,467

SEGUNDA: VALOR DEL CONTRATO: El valor del presente contrato para todos los efectos legales y fiscales se fija en la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES CIENTO TREINTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS MCTE (\$35.139.467), que es el resultado de multiplicar las cantidades de obra estimadas en el proyecto por los precios unitarios fijos, como se detalla en la Cláusula primera de este contrato. (...) SEXTA: PLAZO. El CONTRATISTA se obliga a ejecutar las obras objeto de este contrato en un término de tres (3) meses, a partir de la fecha del Acta de iniciación, la cual debe suscribirse después de constituidas y aprobadas las pólizas de garantía, de haberse expedido el Certificado de Reserva Presupuestal y de que el Contratista haya recibido el anticipo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que se encuentre para retiro el cheque correspondiente en la Tesorería Distrital o en los sitios que designe la administración. (...) OCTAVA: MODIFICACIONES A LOS PLANOS Y ESPECIFICACIONES. Durante la ejecución del Contrato, el FOSOP podrá en cualquier momento exigir la modificación de los diseños, normas y especificaciones de los proyectos, siendo dichas variaciones obligatorias para el CONTRATISTA. Este podrá a su vez sugerir variaciones a las estipulaciones técnicas originales, las cuales sólo podrá realizar con autorización escrita del FOSOP, y previo concepto del Interventor sobre la necesidad, utilidad o conveniencia de la modificación. Estas modificaciones deben ser autorizadas por el Director Ejecutivo del FOSOP. NOVENA: INTERVENTORÍA. La vigilancia y control de las obras de que trata el presente contrato será ejercida por un interventor contratado para tal efecto por el FOSOP, conforme a lo previsto en el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, quien responderá solidariamente de acuerdo al artículo 53 de la citada ley. Las divergencias que se presenten entre el Interventor y EL CONTRATISTA relacionadas con la supervisión, control y dirección de obra, serán dirimidas por el Director de la División correspondiente de la SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFE DE BOGOTÁ, y un representante del CONTRATISTA. En caso de no llegar a un acuerdo, si no logran ponerse de acuerdo para la elección lo hará el Director Ejecutivo del FOSOP. (...) DÉCIMA SEGUNDA: OBRAS ADICIONALES. Entiéndase por obra adicional aquella cuya naturaleza está determinada por este contrato, según las cantidades de obra relacionadas en la cláusula primera cuya cantidad o plazo por circunstancias especiales como son: Cambio de especificaciones, variaciones de cantidades estimadas y el valor del contrato, que no aparezcan relacionadas. En los mencionados eventos las partes contratantes suscribirán contratos adicionales, teniendo en cuenta que los precios unitarios fijos de adición serán los establecidos en el contrato principal. Las obras adicionales serán calificadas técnica y previamente por la División correspondiente y aprobadas por el Director Ejecutivo del FOSOP. DÉCIMA TERCERA: OBRAS EXTRAS O SUPLEMENTARIAS. Se entiende por obra extra o suplementaria aquella que no está incluida en el contrato de la obra relacionada dentro de la cláusula primera, ya que se trata de obras de naturaleza diferente, pero necesarias para el desarrollo y culminación de este contrato. Si se presenta la necesidad de realizar obras extras o suplementarias las partes de común acuerdo pactarán su valor, con base en los precios previstos en la cláusula primera. Las obras suplementarias deben ser calificadas previamente por la División correspondiente y aprobadas por el Director Ejecutivo del FOSOP. (...) VIGÉSIMA: LIQUIDACIÓN. Una vez cumplidas

las obligaciones surgidas del presente contrato, se procederá a su liquidación por parte del FOSOP, mediante actas en que constarán las respectivas diligencias, las sumas de dinero recibidas por EL CONTRATISTA y las cantidades de obras ejecutadas por él. Con tales Actas se determinan las obligaciones a cargo de cada una de las partes de acuerdo con lo estipulado en el presente contrato. El acta final de liquidación llevará la firma del Interventor, del Director de la División correspondiente, el Director Ejecutivo del FOSOP, y la del CONTRATISTA, y en el evento en que éste se negare a su ubicación fuere imposible llevará la del interventor o quien haga sus veces. PARÁGRAFO: El presente contrato deberá ser liquidado dentro de los sesenta (60) días calendario, siguientes a la fecha de recibo final, radicando el acta respectiva correctamente elaborada. La administración no reconocerá ajustes sobre cuentas en las que el contratista no de cumplimiento a lo anterior (fls. 40 A a 40 C, 40 F a 40 I, 40 O y 40 P, c. 2)

4.4.3. El 1 de septiembre de 1994, el interventor informó al Director de la División de Interventoría de la Secretaría de Obras Públicas distrital que en “*visita realizada conjuntamente con el contratista al lugar de la obra, se constató que la vía objeto del contrato, ya habían sido rehabilitadas parcialmente por la SOP, y se estaba alistando la vía para colocar una carpeta de rodadura*” (fl. 60, c. 2).

4.4.4. El día 12 del mes y año en cita, el interventor y el contratista suscribieron el acta de iniciación de la obra (fl. 55, c. 2).

4.4.5. El 27 siguiente, el contratista puso de presente al interventor la ejecución del objeto contractual por parte de la Secretaría de Obras Públicas Distrital, razón por la cual se hacía necesario determinar qué se debía ejecutar o proceder a suspender el contrato. Dice el escrito:

Respecto del Contrato de la referencia, la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá en forma excelente y cumpliendo con todas las normas técnicas, ejecutó hace veinte (20) días las obras correspondientes a mi trabajo, como me informaron residentes del lugar el día de la visita conjunta con ustedes.

Como Ud. no se ha pronunciado sobre mi comunicación del 15 de septiembre de 1994 ni me ha indicado qué debo ejecutar, solicito en forma inmediata una solución adecuada o hacer un Acta de Suspensión (fl. 64, c. 2).

4.4.6. El 11 de octubre de 1994, el interventor le respondió al contratista que desde el día primero del mismo mes y año se demarcaron los parches en el sitio de la obra contratada, para iniciar las labores de reparcho de manera inmediata, toda vez que se llevaba corrido un 32% del plazo inicialmente pactado (fl. 65, c. 2).

4.4.7. En noviembre de 1994, el interventor, la Secretaría de Obras Públicas distritales y el contratista intercambiaron nutridas comunicaciones frente al cumplimiento del contrato y las explicaciones de cada uno en relación con sus actuaciones (fls. 67 a 76, c. 2).

4.4.8. El 29 de noviembre de 1994, el interventor y el contratista firmaron el acta número 2 de aceptación de obras y precios no previstos, así (fls. 58 y 59, c. 2):

ÍTEM	UNI	VALOR CON A.I.U.
Recalzada de sardineles en concreto F c= 175 Kg/cm ² , altura 10 cms, incluye formaleta y acero de refuerzo	M1	3,315,34
	M3	1,701
Cargue manual incluye recargo por pérdida de tiempo volqueta y conductor	M3	14,172
Demolición Manual de calzada en asfalto	UN	152,250
Construcción de sumideros a todo costo	M3	138,259
Parqueo asfáltico en Base B-1150 (incluye: suministro, colocación y compactación de la mezcla asfáltica)		

4.4.9. El 1 de diciembre de 1994, la interventoría envió al contratista los resultados de laboratorio practicados sobre la obra contratada (fls. 77 a 89, c. 2).

4.4.10. El 16 de enero de 1995, el interventor envió nuevamente los resultados obtenidos de los ensayos de laboratorio practicados a las mezclas asfálticas, en los cuales se determinó que no cumplían con las especificaciones exigidas por la Secretaría de Obras Públicas (fls. 102 a 121, c. 2) y el 8 de febrero siguiente, el contratista acusó recibo de los mismos y manifestó su inconformidad al respecto, alegando no conocer cómo se tomó la muestra, el medio y la forma de transporte, como tampoco la identidad de la misma y el laboratorio que adelantó el trabajo. Además de ocuparse de temas relacionados con el tipo de rodadura a colocar (fls. 122 a 124, c. 2).

4.4.11. El 18 de febrero de 1995, el contratista envió al interventor el resultado de ensayos de laboratorio efectuados por la firma Gayco S.A. Ingenieros

Constructores, acorde con los cuales las mezclas asfálticas si cumplían los requisitos previstos en el contrato 394 de 1994 (fls. 126 a 136, c. 2).

4.4.12. El 27 de febrero de 1995, el contratista nuevamente envió al interventor resultados de ensayos de laboratorio realizados por la firma ICEIN Ltda., esta vez sobre la rodadura aplicada a la obra, a cuyo tenor, ésta también cumplía las exigencias del contrato (fls. 137 a 142, c. 2).

4.4.13. El 18 de mayo de 1995, el ingeniero Jairo Libardo Prieto Estupiñan, Jefe Laboratorio de Suelos de la demandada, remitió los resultados de los estudios de la base y rodadura del contrato en cuestión al Director de la División de Interventoría, pero sin indicar si se cumplían o no las exigencias contractuales (fl. 191 a 195, c. 2).

4.4.14. El 26 de mayo de 1995, el contratista remitió otros resultados de laboratorio elaborados por CONCRELAB, en el mismo sentido de los ya referidos (fls. 174 a 189, c. 2).

4.4.15. El 24 de julio de 1996, el Jefe de la División de Interventoría de la Secretaría de Obras Públicas envió al contratista el borrador de las cantidades de obra ejecutada, determinando cuáles no cumplían con las especificaciones; que el contratista respondió el 26 del mismo mes y año, en el sentido de manifestar su desacuerdo al tiempo de solicitar que las divergencias se solucionaran en los términos de la cláusula vigésima del contrato (fls. 215 a 220, c. 2).

4.4.16. El 15 de agosto de 1996, el contratista se disculpó ante la Secretaría de Obras Públicas por no poder asistir a la reunión programada para el 5 de dicho mes y año, con el fin de adelantar la gestiones de liquidación del contrato, debido a problemas personales. Insistió que la obra se realizó en los términos contratados y rechazó las pruebas de laboratorio practicados por la demandada (fls. 218 a 220, c. 2).

4.4.17. El 11 de septiembre de 1996, la Oficina de Control de Calidad de la demandada, en visita al sitio de la obra sin presencia del contratista, puso de presente defectos en la ejecución, dado el deterioro observado (fls. 497 a 513, c. 3).

4.4.18. El 21 de octubre de 1996, la Oficina Jurídica de la Secretaría de Obras Públicas remitió al contratista la solicitud de copias requerida, con el fin de estudiar el proyecto de liquidación del contrato en cuestión (fl. 465, c. 2).

4.4.19. El 10 de diciembre de 1996, el contratista se presentó a la Oficina Jurídica de la demandada y recibió un nuevo proyecto de liquidación (fls. 434, c. 3).

4.4.20. El 9 de enero de 1997, a través de la resolución 0018, la Secretaría de Obras Públicas liquidó el contrato *sub júdice*, para lo cual consideró:

Que durante la ejecución del contrato se presentaron divergencias entre el contratista y la firma interventora contratada (PABLO EMILIO BOCAREJO H INGENIEROS CONSULTORES), en relación con los resultados obtenidos con las especificaciones técnicas, estableciéndose que las obras a entregar no cumplían con las especificaciones señaladas, por lo cual la firma mencionada se abstuvo de recibirlas.

Que la Dirección Técnica-División de Interventoría de la SOP, elaboró varios proyectos de Actas de liquidación, los cuales le fueron entregados al contratista para su revisión y firma, sin que éste posteriormente manifestara su inconformidad u objeción alguna con relación a dichos proyectos.

Que mediante memorando 1546 del 2 de septiembre de 1996, el Jefe de la División de Interventoría envía al Jefe de la Oficina Jurídica, original y copias del Acta No. 3 de Liquidación debidamente suscritas por el interventor, actas que contienen la relación de las cantidades reales de obra ejecutada que cumplen y las que no cumplen con las normas y especificaciones de la SOP, informa a su vez que existen discrepancias entre el interventor y el contratista por la calidad de las obras, razón por la cual sugiere que se ofició al contratista para que se acerque a firmar la mencionada acta.

Que mediante comunicación de diciembre 9/96, el Subsecretario de Obras públicas, Director Técnico (e), requirió al contratista para que en un término de dos (2) días hábiles, contados a partir de esa fecha, se hiciera presente en la Secretaría de Obras Públicas D.C., Oficina Jurídica a fin de suscribir el acta de Liquidación del contrato 394/94.

Que la Oficina Jurídica mediante documento de presentación personal el día 10 de Diciembre de 1996, deja constancia de la comparecencia del contratista, así como del retiro del proyecto de acta de liquidación en tres (3) folios por parte de este, según él para efectuar un análisis del mismo.

Que mediante comunicación del día 12 de diciembre de 1996, el Subsecretario de Obras, Director Técnico (e), requiere al contratista para que en un término de cinco (5) días, contados a partir del día 13 de diciembre de 1996, se pronuncie sobre el contenido del Acta de Liquidación, indicando que su no cumplimiento daría lugar por parte de la entidad a practicar la Liquidación unilateral del contrato.

Que mediante comunicación No. 000043 del día 9 de enero de 1997, el Jefe de la Oficina Jurídica, le informa al contratista de que en vista de que él ha hecho caso omiso a la comunicación del día 12 de diciembre, la entidad procederá de forma inmediata a efectuar la Liquidación unilateral del contrato.

Que por haberse dado los presupuestos del art. 60 de la Ley 80 de 1993 procede la liquidación del contrato, por lo cual se citó al contratista para adelantar esa diligencia, sin haber obtenido concurso y sin mediar participación para ello (fls. 63 y 64, c. 3).

En la parte resolutive de la citada resolución, se determinó el valor de las cantidades de obra ejecutada en \$28.148.866,51 y las que no cumplieron con la calidad contratada en \$24.761.162,98. En consecuencia, el valor amortizado del anticipo se fijó en \$3.387.703,53 y la deuda a cargo del contratista en \$10.668.083,27, pues recibió \$14.055.786,80 (fl. 66, c. 3).

4.4.21. El 28 de febrero de 1997, la División de Interventoría de la SOP rindió concepto técnico sobre el cumplimiento de las especificaciones de la obra ejecutada por el actor. Acorde con el dictamen se encontraron deficiencias por exceso en la rigidez del concreto asfáltico utilizado y en la conformación de las pendientes, que generarían fisuras, cuero de caimán y asentamientos longitudinales (fls. 136 a 141, c. 3).

4.4.22. El 10 de abril de 1997, mediante resolución 1543, la demandada resolvió los recursos de reposición presentados por el actor y la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., CONFIANZA, así:

En cuanto a la calidad de la obra se refiere, reseñaremos lo siguiente:

El día 11 de septiembre de 1996, se efectuó por parte del Jefe de la Oficina de Control de Calidad (E) de la SOP, una visita al sitio de la obra del contrato No. 394/94, a solicitud del Director Técnico, en el cual se hicieron las siguientes observaciones:

“Calle 43 A sur # 49B05 Fisuramiento costado norte, no hay sumideros, existen apozamientos al costado norte hay cuero de caimán.

Calle 43 A sur Esq. 49A Fisuras y apozamientos a ambos costados de la vía.

Esquina Call. 43 A sur K50 Grietas cerca al sumidero, fisuramiento alrededor del pozo inspección, falta el sardinel del costado sur occidente.

Calle 43 A Sur Car. 51 Existe hueco cerca al sumidero, fisuramiento long. Costado Norte desde el #50-03 al 50-13 hay apozamientos laterales y ondulaciones. Faltan los sardineles de ambas esquinas norte Oriente y Occidente, existen sardineles cuarteados, fisuras frente al local Blondas-Encajes (esquina).

Esquina Call. 43 A sur K 51 A Hundimientos transversales, fisuras, faltan los sardineles costado Norte, hay sardineles agrietados y apozamientos (...)."

Ahora, ante las divergencias presentadas entre contratista y firma interventora respecto de las muestras de laboratorio practicadas por cada uno de ellos y teniendo en cuenta el resultado del ensayo de control realizado por el Laboratorio de Suelos y Pavimentos la Secretaría de Obras Públicas en mayo 17 de 1995, (folios 178 a 182 del folder No. del contrato No. 394/94), se concluye que se debe dar total credibilidad a éste último, pues de los tres informes de laboratorio es el más completo, desde el punto de vista de datos de localización y seguimiento a especificaciones dadas.

Es de observar que en todos los ensayos se concluye: "NO CUMPLE ESPECIFICACIONES"

Adicional a este estudio de laboratorio, existe el concepto Técnico rendido por el Supervisor Tiberio Uribe en relación al recurso de reposición, en donde claramente afirma que los materiales utilizados no cumplen con las especificaciones del contrato, razón por la cual este despacho no comparte las apreciaciones del recurrente sobre este punto (fls. 22 y 23, c. 3).

4.4.23. Según el dictamen pericial ordenado dentro de la inspección judicial extraproceso, adelantado por el Juzgado Cincuenta Civil Municipal, con la intervención de las partes y puesta en conocimiento de éstas el 13 de enero de 1998 (fl. 312, c. 2), se concluyó:

1. La vía en su totalidad sobre la calle 43A Sur entre Avenidas 68 a carrera 49B, presenta buen estado. No se observan fisuras, cuero de caimán, corrugaciones, siendo el desgaste superficial normal. En el costado sur de la vía se encontraron dos tapas de sumideros hundidas.

2. La vía tiene características especiales de uso ya que funciona como oreja oriental del complejo de puentes de la Avenida 68 con la autopista sur. El tráfico a más de numeroso es mayormente pesado, observándose zonas de descargue a lo largo de la calle 43 A Sur, destacándose por su gran uso de la zona de descargue del almacén Cafam Alquería y los depósitos y almacenes que se ubican a lo largo de la misma vía.

3. Al ingeniero Aníbal Franco Gómez se le asignó la ejecución de la obra mediante resolución No. 327 de 1994, que se cumplió con el contrato 394 de Junio 29 de 1994, habiéndose iniciado su ejecución mediante Acta del 12 de septiembre siguiente y, de acuerdo con el libro de bitácora, el 17 de diciembre de 1994 se terminó de ejecutar la sobrecarpeta asfáltica en

rodadura 1350. La ejecución de la obra concluyó el 27 de diciembre de 1994 de acuerdo con la última anotación que consta en el mismo documento.

La obra ejecutada de conformidad con el documento de registro de las actividades realizadas y copia entregada el Juzgado por el señor CRISTOBAL OCHOA, es la que se relaciona y cuantifica en el cuadro anexo No. 1.

4. La ejecución del sardinel, localizado en el costado sur a todo lo largo de la calle 43 A incluyendo la curva sobre las carreras, está tanto en su sección como en su longitud determinado por el informe y cuantificación hecho por el Inspector de la Interventoría e incluido en la liquidación de campo efectuada. Las diversas fotografías tanto de la Secretaría como del contratista permiten apreciar claramente la demolición del sardinel anterior para la construcción del existente y lo confirman los vecinos particularmente del mismo costado sur de la calle.

5. Adjunto con los resultados de laboratorio de suelos LASCANO Y GUTIÉRREZ Cía. Ltda. para la toma de tres muestras en zonas de parcheo con base 1150 y terminado con sobrecarpeta asfáltica 1350, en los cuales se puede detallar que la obra cumple los requerimientos de calidad exigidos por la Secretaría de Obras Públicas de Santafé de Bogotá D.C. También adjunto cuadro de especificaciones de Mezclas Asfálticas requeridos por la Secretaría de Obras Públicas.

6. En visita personal efectuada en forma posterior a la Inspección Judicial, constaté que el Ingeniero Aníbal Franco Gómez realizó la reparación de dos sumideros que se encontraban en mal estado y habían sido ejecutados por él (fls. 334 a 336, c. 2).

4.4.24. Según las respuestas del IDU y la Secretaría de Obras Distrital certificaron que desde 1996 a 1998 no se han llevado reparación en la vía objeto del contrato 394 de 1994 (fls. 273 y 274, c. ppal 2).

4.4.25. El señor Pablo Emilio Bocarejo Hernández, interventor del contrato en estudio, en declaración rendida ante el *a quo* reiteró los problemas que se presentaron en el desarrollo del contrato, particularmente, sobre el cumplimiento de los requisitos técnicos. Igualmente, señaló que entre la reconstrucción de una vía y el reparcho de la misma se presentan diferencias técnicas, en la medida que la primera supone una intervención a lo largo y ancho de la misma, mientras que el segundo se trata de zonas específicas de ella (fls. 392 a 396, c. 2). Por su parte, el señor Francisco Ignacio Triana refirió que fue la persona encargada de construir los sardineles, los cuales, según su dicho, se ajustaron a lo exigido (fls. 398 a 401, c. 2).

4.5. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL

4.5.1. Es preciso señalar de antemano que el marco jurídico aplicable al contrato 394 del 29 de junio de 1994, está previsto en el Decreto 1421 de 1993², particularmente, lo regulado en sus artículos 144 a 152, por cuya virtud –como lo señala el primero de los artículos en mención-, las normas del Estatuto General de Contratación Pública rigen la actividad contractual del Distrito y de sus entidades descentralizadas, salvo que la normatividad distrital lo excluya expresamente.

4.5.2. De entrada es preciso tener en cuenta que la cuestión en el *sub lite* se concreta en determinar la nulidad de las resoluciones 018 y 1543 de 1997, proferidas por la entidad demandada para liquidar el contrato 394 de 1994, en la que se consignan inconformidades sobre la calidad de la obra ejecutada; dado que el contratista alega falsa motivación, desviación de poder, desconocimiento del ordenamiento, fundamentalmente, porque (i) la oportunidad para liquidar no se puede utilizar para declarar incumplimiento³ y (ii) debido a que él cumplió en todo con las previsiones contractuales y, de no ser ello así, tenía derecho a contradecir las objeciones y estudios que la contratante adujo y en los que sustentó su decisión.

Ahora sería del caso pronunciarse de fondo frente a las pretensiones formuladas, de no ser porque la Sala observa que el contrato 394 de 1994 está afectado nulidad absoluta, lo que comporta, estando presentes todas las partes interesadas, proceder a declararla de oficio, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 1742 del Código Civil, previas las siguientes consideraciones:

(i) Las pruebas dan cuenta de que el objeto contractual pactado ya había sido satisfecho. En efecto, el 27 de septiembre del año en cita, el contratista puso de presente al interventor la ejecución del objeto contractual por parte de la Secretaría de Obras Públicas Distrital, razón por la cual se hacía necesario

² Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

³ En tal sentido, cabe precisar que la Sección ha sido reiterativa en señalar la imposibilidad de sancionar incumplimientos en sede de liquidación, tanto en lo que refiere a hacer efectiva la cláusula de multas y declararle caducidad del contrato; sin ello impida que con ocasión del ejercicio liquidatorio y sólo para sus efectos, sea dable determinar lo que se recibe y su estado, amén de considerar si lo recibido honra el pacto contractual y de esa forma realizar el cruce de cuentas y, por ende, definir quién debe y a cuánto asciende la obligación. Entre otras, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de marzo de 2011, exp. 16.856, M.P. Stella Conto Del Castillo.

determinar qué se debía ejecutar o proceder a suspender el contrato (fl. 64, c. 2)⁴, ante lo cual, el 11 siguiente, el interventor respondió que desde el día primero del mismo mes y año se demarcaron los parches en el sitio de la obra contratada, para iniciar las labores de reparcho de manera inmediata, al tiempo que advirtió que el plazo inicialmente pactado para entonces, se cumplía en un treinta y dos por ciento (fl. 65, c. 2). El 29 de noviembre del mismo año, el interventor y el contratista firmaron el acta número dos de aceptación de obras y precios no previstos, como consecuencia de la nueva actividad de reparcho (fls. 58 y 59, c. 2).

(ii) Por su parte, el señor Pablo Emilio Bocarejo Hernández, quien fuera el interventor del contrato, señaló que lo finalmente ejecutado fue un reparcho y no una recuperación y mantenimiento, como se pactó en un comienzo. Igualmente, aclaró que se tratan de dos objetos que difieren por completo, toda vez que *“la recuperación se hace cuando los niveles de deterioro de la estructura del pavimento lo ameritan, esa acción se hace generalmente a lo largo y ancho de la vía, y el reparcho está localizado solamente en puntos específicos y generalmente interesan solamente las capas superiores, es decir, la base asfáltica y rodadura que fue lo que realmente se ejecutó en este caso”* (fls. 393 y 394, c. 2).

(iii) Es necesario aclarar que, analizadas las actividades desarrolladas por el contratista, parecería que, salvo por el cargue y la demolición mecánicos, la excavación con maquinaria, el relleno de material seleccionado B-200 y la nivelación de pozos por hilada (sin resaltar en la columna de lo ejecutado), lo contratado en un comienzo tiene que ver con lo finalmente ejecutado. Lo anterior se ilustra mejor de la siguiente forma:

LO CONTRATADO ORIGINALMENTE (fl. 40B, c. 2)	LO MODIFICADO (fl. 58, c. 2)	LO FINALMENTE EJECUTADO (fl. 65 y 66, c. 3)
Excavación con maquinaria	Recalzada de sardineles en concreto F c= 175 Kg/cm ² , altura 10 cms, incluye formaleta y acero	Demolición manual calzada en asfalto
Relleno de material		Cargue manual

⁴ Precisa recordar lo dicho por el contratista: *“Respecto del Contrato de la referencia, la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá en forma excelente y cumpliendo con todas las normas técnicas, ejecutó hace veinte (20) días las obras correspondientes a mi trabajo, como me informaron residentes del lugar el día de la visita conjunta con ustedes. Como Ud. no se ha pronunciado sobre mi comunicación del 15 de septiembre de 1994 ni me ha indicado qué debo ejecutar, solicito en forma inmediata una solución adecuada o hacer un Acta de Suspensión (fl. 64, c. 2).*

<p>seleccionado B-200 (Incluye: suministro, colocación y compactación)</p> <p>Relleno de material seleccionado B-600 (Incluye: suministro, colocación y compactación)</p> <p>Demolición mecánica de calzada en asfalto</p> <p>Cargue mecánico</p> <p>Transporte de material compacto a 5 kms</p> <p>Pavimento asfáltico Base B-1350 (Incluye: Suministro, colocación y compactación de la mezcla asfáltica)</p> <p>Pavimento asfáltico Rodadura B-1350 (Incluye: Suministro, colocación y compactación de la mezcla asfáltica)</p> <p>Riego asfáltico e imprimación base</p> <p>Limpieza de Sumideros (Incluye: Extracción de sedimentos; car (sic) manual y transporte a 5 km)</p> <p>Nivelación de sumideros por hilada</p> <p>Nivelación de pozos por hilada</p>	<p>de refuerzo</p> <p>Cargue manual (incluye recargo por pérdida de tiempo volqueta y conductor)</p> <p>Demolición Manual de calzada en asfalto</p> <p>Construcción de sumideros a todo costo</p> <p>Parcheo asfáltico en Base B-1150 (incluye: suministro, colocación y compactación de la mezcla asfáltica)</p>	<p>(incluye recargo por pérdida de tiempo volqueta y conductor)</p> <p>Transporte de material compacto a 5 kms</p> <p>Pavimento asfáltico B-1350 (Incluye: Suministro, colocación y compactación de la mezcla asfáltica)</p> <p>Pavimento asfáltico B-1150 (Incluye: Suministro, colocación y compactación de la mezcla asfáltica)</p> <p>Relleno de material seleccionado B-600 (Incluye: suministro, colocación y compactación)</p> <p>Recalce de sardineles en concreto</p> <p>Nivelación de sumideros por hilada</p> <p>Limpieza de Sumideros (Incluye: Extracción de sedimentos; cargue y transporte a 5 km)</p> <p>Riego asfáltico e imprimación de base</p>
---	---	--

Sin embargo, se trata de una situación aparente, toda vez que el contrato principal ya había sido satisfecho y, en palabras del interventor, se terminó ejecutando un objeto diferente al contratado inicialmente, al punto que fue necesario introducir obras y precios no previstos desde un comienzo, lo cual explica la variación en el cumplimiento de las exigencias técnicas, como lo puso de presente el actor, en

tanto la finalidad del contrato original varió de una intervención en toda la vía a una reparación localizada de la misma.

4.5.3. En armonía con lo expuesto, la Sala observa la vulneración de las finalidades de la contratación estatal⁵, los principios de igualdad, eficacia y eficiencia, particularmente, las normas que regulan la planeación⁶ e imponen la selección objetiva⁷, que queda en evidencia con la suscripción de un contrato cuyo objeto ya estaba satisfecho. En esos términos, se está en presencia de la causal de nulidad prevista en el artículo 6 del Código Civil —incorporada en el Estatuto Contractual del Estado en el inciso primero del artículo 44 de la Ley 80—, consistente en la vulneración de normas de orden público u objeto ilícito⁸.

Ahora, frente a la modificación introducida al contrato por parte del interventor y el contratista, es preciso llamar la atención que fue el interventor quien en comunicación del 11 de octubre de 1994 se dirigió al contratista para que iniciara

⁵ **“DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.** Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”.

⁶ El artículo 25 de la Ley 80 de 1993 prescribe: **“DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA.** En virtud de este principio: (...) 7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso. (...) 12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia”.

⁷ El artículo 29 de la citada ley dispone: **“ARTÍCULO 29.** La selección de contratistas será objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. // Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación. // El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. //En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización”.

⁸ **“ARTÍCULO 1519. <OBJETO ILÍCITO>** Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”.

las actividades de reparcho, que finalmente quedaron contenidas en el acta número dos de aceptación de obras y precios no previstos (fls. 58 y 59, c. 2), también suscrita por el interventor el 29 de noviembre del citado año. Tales documentos no pueden vincular a la entidad, toda vez que el interventor no tiene facultad para actuar en tal sentido. Recientemente, al respecto se precisó⁹:

En lo relativo a la celebración del contrato estatal, en el nivel municipal la competencia está atribuida al alcalde, quien puede delegar total o parcialmente esta facultad en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo, ejecutivo o en sus equivalentes, conforme a las previsiones de los artículos 11¹⁰ y 12¹¹ del mismo estatuto.

Es un principio general, previsto en el artículo 1602 del Código Civil, que el contrato puede ser modificado por el común acuerdo de las partes, facultad que en materia de contratación estatal está prevista en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, conforme al cual se atribuye a la entidad pública contratante la potestad excepcional de modificación unilateral, “si previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo”.

Dado que la modificación bilateral es un asunto exclusivo de las partes, debe entenderse que, en el caso de los contratos celebrados por los municipios la competencia se reserva al alcalde y que si no se ejerce directamente puede delegarse conforme a las disposiciones de los artículos 11 y 12 ibídem.

Por otra parte, la ley de contratación estatal preceptúa que, en los contratos de obra celebrados como resultado de un proceso de licitación, la interventoría debe ser contratada “con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables” –se destaca-, en materia civil, fiscal, penal y disciplinaria, por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría y por los hechos u omisiones que causen perjuicios –arts. 32 y 53-.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de octubre de 2011, exp. 21491, M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo.

¹⁰ Cita original: Dispuso originalmente -se destaca-: “[d]e la competencia para dirigir licitaciones o concursos y para celebrar contratos estatales. En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2. // (...) 3o. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Entidad respectiva... b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capitales y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades”.

¹¹ Cita original: Que en su texto original dispuso -se destaca-: “[l]os jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”.

Exigencia legal de independencia que, en los contratos estatales de obra, de suyo excluye la figura de la representación de cualquiera de las partes, al igual que la delegación para modificar el contrato, pues contraría el artículo 53 de la Ley 80 de 1993 que la persona del interventor actúe en un contrato estatal además como parte con facultades para modificar la relación contractual.

Siendo así, se impone concluir que la entidad no estaba vinculada por las actuaciones de su interventor, toda vez que toda actuación de éste encaminada a modificar un contrato resulta inane. Ahora, las resoluciones proferidas para finiquitar la ejecución, declarada la nulidad del contrato, igual suerte habrán de correr.

En esos términos, la Sala procederá de oficio a declarar la nulidad absoluta del contrato 394 de 1994 pactado para la recuperación y mantenimiento de la calle 43A Sur Avenida 68 a carrera 49B, cuando dicho objeto ya estaba satisfecho, lo que obligó al contratista a adelantar el reparcho del mencionado tramo, pues la contratante resolvió modificar el objeto contractual.

4.5.3. Como consecuencia de la nulidad absoluta, se impone definir las restituciones mutuas, teniendo presente que el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 al respecto dispone:

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 público¹².

¹² Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de noviembre de 2004, exp. 25.560, M.P. Germán Rodríguez Villamizar. En dicha oportunidad se precisó sobre el alcance de la norma en cita: *“En resumen, para la Sala el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece efectivamente una regla distinta a la del Código Civil, consistente en que el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita, sólo tienen lugar cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido. Se trata, pues, de una regla diferente a la prevista en la legislación civil en tanto que condiciona el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas al beneficio del Estado y solamente hasta el monto del mismo. La especialidad de la norma de la ley 80 no radica, entonces, en impedir las sanciones que se derivan por violación del orden jurídico a sabiendas y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues, como ha indicado la Corte Suprema de Justicia, esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta disposición se aplicaría únicamente cuando*

De manera que como la entidad se benefició y no ha pagado en totalidad las obras ejecutadas se impone ordenar que se proceda en consecuencia, pues la buena fe con la que actuó el contratista no fue desvirtuada¹³, aunado a que su actividad fue impulsada por el interventor y acompañada con la aquiescencia de la Secretaría de Obras distritales que conoció y consintió las obras ejecutadas en el marco del contrato anulado¹⁴. No se explica de otra manera las exigencias para el cumplimiento de la ejecución y su ulterior liquidación; sin perjuicio de la acción de repetición del caso¹⁵.

En ese orden, teniendo en cuenta que en la resolución 0018 de 9 de enero de 1997 se determinó que las cantidades de obra ejecutada ascienden a \$28.148.866,51. Valor que la Sala asumirá como el finalmente ejecutado, toda vez

las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas” (se subraya).

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 12.249, M.P. Alier E. Hernández Enríquez. En dicha oportunidad se precisó: *“Aplicado lo anterior al análisis del supuesto contenido en el artículo 1525 del CC, para que no pueda repetirse lo que se haya dado o pagado por virtud del contrato anulado, se concluye que el término a sabiendas requiere la conciencia, el real conocimiento y convencimiento de tres hechos fundamentales: i) que existe la disposición legal, ii) que la norma que la contiene es aplicable al caso concreto y iii) que con la celebración del contrato se está obrando en contra de la ley. // Se advierte además que tales supuestos no se presumen, sino que deben probarse” (se destaca).*

¹⁴ La Sección ha sostenido que, en aplicación de los principios de la buena fe y equivalencia de las prestaciones mutuas, excepcionalmente, la falta de forma de escrita, frente a los contratos adicionales o modificación, como sucede en el presente caso, no impide su reconocimiento. En tal sentido, ver: sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 15469, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, allí se sostuvo: *“Cabe resaltar que en este caso especial y concreto resulta procedente el reconocimiento y pago de las obras adicionales con fundamento en el principio de la buena fe y la equivalencia de las prestaciones mutuas, que deben orientar la relación contractual, toda vez que, en esta situación excepcional y única, la ausencia de la formalidad del contrato escrito no puede constituirse en pretexto, para que la Administración desconozca el pago de obras adicionales al contratista que obró de buena fe e hizo prevalecer el interés general frente a sus propios intereses, mucho menos puede propiciarse que resulte afectado injustamente con el empobrecimiento de su patrimonio en beneficio del enriquecimiento del patrimonio del Estado, como consecuencia de la conducta irresponsable de la Administración en la elaboración de los estudios y diseños de la obra”.*

¹⁵ En tal sentido, el artículo 53 de la Ley 80 de 1993 dispone: *“DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSULTORES, INTERVENTORES Y ASESORES. Los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría”.*

que el dictamen confirmó que las obras cumplieron las exigencias impuestas por la entidad, de donde se infiere que la beneficiaron¹⁶. Con todo, como el contratista recibió un anticipo de \$14.055.786,80 (fl. 66, c. 3), es claro que se le deberá restituir la suma de \$14.093.080. Suma que se actualizará desde la terminación de la obra, esto es, enero de 1995 (fl. 66, c. 3), hasta la fecha de esta sentencia, así:

$$\begin{array}{r} \$14.093.080 \times 112.15 = \$30.972.740.00 \\ \quad \quad \quad 51.03 \end{array}$$

No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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,

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 14 de agosto de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: NEGAR las excepciones propuestas por la demandada.

TERCERO: DECLARAR DE OFICIO la nulidad absoluta del contrato 394 del 29 de junio de 1994, celebrado entre el Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital y Aníbal Franco Gómez, en los términos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

¹⁶ Dicha prueba no fue objetada y en ella se concluyó: “Adjunto con los resultados de laboratorio de suelos LASCANO Y GUTIÉRREZ Cía. Ltda. para la toma de tres muestras en zonas de parcheo con base 1150 y terminado con sobrecarpeta asfáltica 1350, en los cuales se puede detallar que la obra cumple los requerimientos de calidad exigidos por la Secretaría de Obras Públicas de Santafé de Bogotá D.C. También adjunto cuadro de especificaciones de Mezclas Asfálticas requeridos por la Secretaría de Obras Públicas”. Igualmente, dicha pericia fue realizada en enero de 1998 y el IDU y la Secretaría de Obras Públicas distritales certificaron que entre 1996 y 1999 la vía objeto del contrato 394 de 1994 no fue intervenida (fls. 273 y 274, c. ppal 2), es decir, el estado de la vía al momento de la experticia es el resultado de la obra ejecutada por el actor.

