

NULIDADES CONTRACTUALES – Procedencia

Para la Sala no cabe duda que la actuación adelantada por la entidad estatal Adcoopgualivá Ltda., constituye un claro ejemplo de fraccionamiento, puesto que el mismo día y con la misma persona, celebró dos contratos con idéntico objeto y por montos inferiores al valor total de las obras contratadas, sin que conste en parte alguna que la selección del contratista se hubiere llevado a cabo a través de licitación pública, puesto que no se hace referencia en el escrito de los referidos contratos –como sí se hizo en el convenio interadministrativo para aclarar que fue por contratación directa-, a la forma como aquel fue escogido [...] para la Sala, teniendo en cuenta los antecedentes que se dejaron descritos líneas atrás, no cabe duda alguna de que aquellos contratos que celebrara Adcoopgualivá Ltda. en 1996, como los de obra objeto de la presente litis, debían, en todo caso, ajustarse a las previsiones de la Ley 80 de 1993, dentro de las cuales se encuentra aquella que indica la obligatoriedad de la licitación pública para efectos de seleccionar a sus contratistas [...] el artículo 899 del Código de Comercio establece que es nulo absolutamente el negocio jurídico, cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; cuando tenga objeto o causa ilícitos y cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz [...] [N]o queda duda alguna de que en el presente caso, los contratos 025 A-96 y 025 B-96 celebrados entre la Administración Cooperativa para el Desarrollo del Gualivá Adcoopgualivá Ltda. y el señor José Manuel Barrero Parra el día 28 de febrero de 1996 tienen objeto ilícito, puesto que al haber sido celebrados dos contratos de obra pública con la misma persona, el mismo día y con el mismo objeto incurriendo en fraccionamiento del contrato, vulneró las normas imperativas y de orden público relativas a la obligación de agotar tal procedimiento de selección de contratistas, contenidas en la Ley 80 de 1993 y en consecuencia, resulta procedente la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta de tales contratos [...] lo concerniente a las consecuencias de la declaratoria de nulidad de los contratos, el Código Civil establece en el artículo 1746 que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada [...] en principio, cuando se declara la nulidad de un contrato, las cosas deben volver al mismo estado que tenían antes de su celebración, como si éste no hubiera existido y por lo tanto, cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que recibió en virtud del negocio jurídico en cuestión [...]

MAYOR CANTIDAD DE OBRA - Acreditación - Reconocimiento al contratista

En el proceso también obra un acta de mayores y menores cantidades de obra y acta de común acuerdo suscrita el 19 de abril de 1997 [...] De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que las obras fueron recibidas por la entidad Adcoopgualivá de manos del subcontratista, ingeniero José Manuel Barrero Parra y que según el acta de mayores y menores cantidades de obra suscrita por la entidad demandada ésta admitió la ejecución de obras adicionales a las pactadas originalmente [...] [DE] las anteriores cantidades, se deduce que el porcentaje de A.I.U pactado en los contratos, fue del 20,85% de los costos directos y a su vez, al no estar discriminado el mismo, la utilidad corresponderá a la tercera parte de este porcentaje, es decir, al 6,95%. Aplicado este porcentaje al valor de las obras extras ejecutadas por el ingeniero José Manuel Barrero, se obtiene como costo directo de las mismas, la suma de [...], que será debidamente actualizada desde la fecha de la liquidación final del convenio suscrita por el demandante el 21 de abril de 1997, momento a partir del cual debió cancelarse el valor debido, mediante la aplicación de la fórmula usualmente utilizada por la jurisprudencia para la actualización [...] se reconocerá a favor de José Manuel Barrero Parra, la suma de [...], por concepto de las obras ejecutadas a favor de Acoopgualivá Ltda. con ocasión de los contratos declarados nulos y que no le fueron reconocidas por la entidad, valor que corresponde al beneficio obtenido por ésta

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - Configuración

[E]l actor solicitó en la primera de las pretensiones, que se declarara la existencia del convenio interadministrativo celebrado entre la Asociación de Municipios de Sabana Norte y Adcoopgualivá Ltda., pero resulta que el señor José Manuel Barrero no es parte de esta relación contractual, razón por la cual no se encuentra legitimado para elevar dicha petición y por lo tanto, sólo procede el estudio de aquellas que versan sobre los contratos que él efectivamente suscribió como contratista, con una de las mencionadas entidades [...] es claro que ni el departamento de Cundinamarca ni la Asociación de Municipios de Sabana Norte eran las entidades que le pagaban al contratista que ahora reclama judicialmente una indemnización de perjuicios en virtud de un supuesto incumplimiento contractual y la relación de estas entidades con Adcoopgualivá Ltda., es autónoma con respecto al contrato de obra objeto del presente proceso, en el cual la referida cooperativa es la única responsable de los eventuales incumplimientos contractuales en los que pudiere haber incurrido frente a su contratista, José Manuel Barrero [...] para la Sala resulta evidente que ni el departamento de Cundinamarca ni la Asociación de Municipios de Sabana Norte, se encuentran legitimados por pasiva en el sub-lite, toda vez que ninguna de las dos entidades suscribió los contratos de obra pública 025 A-96 y 025 B-96, celebrados entre Adcoopgualivá y el

señor José Manuel Barrero Parra, es decir que no son parte de estos negocios jurídicos y no adquirieron derechos ni contrajeron obligaciones en virtud de los mismos [...] es claro que ni el departamento de Cundinamarca ni la Asociación de Municipios de Sabana Norte eran las entidades que le pagaban al contratista que ahora reclama judicialmente una indemnización de perjuicios en virtud de un supuesto incumplimiento contractual y la relación de estas entidades con Adcoopgualivá Ltda. [...] es autónoma con respecto al contrato de obra objeto del presente proceso, en el cual la referida cooperativa es la única responsable de los eventuales incumplimientos contractuales en los que pudiere haber incurrido frente a su contratista, José Manuel Barrero [...] las actuaciones que se hubieran adelantado por las partes del negocio jurídico celebrado entre la Asociación de Municipios de Sabana Norte y Adcoopgualivá Ltda. y los acuerdos que hayan suscrito –tales como actas de suspensión, prórrogas, reiniciación, liquidaciones, etc.–, jurídicamente son ajenos a la relación contractual que motivó la presente controversia, puesto que el demandante no tenía vínculo obligacional alguno con la mencionada asociación y sus derechos y obligaciones se derivaron directamente del contrato que celebró con Adcoopgualivá Ltda., que es el que le da fundamento al ejercicio de la acción contractual incoada en el sub-lite, razón por la cual, se declarará la falta de legitimación en la causa tanto del departamento de Cundinamarca como de la mencionada asociación de municipios

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C, veintisiete (27) de septiembre de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-1999-2778-01(24339)

Actor: JOSÉ MANUEL BARRERO PARRA

Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA Y OTROS

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - APELACIÓN SENTENCIA

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada Asociación de Municipios Sabana Norte y/o Los Almeydas, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 3 de diciembre de 2002, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, la cual será revocada.

SÍNTESIS DEL CASO

El señor José Manuel Barrero Parra celebró en 1996, sendos contratos de obra pública con la entidad estatal Adcoopgualivá Ltda., respecto de los cuales reclama el pago de obras extras que no le fueron reconocidas. Los contratos tienen el mismo objeto y fueron suscritos el mismo día, entre las mismas partes.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. El 11 de noviembre de 1999, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del C.C.A, el señor José Manuel Barrero Parra presentó demanda en contra del departamento de Cundinamarca, la Asociación de Municipios Sabana Norte y la Administración Cooperativa para el Desarrollo del Gualivá (Adcoopgualivá Ltda.), cuyas pretensiones fueron (f. 2 a 10, c. 1):

*1º. Que se declare la existencia y legalidad del convenio Interadministrativo 025/96 celebrado entre la ASOCIACIÓN DE MUNICIPIOS SABANA NORTE y/o los ALMEYDAS entidad creada mediante ordenanza No. 024 de 1990 y la ADMINISTRACIÓN COOPERATIVA PARA EL DESARROLLO DEL GUALIVA (ADCOOPGUALIVÁ LTDA) a través de sus respectivos representantes legales cuyo objeto es la **“construcción y mantenimiento de la carretera Manta-Madrid- El Bosque del municipio de Manta (Cundinamarca).***

*2º. Que, así mismo, se declare la existencia y legalidad de los Contratos de Obra Nos. 025A/96 y 025B/96, firmados en desarrollo del convenio interadministrativo No. 025/96 entre el representante legal de Adcoopgualivá Ltda. en calidad de contratante y el Ing. José Manuel Barrero Parra como subcontratista de la obra: **“construcción y mantenimiento de la carretera Manta-Madrid- El Bosque del municipio de Manta (Cundinamarca).***

*3º. Como consecuencia de lo anterior y teniendo en cuenta la existencia de un acta de común acuerdo sobre ‘modificación del objeto inicial del convenio interadministrativo’ y por consiguiente de los contratos de obra 025A/96 y 025B/96 y por la existencia del **acta de compromiso y reiniciación de obra** que es un acuerdo firmado por todas las partes contratantes e intervinientes en el desarrollo de la obra, es decir, convenida y suscrita por los representantes legales de: La Asociación de Municipios de Sabana Norte o los Almeydas y la Administración Cooperativa para el Desarrollo del Gualiva-Adcoopgualivá Ltda., por el interventor de la obra y por el Ing. José Manuel Barrero Parra en calidad de subcontratista de la obra, se declare la **solidaridad** en la obligación*

*pendiente de pago por parte de las entidades demandadas y por ende en aras de mantener el equilibrio en la ecuación patrimonial surgida desde el momento de suscribir el contrato se reconozca y ordene pagar a favor del subcontratista demandante por concepto de la mayor cantidad de obra realizada en cumplimiento del objeto del contrato celebrado la suma de **VEINTISEIS MILLONES DOSCIENTOS CINCO MIL DIECISIETE PESOS CON 24/100 (\$ 26.205.017,24) M/cte.***

*4º. Que como consecuencia del incumplimiento en el pago respectivo se condene a las entidades demandadas a pagar a título de indemnización de perjuicios intereses moratorios a una tasa equivalente al 5% mensual sobre el valor del capital adeudado o sea la suma de **VEINTISEIS MILLONES DOSCIENTOS CINCO MIL DIECISIETE PESOS CON 24/100 (\$ 26.205.017,24) M/cte.** desde el día 8 de mayo de 1997, fecha en que se hizo exigible el pago de la obligación y hasta que la misma sea cancelada en su totalidad (...).*

2. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, el demandante dio cuenta de la celebración, entre la Asociación de Municipios Sabana Norte o los Almeydas de Cundinamarca y la Administración Cooperativa para el Desarrollo del Gualivá (Adcoopgualivá Ltda.), del convenio interadministrativo n.º 025-96, para la construcción y mantenimiento de la carretera Manta-Madrid-El Bosque del municipio de Manta (Cundinamarca), el cual tenía una cuantía de \$ 39 197 690,39.

2.1. En virtud del anterior convenio, la Cooperativa para el Desarrollo del Gualivá Ltda., subcontrató la obra con José Manuel Barrero Parra, según los contratos 025A/96 y 025B/96, en las cantidades y precios allí convenidos, por el mismo valor de \$ 39 197 690,39 que el mencionado convenio interadministrativo y con un plazo de ejecución de 5 meses.

2.2. El acta de iniciación de la obra fue suscrita por el demandante y el interventor –nombrado por la Gobernación de Cundinamarca-, el 15 de abril de 1996, pero los trabajos fueron suspendidos el 22 de abril siguiente y hasta el 22 de junio, en razón de que “(...) *en la vía se estaba construyendo con antelación un puente y varios vox-couvert (sic) que impedían el paso de materiales para la ejecución de la obra objeto del convenio interadministrativo (...)*”.

2.3. Por sugerencia del interventor, que propuso una serie de obras adicionales no contempladas en el contrato pero que consideró indispensables para la comunidad, el 11 de junio de 1996 se suscribió un “*acta de común acuerdo*” entre el director ejecutivo de la asociación de municipios, la representante legal de

Adcoopgualivá y el interventor de la obra, en la que se dejó constancia de la necesidad de modificar el convenio interadministrativo 025/96, con las nuevas obras que allí se describieron.

2.4. En noviembre de 1996, el interventor le solicitó al contratista la ejecución de esas obras adicionales que eran urgentes, manifestándole “(...) *que en cualquier evento procederían a apropiar las partidas necesarias y a elaborar el respectivo contrato de obra*”.

2.5. El demandante inició la ejecución de las obras adicionales pero en diciembre las paró, al advertir que no le entregaban el contrato de obra para legalizar su trabajo.

2.6. El 21 de enero de 1997, el interventor presentó informe de la obra ejecutada, en el que manifestó que “(...) *había un sobregiro en cuanto a la ejecución de la construcción del vox-couvert (sic) (...)*, por lo que ordenó parar la obra y determinar cantidades para liquidar el contrato, para cuya culminación se requerían aproximadamente \$ 25 000 000.

2.7. El 5 de febrero de 1997 se suscribió el acta de compromiso y reiniciación de obra, entre el director ejecutivo de la Asociación de Municipios Sabana Norte o Almeypdas de Cundinamarca, el representante legal de Acoopgualivá Ltda., el interventor y el contratista, en la que se acordó la terminación del box-couvert y la realización del inventario de las obras ejecutadas, para proceder a liquidar, “(...) *incluyendo cantidades de obra ejecutadas para éste y las obras adicionales hasta copar la cuantía del contrato original, se hará acta de mayores y menores cantidades de obra en calidad de constancia*”.

2.8. El contratista presentó cuenta de cobro por valor de \$ 26 205 017,24 por concepto del acta de mayores y menores cantidades de obra, la cual no le fue recibida por la entidad, alegando en principio la falta de recursos para su cancelación y a la fecha de la demanda no le había sido pagada, a pesar de las diligencias de conciliación adelantadas para ello.

II. Actuación procesal

3. En la **contestación de la demanda**, las entidades manifestaron:

3.1. El **departamento de Cundinamarca** admitió algunos hechos y respecto de otros, se atuvo a lo que resultare probado. Se opuso a las pretensiones, por considerar que las mismas se derivaron de un contrato del cual la entidad no fue parte, como no lo fue del convenio interadministrativo que le sirvió de antecedente, manifestando que *“en virtud de la competencia de prestar asistencia técnica y administrativa a los municipios y demás entidades territoriales en jurisdicción del Departamento, no significa que entre a suplir a las mismas, en sus derechos, deberes y obligaciones de carácter contractual, por el hecho de designar un interventor para la ejecución de una obra pública pactada”*. En consecuencia, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva (f. 51, c. 1).

3.2. La **Asociación de Municipios Sabana Norte y/o Los Almeydas**, presentó escrito en el cual se refirió a la contestación de la demanda presentada por Adcoopgualivá y el departamento de Cundinamarca, para aclarar ciertos puntos.

3.2.1. En relación con el interventor, manifestó que era cierto que fue designado como tal por la gobernación y así consta en las actas suscritas; en cuanto al acta de compromiso y reiniciación de obra del 5 de febrero de 1997, aclaró que la misma se refirió al convenio interadministrativo 025 de 1996 suscrito entre la asociación de municipios y Adcoopgualivá y no hace referencia al contrato de obra entre esta última y el ingeniero Manuel Barrero, que si la firmó, fue como testigo del acuerdo al que llegaron las partes contratantes del convenio y que para la fecha de tal acta, no se había suscrito ninguna de recibo final y/o liquidación del convenio; en cuanto a las actas suscritas el 10 de diciembre de 1996, las mismas sí lo fueron entre Adcoopgualivá y el señor Barrero y la asociación de municipios nada tuvo que ver con ese contrato y por lo tanto, concluyó que tal acta *“(…) no genera obligaciones de la Asociación de Municipios Sabana Norte y/o LOS ALMEYDAS para con el ingeniero MANUEL BARRERO, por no existir relación contractual alguna entre estas dos partes (…)”*.

3.2.2. Finalmente, resaltó que si bien la relación contractual se produjo entre la Administración Cooperativa para el Desarrollo del Gualivá y el ingeniero Barrero, lo cierto es que el motivo de reclamación fue la actuación del interventor del contrato, funcionario del departamento de Cundinamarca, por las autorizaciones que impartió en su ejecución.

3.2.3. En escrito presentado posteriormente, dio cuenta de la cronología de la celebración y ejecución del convenio interadministrativo 025 de 1996 celebrado entre la Asociación de Municipios de Sabana Norte y/o Los Almeydas por una parte y la Administración Cooperativa para el Desarrollo del Gualivá-Adcoopgualivá Ltda. por la otra, cuyo objeto fue *“Ejecutar a todo costo, con sus propios medios, autonomía, y en estricta concordancia con los documentos del contrato a los precios del presupuesto oficial (...), LA CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA CARRETERA MANTA-MADRID EL BOSQUE DEL MUNICIPIO DE MANTA CUNDINAMARCA”*.

3.2.4. En esta ocasión, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la asociación de municipios frente a las reclamaciones del demandante, ya que *“(...) nunca hubo relación contractual alguna ni directa ni indirectamente, así como tampoco en momento alguno autorizó las obras adicionales”* (f. 62 y 71, c. 1).

3.3. La **Administración Cooperativa para el Desarrollo del Gualivá –Cogualivá Ltda. en liquidación**, admitió algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones, por cuanto las reclamaciones del demandante carecen de soportes legales que permitan su reconocimiento, ya que las obras que se realizaron no contaban con disponibilidad presupuestal previa, no estaban previstas en los contratos iniciales, su realización escapa del objeto contratado y quien permitió su ejecución fue el interventor designado por la Gobernación de Cundinamarca, sin estar autorizado para ello por Cogualivá Ltda. y sin que mediara un acta de modificación de cantidades de obra suscrita por las partes y con ello, se modificó el objeto del contrato. En consecuencia, a juicio de la entidad demandada quien está llamado a responder es el departamento de Cundinamarca, por los hechos y omisiones en que incurrió un servidor suyo, designado como interventor del contrato (f. 40, c. 1).

4. El 3 de diciembre de 2002, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera, Subsección B, profirió **sentencia de primera instancia** en la cual declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del departamento de Cundinamarca, declaró que la Administración Cooperativa para el Desarrollo del Gualivá-Adcoopgualivá y la Asociación de Municipios de Sabana Norte y/o Almeydas incumplieron el convenio interadministrativo No. 025 de 1996

y las condenó a cancelar a favor del ingeniero José Manuel Barrero Parra la suma de \$ 57 023 015,00 (f. 193 a 207, c. ppl.).

4.1. La decisión del *a-quo* obedeció a que encontró probado que la Asociación de Municipios celebró un convenio con Adcoopgualivá cuyo objeto fue la construcción y mantenimiento de la carretera Manta-Madrid-El Bosque y en la cláusula tres del mismo, se comprometió a atender los gastos del contrato con cargo al presupuesto de rentas y gastos de la vigencia de 1996, capítulo 5, artículo 4 *“construcción y mantenimiento de la vía Manta Madrid El Bosque del municipio de Manta, por lo que se considera que los contratos de obra Nos. 025 A y 025 B de 1996, forman parte integral de dicho convenio”*, razón por la cual dicha asociación estaba legitimada por pasiva.

4.2. Manifestó el *a-quo* que Adcoopgualivá subcontrató con el demandante la ejecución de tales obras, pero *“cuando el subcontratista pretendió iniciar”*, se encontraron con que las mismas ya estaban ejecutadas, así que se efectuó una modificación mediante *acta de común acuerdo* suscrita el 11 de junio de 1996 por los representantes legales de la asociación, la cooperativa y el interventor, sobre construcción de obras no pactadas originalmente y que antes de terminar la ejecución de las mismas, se agotaron los recursos y se ordenó parar los trabajos, hasta que la gobernadora impartió la orden de terminarlos.

4.3. No obstante, la Cooperativa Adcoopgualivá y el ingeniero Manuel Barrero suscribieron, el 10 de diciembre de 1996, acta de liquidación final del contrato, pero el 5 de febrero los representantes de la asociación de municipios, Adcoopgualivá, el interventor y el ingeniero Barrero, firmaron un acta de compromiso y reiniciación de obra en la que se acordó que una vez terminadas, se haría inventario dejando constancia de las mayores y menores cantidades de obra, respecto de las cuales efectivamente se suscribió un acta el 19 de abril de 1997 por la asociación, la cooperativa y el contratista.

4.4. Los trabajos se terminaron y se recibieron a satisfacción pero aún no habían sido canceladas las obras adicionales, a pesar de que a juicio del Tribunal de primera instancia, la contratante se comprometió a pagarlas al contratista y *“(…) no reconocer el acuerdo hecho en desarrollo del acta de compromiso y reiniciación de obra, en donde en forma expresa se autoriza la terminación de las obras conlleva indudablemente a un incumplimiento del contrato”*.

4.5. En relación con las pretensiones tendientes a que se declarara la existencia del convenio celebrado entre la Asociación de Municipios Sabana Norte y/o Los Almeydas y Adcoopgualivá así como de los contratos 025 A y 025 B de 1996 celebrados entre esta última y el demandante, el tribunal sostuvo que dicho convenio existe y goza de presunción de legalidad así como los referidos contratos, son hechos establecidos y reconocidos por las partes contratantes y por lo tanto no hay lugar a declarar su existencia.

5. Inconforme con la decisión, la Asociación de Municipios Sabana Norte y/o Los Almeydas, interpuso **recurso de apelación**, en el cual manifestó no estar de acuerdo con la excepción de falta de legitimación en la causa que se reconoció a favor del departamento de Cundinamarca, ya que esta entidad hizo una delegación a favor de la asociación de municipios, para la administración de una partida por \$ 40 000 000 del presupuesto general del departamento, destinada a la construcción y mantenimiento de la carretera Manta-Madrid-El Bosque del municipio de Manta y condicionada a las instrucciones que la delegante efectuara; y que fue el departamento quien a través del interventor designado por dicha entidad para la vigilancia de la ejecución de las obras, autorizó la modificación de los trabajos a ejecutar, que inicialmente consistían en un puente sobre la quebrada Cendas y posteriormente, se ordenó la construcción de un box couvert, tal y como lo reconoce en sus declaraciones el interventor designado. En consecuencia, el departamento es responsable de las modificaciones y las obras adicionales que hubiera ordenado sin contar con la asociación de municipios.

5.1. Sostuvo la apelante, que el Tribunal *a-quo* interpretó erradamente las pruebas, puesto que la asociación de municipios no autorizó la ejecución de las obras adicionales cuyo pago reclama el demandante ni en el *acta de común acuerdo* del 11 de junio de 1996, en la que simplemente se dejó constancia de la necesidad de modificar el convenio interadministrativo n.º 025/96 suscrito entre dicha entidad y Adcoopgualivá Ltda., para incluir unas obras adicionales distintas a las inicialmente pactadas, ni en el *acta de compromiso y reiniciación de obra*, que no contempla obras adicionales y se suscribió para que el contratista ejecutara las que fueron objeto del convenio interadministrativo 025/96, modificado por autorización del jefe de vías del departamento, consistentes en la construcción de un box couvert.

5.2. Adujo además, que la asociación celebró el convenio 025 de 1996 con Adcoopgualivá por medio del cual esta última se comprometió a ejecutar las obras a todo costo, con sus propios medios y autonomía y se pactó que aportaría con absoluta libertad los trabajadores que requiriera, de modo que el ingeniero Barrero actuó como trabajador de Adcoopgualivá; y que las partes del convenio suscribieron las actas de recibo final y de liquidación sin reclamación alguna entre ellas por lo que se debe entender que el mismo se ejecutó a cabalidad y que Adcoopgualivá las suscribió en nombre del demandante, que realizó la obra (f. 211 y 219, c. ppl).

6. En el término para presentar alegatos de conclusión en esta instancia, intervino la parte actora, reiterando los argumentos esgrimidos a lo largo del proceso; en escrito aparte, manifestó que adhería al recurso de apelación interpuesto por la asociación de municipios y en tal virtud, solicitaba que se modificara la sentencia de primera instancia para declarar que todas las entidades demandadas incumplieron el convenio administrativo 025 de 1996 y como consecuencia de tal declaratoria, sean condenadas a pagar a favor del demandante la condena impuesta en la sentencia de primera instancia (f. 237 y 246, c. ppl).

CONSIDERACIONES

I. La competencia

7. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 y el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988- aplicables en el *sub examine*, la cuantía exigida en 1999 para que un asunto fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, era de \$ 18 850 000 y en el presente caso, la parte actora estimó la cuantía de sus pretensiones en la suma de \$ 26 205 017,24.

II. Hechos probados

8. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis¹:

8.1. La Administración Cooperativa para el Desarrollo del Gualivá “Adcoopgualivá Ltda.”, es una entidad sin ánimo de lucro conformada por los alcaldes de los municipios de Nimaima, Nocaima, San Francisco y La Peña, departamento de Cundinamarca, que obtuvo su personería jurídica n.º 01578 el 19 de junio de 1990 otorgada por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas y cuyo objeto general fue *“propender mediante planes, proyectos y sanciones por el desarrollo social y económico sostenible de los municipios de la provincia del Gualivá pudiendo extender su radio de acción a otros municipios y a otras entidades territoriales que tengan los mismos propósitos de este objetivo”*. Por acta n.º 007 del 8 de noviembre de 1996 de la asamblea de asociados, cambió su sigla a la de *“Cogualivá Ltda”* y por acta n.º 003-99 del 21 de octubre de 1999 de la misma asamblea, la entidad fue declarada disuelta y en estado de liquidación (certificado de existencia y representación y constancia de inscripción del acta 003 en el registro de las personas jurídicas sin ánimo de lucro, expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá, f. 49, c. 1 y f. 5 a 13, c. 2).

8.2. El 21 de febrero de 1996, la Asociación de Municipios Sabana Norte o los Almeydas de Cundinamarca², celebró el convenio n.º 025-96 con la Administración

¹ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. Se tendrán en cuenta las copias simples aportadas por la parte actora, toda vez que en la demanda solicitó que se oficiara a la entidad contratante Adcoopgualivá Ltda., para que enviara los originales o las copias debidamente autenticadas de los antecedentes del contrato, la prueba fue decretada y se ofició a la entidad en tal sentido, quien no los remitió al proceso (f. 9, 119, 122, c. 1); de otra parte, se da aplicación a la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera, del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció: *“Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohija en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas”*.

² La asamblea departamental de Cundinamarca, mediante ordenanza n.º 24 del 28 de noviembre de 1990 *“Por la cual se ordena la participación de unos municipios en la creación de unas asociaciones municipales”*, ordenó, entre otras, la asociación de los municipios de Sabana Norte: Manta, Machetá, Tibirita, Chocontá, Villapinzón, Suesca y Sesquilé. En el artículo 2º del referido acto administrativo, se dispuso que constituirían objetivo de las asociaciones allí creadas, *“(…) impulsar la solidaridad regional entre estos municipios con el fin de integrar unidades con régimen legal propio, en aras de buscar y aunar esfuerzos y recursos para la prestación conjunta de los servicios públicos, obras de desarrollo y fomento a los habitantes de los municipios que se asocien (...)”* y en el artículo 6º, se estableció que tales asociaciones de municipios tendrían en sus estatutos la facultad de captar, administrar e invertir auxilios y transferencias que percibieran, ya fuera del orden nacional, departamental, municipal o privado (f. 2, c. 2).

Cooperativa para el Desarrollo del Gualivá Adcoopgualivá Ltda.³, contrato interadministrativo en cuyas consideraciones se manifestó que i) se celebraba por contratación directa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del Decreto 855 de 1994; ii) que la asociación contaba con la disponibilidad presupuestal necesaria; iii) que las partes estaban de acuerdo con el objeto y la contraprestación del contrato; iv) que la asociación requería la construcción y mantenimiento de la carretera Manta-Madrid-El Bosque del municipio de Manta; v) que el contratista declaraba bajo la gravedad del juramento no estar incurso en causales legales de inhabilidad para contratar y vi) que al contrato se entendían incorporadas todas las normas de la Ley 80 de 1993 obligatorias en los contratos de obra pública. En la cláusula primera, objeto del contrato, se estipuló: *“El presente contrato tiene por objeto ejecutar por parte DEL CONTRATISTA a todo costo, con sus propios medios, autonomía, y en estricta concordancia con los documentos del contrato, a los precios del presupuesto oficial, que forma parte de este contrato, LA CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA CARRETERA MANTA MADRID EL BOSQUE DEL MUNICIPIO DE MANTA CUNDINAMARCA en las siguientes cantidades y precios:*

DESCRIPCIÓN	UNID	CANT	V/UNIT	V/TOTAL
EXCAVACIONES				
a) Secas en tierra	M ³	442	6.050.00	2.674.100.00
CONCRETO 3000				
PSI BASES	M ³	28.74	228.827.52	6.576.502.93
CONCRETO 3000				
PSI ELEVACIONES	M ³	28.85	243.390.72	7.021.822.27
CONCRETO 3000				
PSI VIGAS RIOSTRAS Y PLACA	M ³	19.60	288.024.96	5.645.289.22
HIERRO 60.000 PSI				
4.827.421.70	Kg	5.405	893,14	

³ El gobernador de Cundinamarca, mediante Decreto 03364 del 29 de noviembre de 1995, delegó en la Asociación de Municipios de Sabana Norte la administración de una partida de \$ 40 000 000 del presupuesto general del departamento de la vigencia de 1995, para la construcción y mantenimiento de la carretera Manta-Madrid-El Bosque del municipio de Manta. En el artículo 3° de dicho acto administrativo, se dispuso que *“Sin perjuicio de la supervisión que debe hacer la Secretaría de Obras Públicas, respecto a la presente delegación, la ASOCIACIÓN DE MUNICIPIOS DE SABANA NORTE hará la interventoría de la obra o la contratará según el caso, conforme lo dispone el inciso 2, numeral 1) del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 de la cual rendirá informe a la misma Secretaría (...)”*, f. 78, c. 1.

HIERRO 37.000 PSI 591.147.85	Kg	665.28	888.57
DRENES 0 3”	UN	4	10.224.02 40.896.08
RECEBO	M³	168	21.700.00 3.645.600.00
	COSTO DIRECTO		31.022.780.05
	A.I.U		8.174.910.34
	VALOR TOTAL		39.197.690.39

8.3. El 18 de marzo de 1996, el director de la Asociación de Municipios de Sabana Norte y la representante legal de Adcoopgualivá Ltda., suscribieron el acta de iniciación del convenio interadministrativo 025/96 celebrado entre las partes, el cual tenía un plazo de ejecución de 5 meses (f. 86 y 90, c. 2).

8.4. El 22 de abril de 1996, el director ejecutivo de la Asociación de Municipios de Sabana Norte, la representante legal de Adcoopgualivá Ltda. “(...) como contratista de la construcción y mantenimiento de la carretera Manta-Madrid-El Bosque del municipio de Manta Cundinamarca según el Convenio No. 025 de 1996” y el interventor de la secretaría de obras públicas de Cundinamarca, suscribieron un acta de suspensión de trabajos por 60 días a partir de esta fecha, en razón de que “(...) en la actualidad en la vía objeto de la obra antes mencionada se están construyendo un puente y varios Box-Coulverts que impiden el paso de los materiales para ejecutar las obras objeto del convenio” y se estableció que el contratista debía reiniciar los trabajos el 22 de junio de 1996, fijándose como nueva fecha de entrega y/o terminación de los trabajos el día 15 de octubre del mismo año (f. 30 y 91, c. 2).

8.5. El 11 de junio de 1996, el director ejecutivo de la Asociación de Municipios de Sabana Norte, la representante legal de Adcoopgualivá Ltda. y el interventor del Convenio 025 de 1996, suscribieron *acta de común acuerdo* en la que se registró que era para (f. 92, c. 2):

(...) dejar constancia por medio de la presente acta del común acuerdo entre las partes de la construcción de obras no pactadas originalmente. El mantenimiento y construcción hasta la vereda El Bosque, urgido por la comunidad, solicita la construcción de MUROS DE CONTENCIÓN, FILTROS EN PIEDRA PROTEGIDOS CON GEOTEXTIL ACARREO DE MATERIALES A LOMO DE MULA Y LA CONSTRUCCIÓN DE (2) DOS BOX COULVERTS, uno para reemplazar alcantarilla destruida y otro sobre la quebrada El Raizal, este último proyectado por la S.O.P. de Cundinamarca. Las nuevas cantidades de obra son:

No.	Items	Unid	Cant	V/unit	V/total
1	Concreto ciclópeo	M ³	24.93	150.919.90	3.762.433.11
2	Concreto simple 3000 psi	M ³	43.95	288.024.96	12.658.696.99
3	Filtros en piedra Protegidos geotextil	M ³	48	49.850.09	2.392.804.32
4.	Sobreacarreo en Mula	M ³	68.88	23.743.00	1.635.417.84

Por lo cual se deja constancia por medio de la presente acta de la necesaria modificación de la obra CONVENIO INTERINSTITUCIONAL No. 025/96 entre la Asociación de Municipios de Sabana Norte y Adcoopgualivá Ltda”.

8.6. El 21 de enero de 1997, el interventor del convenio interinstitucional 025 de 1996, le remite al director ejecutivo de la Asociación de Municipios de Sabana Norte un resumen de la obra ejecutada según el convenio 026 de 1996, en el cual manifiesta que debido al fuerte invierno, se presentó un desplazamiento de la banca que comunicó a la región, razón por la cual se construyeron dos muros y se ordenó parcheo con recebo agregado pétreo; cuando se inició la construcción del box coulvert, hizo un balance de obra y se presentaba “(...) un sobregiro en cuanto a la ejecución” del mismo, por lo cual ordenó parar la obra, para cuya terminación estimó que se requerían aproximadamente \$ 25 000 000⁴ (f. 37, c. 2).

8.7. El 5 de febrero de 1997, las partes del convenio 025 de 1996: Asociación de Municipios de Sabana Norte y Adcoopgualivá Ltda., el contratista de esta última, ingeniero José Manuel Barrero y el interventor, suscribieron *acta de compromiso y reiniciación de obra* en la que se dejó constancia de que se reiniciarían los trabajos el 10 de febrero de 1997 para la terminación del box coulvert sobre la quebrada El Raizal y que una vez finalizada, se haría un inventario de las obras ejecutadas, que se liquidaría incluyendo cantidades de obra ejecutadas y las obras adicionales hasta copar la cuantía del contrato original y que se haría un acta de mayores y menores cantidades de obra en calidad de constancia (f. 38, c. 2).

8.8. El 28 de febrero de 1996, Adcoopgualivá Ltda. celebró con el señor José Manuel Barrero Parra, dos contratos de obra pública (fotocopia autenticada de documento público, f. 20 a 25, c. 2):

⁴ En esta comunicación el interventor anuncia que se anexan fotocopias del acta de recibo de obra, acta de liquidación final y acta de mayores y menores cantidades, pero las mismas no aparecen adjuntas.

8.8.1. Contrato de obra 025A-96, del cual se resaltan las siguientes estipulaciones:

8.8.1.1. Cláusula Primera, objeto: *“En desarrollo del presente contrato, EL CONTRATISTA se compromete con el CONTRATANTE a realizar a todo costo la CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA CARRETERA MANTA-MADRID-EL BOSQUE DEL MUNICIPIO DE MANTA CUNDINAMARCA con las cantidades y precios:*

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	UNID	CANT	V/UNIT	V/TOTAL
1	EXCAVACIONES SECAS EN TIERRA	M ³	442	5.868.50	2.593.877.00
2	CONCRETO 3000 PSI BASES	M ³	28.74	221.962.70	6.379.207.84
3	CONCRETO 3000 PSI ELEVACIONES	M ³	28.85	236.089.00	6.811.167.60
4.	CONCRETO 3000 PSI VIGAS RIOSTRAS Y PLACAS	M ³	19.60	279.384.22	5.475.930.54
					21.260.182.98
				A.I.U	5.602.058.21
				TOTAL	26.862.241.20

8.8.1.2. Cláusulas segunda, tercera, cuarta y quinta: valor del contrato, forma de pago, giros y anticipo: Se pactó un valor de \$ 26 862 241,20, de los cuales se entregaría a título de anticipo, una vez perfeccionado el contrato, el equivalente al 50% y el resto mediante actas de recibo de obra que se pagarían conforme al avance y previa autorización del interventor. Los giros correspondientes al anticipo, pagos parciales o liquidación final del contrato, siempre se harían con posterioridad al recibido de la obra y al giro de los recursos por parte de la Asociación de Municipios Sabana Norte o Las Almeydas de Cundinamarca.

8.8.1.3. Cláusula séptima: El plazo para terminar los trabajos se fijó en 5 meses, contados a partir del giro del anticipo.

8.8.1.4. Se pactaron cláusulas de garantías (sexta), caducidad del contrato (novena), terminación, modificación e interpretación unilateral (décima), multas

(décima primera) y penal pecuniaria (décima segunda) y se expresó que el contrato se regía por las normas de la Ley 80 de 1993 (décima séptima).

8.8.2. Contrato de obra 025B-96, del cual se resaltan las siguientes estipulaciones:

8.8.2.1. Cláusula primera, objeto: *“En desarrollo del presente contrato, EL CONTRATISTA se compromete con el CONTRATANTE a realizar a todo costo la CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA CARRETERA MANTA-MADRID-EL BOSQUE DEL MUNICIPIO DE MANTA CUNDINAMARCA con las cantidades y precios:*

ÍTEM DESCRIPCIÓN	UNID	CANT	V/UNIT	V/TOTAL
1 HIERRO PSI 60000	KG	5.405.00	866.35	4.682.599.04
2 HIERRO PSI 37000	KG	665.28	861.91	573.413.41
3 DRENES 03”	UN	4	9.917.30	39.669.20
4 RECEBO	M ³	168	21.049.00	3.536.232.00
				8.831.913.65
			A.I.U	2.327.209.24
			TOTAL	11.159.122.9

8.8.2.2. El valor del contrato se pactó en la suma de \$ 11 159 122,90 (cláusula segunda), que se pagaría mediante la entrega de un anticipo del 50% del valor total y el saldo mediante actas de recibo de obra según el avance de las mismas y previa autorización del interventor, dependiendo los pagos de anticipo, actas parciales y liquidación final del contrato de que se haya recibido la obra y de los giros que efectuara la Asociación de Municipios Sabana Norte o Las Almeydas de Cundinamarca (cláusulas segunda, tercera, cuarta y quinta). También se pactaron cláusulas de garantías (sexta), caducidad del contrato (novena), terminación, modificación e interpretación unilateral (décima), multas (décima primera) y penal pecuniaria (décima segunda) y se expresó la sujeción del negocio jurídico a las normas de la Ley 80 de 1993 (décima séptima), en forma idéntica a como constan en el anterior contrato.

8.9. El 15 de abril de 1996, se suscribió acta de iniciación del “contrato ADM SOP-25-96” entre el interventor y el contratista, José Manuel Barrero Parra, en la que se

registró que la fecha de terminación era el día 15 de septiembre de 1996 (f. 29, c. 2).

8.10. El 8 de mayo de 1997, Adcoopgualivá Ltda. recibió una cuenta de cobro presentada por José Manuel Barrero Parra, por valor de \$ 19 597 097,34, por concepto de “*Obras ejecutadas en la construcción y mantenimiento de la carretera MANTA-MADRID-EL BOSQUE del municipio de Manta Cundinamarca según convenio 025/96*” (f. 73, c. 2).

III. El problema jurídico

9. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación, deberá la Sala establecer i) si todas las entidades demandadas se encuentran legitimadas en la causa por pasiva, ii) si son válidos los contratos que dieron origen a la presente controversia y iii) las consecuencias de que lo sean o no.

IV. Análisis de la Sala

La legitimación en la causa

10. Como es bien sabido, la legitimación en la causa constituye un presupuesto de la sentencia de fondo, favorable a las pretensiones de la demanda o a las excepciones de la demandada y que desde el punto de vista material⁵, implica haber sido partícipe de la situación de hecho que suscita la controversia. Como lo ha reiterado la Sala, la *legitimatío ad causam* por activa y por pasiva consiste en la “(...) *posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas. Es decir, tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley*

⁵ La jurisprudencia del Consejo de Estado ha distinguido entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, estableciendo que la primera “(...) *se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente 13503, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, en la cual se reitera lo expuesto en sentencia del 15 de junio de 2000, expediente 10 171, C.P. María Elena Giraldo Gómez y sentencia del 28 de abril de 2005, expediente 14178, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquélla exista”^{6,7}

11. En relación con la acción relativa a controversias contractuales en virtud de la cual se presentó la demanda en el *sub-lite*, la ley establece que están legitimadas para incoarla las partes del contrato; excepcionalmente, la podrán ejercer el Ministerio Público y cualquier persona que acredite un interés directo en el negocio jurídico, cuando la pretensión sea la declaratoria de nulidad absoluta del mismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo que la consagra⁸.

12. En el presente caso y de acuerdo con los hechos debidamente probados, se observa que respecto de unas mismas obras, existieron en realidad tres contratos:

12.1. En primer lugar, se encuentra el “*convenio interadministrativo*” n.º 025 de 1996, celebrado entre la Asociación de Municipios de Sabana Norte y Adcoopgualivá Ltda., por medio del cual esta última se comprometió con aquella a ejecutar, con sus propios medios y autonomía, la construcción y mantenimiento de una carretera veredal –*Manta-Madrid-El Bosque, del municipio de Manta, Departamento de Cundinamarca*-, por un valor específico -*\$ 39.197.690.39*- y en un determinado plazo -*5 meses*-.

12.2. En segundo lugar, está el contrato de obra pública 025 A-96, celebrado por Adcoopgualivá Ltda. el 26 de febrero de 1996 con el señor José Manuel Barrero Parra.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, expediente 16271, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de diciembre de 2011, expediente 21808, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁸ El artículo 87, modificado por el art. 17 del Decreto 2304 de 1989, norma vigente para la fecha de presentación de la demanda –es decir con anterioridad a las modificaciones introducidas por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998-, establecía: “*Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones. // Los causahabientes de los contratistas también podrán promover las controversias contractuales. // El Ministerio Público o el tercero que acredite un interés directo en el contrato está facultado para solicitar también su nulidad absoluta. El juez administrativo podrá declarar de oficio la nulidad absoluta cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes*”.

12.3. Y en tercer lugar, el contrato de obra pública 025 B-96, celebrado por Adcoopgualivá Ltda. el 26 de febrero de 1996 con el señor José Manuel Barrero Parra.

Legitimación en la causa por activa

13. En la demanda, el actor solicitó en la primera de las pretensiones, que se declarara la existencia del convenio interadministrativo celebrado entre la Asociación de Municipios de Sabana Norte y Adcoopgualivá Ltda., pero resulta que el señor José Manuel Barrero no es parte de esta relación contractual, razón por la cual no se encuentra legitimado para elevar dicha petición y por lo tanto, sólo procede el estudio de aquellas que versan sobre los contratos que él efectivamente suscribió como contratista, con una de las mencionadas entidades.

Legitimación en la causa por pasiva

14. Cuando se trata de las controversias que se ventilan ante la jurisdicción contencioso administrativa, se debe tener en cuenta la organización administrativa estatal, que implica la existencia de distintas personas jurídicas de derecho público titulares de derechos y obligaciones, para discernir cuál de ellas es la que se encuentra legitimada en la causa y por lo tanto está llamada a ocupar la posición de demandada dentro del respectivo proceso. Así lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala, al manifestar que:

30. El Estado, si bien es unitario (art. 1º de la Constitución Política), pues sólo posee un centro de impulsión política y gubernamental, actúa bajo un esquema de centralización política y descentralización administrativa y para el ejercicio de sus poderes y funciones acude a diferentes figuras de reparto de competencias. Así, en primer lugar, el poder público se divide en las diferentes ramas, ejecutiva, legislativa y judicial, junto a los órganos de control y a la organización electoral y en segundo lugar, se hallan los mecanismos de descentralización, desconcentración y delegación de funciones en el ejercicio de la función administrativa (art. 209, ibídem), que implican la existencia de múltiples entidades públicas con mayor o menor grado de autonomía e independencia.

31. Específicamente, la descentralización, territorial o por servicios, conduce a la creación de personas jurídicas de derecho público, diferentes al mismo Estado o nación con el fin de atribuirles competencias o funciones administrativas para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad, como es el caso de los

*departamentos, distritos, municipios, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta, etc., entidades todas que poseen personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, patrimonio y autoridades propios, y que por lo tanto, como personas, son sujetos con la capacidad de ejercer derechos y adquirir obligaciones*⁹.

32. En razón de esta configuración administrativa estatal, cuando se pretenda obtener el control judicial de la legalidad de las actuaciones, o deducir la responsabilidad patrimonial por los hechos u omisiones, o la responsabilidad contractual, etc., de la administración pública, la demanda por medio de la cual se ponga en funcionamiento el aparato judicial para obtener la respectiva sentencia, debe dirigirse en contra de aquella entidad, persona jurídica de derecho público que, en virtud de su posición en la relación jurídica sustancial que da lugar a la reclamación judicial, sería la llamada a responder frente a las pretensiones de la demanda.

15. De acuerdo con lo anterior, para la Sala resulta evidente que ni el departamento de Cundinamarca ni la Asociación de Municipios de Sabana Norte, se encuentran legitimados por pasiva en el *sub-lite*, toda vez que ninguna de las dos entidades suscribió los contratos de obra pública 025 A-96 y 025 B-96, celebrados entre Adcoopgualivá y el señor José Manuel Barrero Parra, es decir que no son parte de estos negocios jurídicos y no adquirieron derechos ni contrajeron obligaciones en virtud de los mismos.

16. Las pretensiones contenidas en la demanda, tienen su origen en los referidos contratos y apuntan a obtener la declaratoria de incumplimiento contractual y la condena de la demandada al pago del valor de la mayor cantidad de obra realizada por el contratista en la ejecución de dichos negocios jurídicos—pretensiones 3 y 4-, pretensiones que sólo pueden ser reclamadas de quien actuó como contratante en el acuerdo de voluntades.

17. Para la Sala es claro que ni el departamento de Cundinamarca ni la Asociación de Municipios de Sabana Norte eran las entidades que le pagaban al contratista que ahora reclama judicialmente una indemnización de perjuicios en virtud de un supuesto incumplimiento contractual y la relación de estas entidades con Adcoopgualivá Ltda., es autónoma con respecto al contrato de obra objeto del presente proceso, en el cual la referida cooperativa es la única responsable de los

⁹ [5] “El artículo 73 del Código Civil establece que las personas se dividen en naturales y jurídicas y el artículo 633 *ibidem* dispone que “Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente (...)”.

eventuales incumplimientos contractuales en los que pudiere haber incurrido frente a su contratista, José Manuel Barrero, independientemente de que esta relación contractual se haya producido en virtud de un convenio previamente celebrado entre la entidad contratante y otra entidad, la Asociación de Municipios de Sabana Norte. En un caso similar, dijo el Consejo de Estado:

La Sala considera que les asiste la razón al INURBE y a La Previsora, porque, efectivamente, ésta no fue parte del contrato objeto de cuestión, y ni siquiera del convenio interadministrativo que suscribieron el Fondo Nacional de Calamidades y el Departamento de Caldas, para construir las 56 viviendas en el municipio de Marmato-Caldas, porque su única función fue la de administrar los recursos de dicho Fondo, así que su actuación se realizó en nombre de éste, y el ordenador del gasto era el Director Nacional para la Prevención y Atención de Desastres. En estos términos, la Fiduciaria actuó como mandataria, y se sabe que en estos casos sus actos no la comprometen, sino que se radican en cabeza del mandante, razón por la que resulta impensable que sea parte de este proceso contractual para responder eventualmente o para resultar afectada con la decisión.

De otro lado, el INURBE también debe ser desvinculado de la calidad de litisconsorte necesario, porque si bien celebró un convenio interadministrativo con la fiduciaria La Previsora –ésta, se insiste, en representación del Fondo Nacional de Calamidades-, cuyo objeto era la atención de una calamidad en el municipio de Marmato, declarado como zona de riesgo, e invirtió 870 millones de pesos para reubicar las viviendas, es claro que no le pagaba al contratista que ahora reclama la indemnización. Su relación contractual existió con el Fondo Nacional de Calamidades, y por eso es autónoma con respecto al contrato de obra objeto de este proceso, frente al cual el departamento es el único responsable de los eventuales incumplimientos de su contrato, además de que tampoco expidió los actos administrativos demandados.

En estos términos, ni la Fiduciaria ni el INURBE son imprescindibles para dictar sentencia de fondo, en razón a que el vínculo contractual de ellos es autónomo e independiente del contrato de obra -aunque vinculado en cuanto al proyecto de construcción-¹⁰. En este sentido, que

¹⁰ [11] “Art. 83. LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de ésta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado. // “En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante el término para comparecer los citados. // “Si alguno de los citados solicitare pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas; si las decretare, concederá para practicarlas un término que no podrá exceder del previsto para el proceso, o señalará día y hora para audiencia, según el caso. // “Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá

el Departamento haya incumplido al constructor los pagos o no, que le haya variado o no las especificaciones técnicas de la obra –incluso motivado por el INURBE o no-, o que se haya presentado una mayor permanencia en la obra o no, es un asunto por el que sólo puede responder ante el constructor quien lo contrató.

Ahora, el hecho de que todos los recursos del contrato, o parte de ellos, provengan de un tercero –como el INURBE, o el Fondo Nacional de Calamidades o La Previsora- o que incida en las determinaciones técnicas de las obras, no significa que un conflicto contractual que se produzca entre el contratante y el contratista de obra exija la vinculación al proceso de ese tercero, porque no cabe duda que son las partes del contrato quienes deben responder por los compromisos que asumen.

Ahora, el hecho de que el tercero incida sobre uno de los sujetos del contrato de obra no lo convierte en parte del negocio, y ni siquiera surge la responsabilidad directa sobre el otro sujeto del negocio jurídico; a lo sumo genera una responsabilidad secundaria entre la parte afectada con el comportamiento del tercero y el tercero, quienes deberán iniciar otro proceso judicial –salvo la posibilidad de repetición, si concurren las condiciones que la ley establece- para determinar el alcance de la responsabilidad que nace entre ellos, pero de ninguna manera es posible pretender una indemnización frente al contratista de la obra¹¹.

18. En consecuencia, las actuaciones que se hubieran adelantado por las partes del negocio jurídico celebrado entre la Asociación de Municipios de Sabana Norte y Adcoopgualivá Ltda. y los acuerdos que hayan suscrito –tales como actas de suspensión, prórrogas, reiniciación, liquidaciones, etc.-, jurídicamente son ajenos a la relación contractual que motivó la presente controversia, puesto que el demandante no tenía vínculo obligacional alguno con la mencionada asociación y sus derechos y obligaciones se derivaron directamente del contrato que celebró con Adcoopgualivá Ltda., que es el que le da fundamento al ejercicio de la acción contractual incoada en el *sub-lite*, razón por la cual, se declarará la falta de legitimación en la causa tanto del departamento de Cundinamarca como de la mencionada asociación de municipios.

El fraccionamiento de los contratos

19. Los contratos de obra n.º 025 A/96 y 025 B/96, fueron celebrados con el señor José Manuel Barrero Parra en 1996 por una entidad pública –ver párrafo 8.1-,

pedirse su citación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio, efectuada la cual, quedará vinculado al proceso.”

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de enero de 2013, expediente 23519, C.P. Enrique Gil Botero.

razón por la cual se trata de contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993, cuyo artículo 2º, literal a) establece que para los efectos de esta ley se denominan entidades estatales, entre otras, las “(...) entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles”. En el párrafo de dicho artículo también se dispuso, específicamente, que “Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades”.

20. La Ley 80 de 1993, consagró en su artículo 24 el principio de transparencia en materia de contratación estatal. En desarrollo del mismo, dispuso que para la selección de los contratistas, la regla general es el adelantamiento de la licitación pública y sólo excepcionalmente, en los casos taxativamente previstos en la norma, procedería la contratación directa¹². Esta disposición legal obedece a la

¹² El artículo 24 vigente para la época de celebración de los contratos objeto de la presente litis – posteriormente fue modificado por el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007-, establecía: “1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: // a) Menor cuantía para la contratación. <Corregido por el artículo 1o. del Decreto 62 de 1996. El texto corregido es el siguiente:> Para efectos de la contratación pública se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos legales mensuales: // Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1'200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales; // Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1'000.000 e inferior a 1'200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 800 salarios mínimos legales mensuales; // Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 500.000 e inferior a 1'000.000 de salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 600 salarios mínimos legales mensuales; // Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 250.000 e inferior a 500.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 400 salarios mínimos legales mensuales; // Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 e inferior a 250.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 300 salarios mínimos legales mensuales; // Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 12.000 e inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 250 salarios mínimos legales mensuales; // Las que tengan un presupuesto anual inferior a 12.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 125 salarios mínimos legales mensuales. // b) Empréstitos. // c) Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro. // d) Para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas. // e) Arrendamiento o adquisición de inmuebles. // f) Urgencia manifiesta. // g) Declaratoria de desierta de la licitación o concurso. // h) Cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación. // i) Bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional. // j) Cuando no exista pluralidad de oferentes. // k) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas. // l) Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios. // m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley (...)”.

consideración que siempre se ha tenido por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, en relación con la mayor posibilidad de obtener una selección objetiva a partir del trámite de un proceso formal de selección como lo es la licitación pública, que se realiza con fundamento en unas reglas claras y completas previamente establecidas y en la que se garantizan los principios de igualdad, transparencia, economía y de libre concurrencia, al permitir que todas aquellas personas que reúnan los requisitos mínimos exigidos por la entidad para participar en el procedimiento, puedan hacerlo presentando sus ofertas para optar por la adjudicación del contrato estatal, las cuales deberán ser evaluadas de la misma manera, con fundamento en los factores de calificación y ponderación establecidos en el respectivo pliego de condiciones, a partir de los cuales se podrá determinar cuál es la oferta más favorable para la administración y para los fines que ella busca. Sobre la importancia de la licitación pública, ha dicho la Sala:

37. De acuerdo con las normas que se dejan expuestas, el legislador quiso, en primer lugar, que la escogencia de las personas con las cuales la Administración Pública celebrara sus contratos se hiciera de manera preferente a través de la licitación pública¹³, lo cual guarda su lógica si se tiene en cuenta la naturaleza de este procedimiento de selección, que brinda la posibilidad de que, dentro de un ámbito de libre concurrencia, en el que se admite la sana competencia entre oferentes en igualdad de condiciones y se garantizan la publicidad y la transparencia del procedimiento así como la objetividad de la selección, se pueda escoger la propuesta que, cumpliendo los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, resulte ser la más favorable para la Administración, por ser la que más se ajusta a la necesidad que se aspira a satisfacer a través del objeto contractual de que se trate, en las mejores condiciones –económicas, técnicas, etc.- para la entidad. Es por ello, el procedimiento de selección de contratistas por excelencia y sólo excepcionalmente se prescinde de él, en los específicos casos en que así lo permite el ordenamiento legal.

38. La licitación pública garantiza la aplicación de principios fundamentales para la contratación de la Administración, tales como i) el principio de libre concurrencia, en virtud del cual se asegura que en el procedimiento de selección del contratista no haya discriminación, a través de la imposición de condiciones restrictivas injustificadas para participar en el procedimiento y además, se facilita la posibilidad de competencia y oposición entre los interesados, lo que redundará en mejores ofertas; ii) el principio de igualdad entre oferentes, lo cual

¹³ [6] “Actualmente, la Ley 1150 de 2007, que reformó la Ley 80 de 1993, también establece la licitación pública como la regla general de selección de los contratistas de la Administración. En el numeral 1° del artículo 2°, dispone que “La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo”, numerales éstos que se refieren a aquellos eventos en los cuales se puede acudir a los otros mecanismos de selección del contratista allí consagrados: contratación directa, selección abreviada y concurso de méritos”.

implica que se les brinde a todos el mismo trato y que no haya discriminación ni preferencias en contra o a favor de alguno de ellos, de tal manera que a lo largo de todo el procedimiento, los oferentes estén en la misma situación, reciban los mismos beneficios y presenten sus ofertas sobre las mismas bases; iii) el principio de publicidad, que se manifiesta desde dos perspectivas: por una parte, facilita el conocimiento del procedimiento que se pretende adelantar por el mayor número de personas interesadas, ampliando así la concurrencia y la competencia, y por otra parte, garantiza que durante el desarrollo de la licitación, no sólo los participantes tengan acceso a toda la información necesaria, sino que el público en general pueda conocer las incidencias del trámite y por lo tanto, ejercer control sobre la legalidad del mismo; y iv) el principio de transparencia, el cual permite verificar la correcta actuación de la Administración en el procedimiento de selección, a través del cual se comprometerán los recursos públicos. Y así mismo, se garantiza, a través de la licitación pública, la selección objetiva del contratista, es decir que la adjudicación recaerá sobre aquella propuesta que, cumpliendo con todos los requisitos exigidos, resulta ser la mejor y la más favorable a la entidad, sin que se tengan en cuenta para su selección, consideraciones subjetivas o caprichosas.

39. La utilización del procedimiento de selección de contratistas depende de lo que en cada caso disponga la ley, que permite en ocasiones otros mecanismos, como el de la contratación directa, pero la conveniencia de la licitación pública como la regla general de selección de los contratistas del Estado ha sido reconocida por la doctrina, para la cual resulta relevante la defensa del principio de concurrencia a través de este mecanismo¹⁴, el cual a su vez garantiza la competencia entre los oferentes, producto de la cual se pueden obtener mejores y más favorables ofertas.¹⁵

21. De acuerdo con lo anterior, cuando una entidad estatal sometida a las normas de la Ley 80 de 1993 va a celebrar un contrato, debe verificar en primer lugar, cuál es el procedimiento de selección que se debe adelantar para la escogencia de su contratista y si no se presenta alguno de los eventos en los que excepcionalmente se admite un procedimiento diferente, necesariamente deberá adelantar la licitación pública para ello.

22. No obstante, como lo ha reconocido la Sala, en ocasiones “se recurre a subterfugios y artimañas tendientes a evadir su aplicación y a facilitar la selección dirigida del contratista, para favorecer intereses particulares ajenos y alejados de

¹⁴ [7] “MARIENHOFF, por ejemplo, afirma que “(...) el rasgo típico de la licitación ‘pública’ es la posibilidad de que concurra a ella un número ilimitado de oferentes o licitadores, en tanto éstos se hallen encuadrados en las disposiciones normativas vigentes”. ” “Tratado de Derecho Administrativo”, T. III- A Contratos Administrativos Teoría General. 3ª ed., actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pg. 181”.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2011, expediente 17758, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

las razones de buen servicio que deben informar toda la actividad contractual de las entidades estatales, con el consiguiente detrimento patrimonial que de allí se deriva para los recursos públicos”¹⁶; es decir que hay eventos en los cuales, debiéndose tramitar una licitación pública, la administración se abstiene de hacerlo, para lo cual implementa diversas soluciones, una de las cuales es el llamado fraccionamiento de los contratos, el cual consiste en la celebración, entre las mismas partes y en un corto lapso, de dos o más contratos con el mismo objeto, cuyo valor de manera independiente no exige el procedimiento licitatorio, pero cuya sumatoria indudablemente lo torna obligatorio.

23. Esta figura fue considerada por el legislador en los anteriores estatutos de contratación estatal. En el Decreto-Ley 150 de 1976¹⁷ y en el Decreto-Ley 222 de 1983, se consagró la prohibición de fraccionar los contratos, que es una de las modalidades más recurridas para evadir el trámite de los procedimientos licitatorios. Este último decreto, en su artículo 56, establecía: *“Queda prohibido fraccionar los contratos cualquiera que sea su cuantía. Hay fraccionamiento cuando se suscribe dos o más contratos, entre las mismas partes, con el mismo objeto, dentro de un término de seis (6) meses. // Lo previsto en el presente artículo no es aplicable a los casos en que exista un único proveedor de bienes o servicios”*.

24. Por su parte, la Ley 80 de 1993 no contiene una disposición que de manera expresa prohíba el fraccionamiento de los contratos como lo hacían los anteriores

¹⁶ *ibídem*

¹⁷ *“ARTICULO 44. DE LA PROHIBICION DE FRACCIONAR LOS CONTRATOS. En ningún caso podrán fraccionarse los contratos. Se considera que hay fraccionamiento cuando se suscriben dos o más contratos entre las mismas partes, dentro de un período de tres meses, con un mismo objeto. // La Contraloría General de la República se abstendrá de autorizar los pagos que se ordenen con violación del presente artículo”*. Sobre esta norma, dijo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: *“Como es obvio, la disposición del art. 44 del decreto 150 busca impedir que mediante el fraccionamiento de los contratos se burlen las disposiciones que establecen para éstos determinados requisitos, cuando su cuantía excede de dos millones de pesos. Hay, pues, fraccionamiento, cuando el contrato para la realización de determinada obra que en conjunto vale más de dos millones de pesos, por ejemplo, se divide en varios contratos que no excedan de dos millones de pesos cada uno, y se adjudican a una misma persona dentro de los tres meses siguientes a cada contratación. En esta forma se burlan las disposiciones que para el caso propuesto exigen determinados requisitos, como, v. gr., la licitación pública. Es muy difícil sentar una norma de interpretación del art. 44 que le cierre la puerta a cualquier intento de defraudación por el sistema del fraccionamiento de los contratos. Hay necesidad de examinar cuidadosamente cada caso para poder formar juicio al respecto, teniendo en cuenta el fin que persigue la disposición y que ya atrás se indicó. Los recursos de la mala fe son inagotables. (...) es necesario tener en cuenta la finalidad de las disposiciones contenidas en el artículo 44 del decreto y examinar detenidamente cada contrato en particular, para deducir de su estudio, en cada caso, si hay realmente fraccionamiento encaminado a violar las normas del decreto, establecidas en defensa de los intereses públicos, o no”*. Concepto del 10 de noviembre de 1976, C.P. Samuel Arango Reyes, consulta formulada por el jefe del Departamento Nacional de Estadística y autorizada su publicación mediante oficio n.º. 13739 de esta entidad. Citada en González Rodríguez, Miguel, *“La Contratación Administrativa en Colombia”*, Librería Jurídicas Wilches, 1ª ed., Bogotá, 1990, p. 225.

estatutos, no obstante lo cual ello no significa que esté permitido este mecanismo de burla a las normas de contratación estatal que imponen como regla general el trámite de la licitación pública para la escogencia de los contratistas y la jurisprudencia de la Corporación así lo ha establecido, al considerar que tal prohibición se encuentra implícita en aquella normatividad, en virtud del principio de transparencia que informa a la contratación estatal y que la misma se deriva concretamente de la prohibición de eludir los procedimientos de selección objetiva de contratistas:

Cuando la contratación directa se realiza burlando el proceso licitatorio a través del fraccionamiento del contrato, es decir, buscando que ninguno de los contratos resultantes de dividir un mismo objeto supere el monto de la cuantía requerida para la licitación, se están desconociendo los principios que inspiran la contratación pública¹⁸. Al respecto, aunque la conducta de fraccionar los contratos no está prohibida expresamente en la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia y la doctrina han sido claras en que la prohibición está implícita si tenemos en cuenta los aspectos esenciales de los principios y reglas que informan el estatuto contractual.

En efecto, se ha considerado que “Si bien dicha figura no aparece dentro del estatuto actual en los mismos términos de los estatutos anteriores, ello obedece a la estructura misma de la ley 80, puesto que se pretendió terminar con la exagerada reglamentación y rigorismo y en cambio se determinaron pautas, reglas y principios, de los que se infiere la prohibición del fraccionamiento, y que se traduce en distintas disposiciones como la regla contenida en el numeral 8º del artículo 24, según la cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al propio tiempo les prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en dicho estatuto”¹⁹.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el fraccionamiento indebido de contratos tiene lugar, “en los eventos en los cuales la administración para eludir el procedimiento de licitación pública, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas. En su demostración, deben confluír las circunstancias siguientes: i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así, ii) determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues solo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública”²⁰.

¹⁸ [9] “Dicho fraccionamiento estaba expresamente prohibido por el artículo 56 del Decreto 222 de 1983”.

¹⁹ [10] “Ibidem; Concepto del 14 de septiembre de 2001; Rad. 1373”.

²⁰ [11] “Corte Suprema de Justicia; Sala de casación penal; Sentencia No. 30933 de mayo 26 de 2010”.

Finalmente, esta Corporación en sentencia del 3 de octubre de 2000²¹, expresó que los principios de la contratación estatal se violan cuando “se celebran directamente varios contratos, cada uno de menor cuantía y todos con el mismo objeto, si sumadas sus cuantías resulta ser que se contrató un objeto único, por cuantía superior, que por lo mismo debió ser materia de licitación o concurso. Y eso es fraccionar lo que, en realidad, constituye un solo contrato, y eludir el cumplimiento de la ley (...) Pero, ¿cuándo se trata de un mismo objeto? (...) La ley no lo dice, pero un objeto es el mismo cuando es naturalmente uno. Dicho en otros términos, se fracciona un contrato cuando se quebranta y se divide la unidad natural de su objeto”.

Por desconocer los principios que inspiran la contratación estatal, el fraccionamiento de contrato impone al juez la obligación de declarar su nulidad absoluta en los términos de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993.²²

25. De conformidad con la relación probatoria que se efectuó –párrafo 8-, consta en el plenario que la Asociación de Municipios de Sabana Norte contrató con Adcoopgualivá Ltda. la construcción y mantenimiento de la carretera veredal *Manta-Madrid-El Bosque, del municipio de Manta, Departamento de Cundinamarca*, mediante la celebración del “*convenio interadministrativo*” n.º 025 de 1996, en el cual se pactó la obligación de la contratista de entregar la obra y su derecho a recibir como contraprestación el valor de \$ 39.197.690.39. Consta así mismo en el cuerpo del contrato, que se celebró en forma directa, pues al ser entre dos entidades estatales, así lo permitía el artículo 7º del Decreto 855 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993 (f. 15, c. 2).

26. A su turno, Adcoopgualivá Ltda., celebró con el demandante los contratos de obra pública 025 A-96 y 025 B-96, el mismo día 28 de febrero de 1996, contratos que son idénticos en cuanto a las partes: Adcoopgualivá Ltda. como contratante y José Manuel Barrero Parra como contratista; el objeto: realizar a todo costo la construcción y mantenimiento de la carretera *Manta-Madrid-El Bosque* del municipio de Manta Cundinamarca; el plazo: 5 meses a partir del giro del anticipo e idénticos términos en cuanto al resto del clausulado, y sólo difieren en i) su valor, puesto que el primero se celebró por \$ 26 862 241,20 y el segundo, por la suma de \$ 11 159 122,90 y ii) en los ítems de obra incluidos en cada uno de los contratos, pues como quedó visto, en el 025 A-96, se pactaron excavaciones

²¹ [12] “Consejo de Estado; Sala Plena de lo contencioso administrativo; C.P. Darío Quiñónez Pinilla; Sentencia del 3 de octubre de 2000; Rad.: AC-10529 y AC-10968”.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 31 de enero de 2011, expediente 17767, C.P. Olga Mérida Valle de De La Hoz.

secas en tierra, concreto 3000 PSI bases, concreto 3000 PSI elevaciones y concreto 3000 PSI vigas riostras y placas, mientras que en el 025 A-96, se incluyeron hierro PSI 60 000, hierro PSI 37 000, drenes 03” y recebo –párrafos 8.8.1.1. y 8.8.2.1-.

27. Se observa que la totalidad de los ítems que hacen parte de los dos anteriores contratos, fue incluida en el objeto del *convenio interadministrativo* celebrado entre la Asociación de Municipios de Sabana Norte y Adcoopgualivá Ltda. –párrafo 8.2-, lo que evidencia que eran supuestamente los necesarios para la ejecución de las obras correspondientes a la construcción y mantenimiento de la carretera Manta-Madrid-El Bosque del municipio de Manta-Cundinamarca.

28. Para la Sala no cabe duda que la actuación adelantada por la entidad estatal Adcoopgualivá Ltda., constituye un claro ejemplo de fraccionamiento, puesto que el mismo día y con la misma persona, celebró dos contratos con idéntico objeto y por montos inferiores al valor total de las obras contratadas, sin que conste en parte alguna que la selección del contratista se hubiere llevado a cabo a través de licitación pública, puesto que no se hace referencia en el escrito de los referidos contratos –como sí se hizo en el convenio interadministrativo para aclarar que fue por contratación directa-, a la forma como aquel fue escogido.

29. La Sala recuerda cómo, inicialmente, cuando se expidió la normatividad atinente a la materia, las cooperativas de entidades territoriales –como la demandada en el *sub-lite*- consideraron que en razón de su misma naturaleza, ellas no se encontraban sujetas a las normas de contratación contenidas en la Ley 80 de 1993, sino exclusivamente a las normas de derecho privado que regulan los contratos en dicho sector cooperativo, lo cual dio lugar a que muchas entidades recurrieran a este medio de contratación como mecanismo para eludir los procedimientos de selección de contratistas, específicamente el de la licitación pública, acudiendo al expediente de la celebración directa de contratos con estas cooperativas de naturaleza pública -amparándose en que, tratándose de dos entidades estatales, así lo autorizaba el literal c) del artículo 24 de la Ley 80-, quienes a su vez procedían a contratar directamente con terceros la adquisición de bienes, obras o servicios que las primeras requerían, sin que por lo tanto el contratista que finalmente ejecutaba la prestación, hubiera sido escogido en un procedimiento reglado que asegurara los principios de la contratación estatal, en

especial los de libre concurrencia, transparencia, igualdad y selección objetiva que se derivan del agotamiento de una licitación pública.

30. El Consejo de Estado, en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, sobre el punto relacionado con el régimen jurídico aplicable a los contratos de esta clase de entidades, manifestó:

Régimen de contratación aplicable.

El Decreto - ley 1482 de 1989, comprende la regulación de las administraciones públicas cooperativas, y en su desarrollo dispone en cuanto al régimen de contratación.

“Art. 43. Los contratos de las administraciones cooperativas tendrán un tratamiento similar al establecido para los contratos de las sociedades de economía mixta, teniendo en cuenta el monto de los aportes individuales provenientes de las entidades públicas asociadas a la misma. Cuando en la administración cooperativa estos aportes conformen el noventa por ciento (90%) o más de la totalidad de los aportes sociales los contratos se someterán a las reglas previstas para los contratos de las empresas industriales o comerciales del Estado de acuerdo con las normas legales vigentes”.

Posteriormente la Ley 80 de 1993 dispuso sobre la misma materia:

“Art. 2º...

3...

Parágrafo

Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades”, (subrayas fuera del texto original).

El régimen de remisión a las sociedades de economía mixta y la consideración del monto de los aportes, para determinar el régimen contractual de las administraciones públicas cooperativas, fue modificado por la aplicación del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública; y por lo tanto, la actividad contractual de dichas entidades públicas cooperativas debe sujetarse a estas disposiciones, previéndose de modo especial la celebración de contratos por cuenta de las administraciones cooperativas en desarrollo de convenios interadministrativos, de tal manera que en este evento, todo contrato de ejecución o complementario de uno celebrado entre una entidad pública y una administración pública cooperativa, debe observar los principios y procedimientos de la Ley 80 de 1993 (arts. 1º y 2º).

Definido por la ley el régimen de contratación de acuerdo con la naturaleza del contratante, a las administraciones cooperativas se les aplica el régimen de las entidades estatales; cualquier consideración sobre la realización de actividades industriales o comerciales tanto de las cooperativas como de los posibles contratistas, carece de relevancia, y no genera efecto alguno sobre la sujeción al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Los contratos que celebren las entidades sujetas a dicho Estatuto, se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente allí reguladas como lo señalado en el artículo 13 sobre aplicación del principio de transparencia, conforme al cual, la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los casos de contratación directa (arts. 24 y 39).

Con fundamento en las anteriores consideraciones.

LA SALA RESPONDE

1. A partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, las administraciones públicas cooperativas deben observar integralmente, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los contratos que celebren.

2. No se aplica el régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto las administraciones públicas cooperativas constituyen una especie de entidades públicas asociativas, las cuales se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993).

3. Los contratos que celebren las administraciones públicas cooperativas con particulares, en desarrollo de convenios o contratos interadministrativos suscritos con sus asociados, vale decir, con las entidades territoriales, están sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el cual dispone que la escogencia del contratista se efectúa a través de licitación o concurso públicos, salvo los casos allí previstos²³.

31. A su turno, la Corte Constitucional, al resolver una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, en cuanto incluía a las cooperativas de entidades territoriales dentro de las que consideró como entidades estatales para los efectos de su aplicación, sostuvo que esta inclusión no contrariaba la Constitución Política, sino todo lo contrario, conducía a la efectividad de los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad

²³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 26 de julio de 1996, radicación n.º 849, C.P. Luis Camilo Osorio Isaza.

en la contratación pública, los cuales, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 209 de la Carta, junto a los de eficacia, economía y celeridad, deben fundamentar el desarrollo de la función administrativa, concluyendo que la norma en cuestión constituye (...) *cabal desarrollo de los preceptos de la Carta Política, en cuanto, además, somete a un régimen de derecho público la contratación de estas entidades, con lo cual propende por la eficaz protección de los recursos públicos con los que ésta se efectúa*".²⁴

32. Posteriormente y para aclarar las dudas que pudieran existir al respecto, el Decreto 2170 de 2002 –derogado por **el artículo 83 del Decreto 66 de 2008, salvo los artículos 6, 9 y 24-**, reglamentario de la Ley 80 de 1993, dispuso en su artículo 14²⁵:

De los contratos interadministrativos con cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales. De conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, los contratos que se celebren en desarrollo de los convenios interadministrativos estarán sujetos a dicha ley.

La selección de estas entidades se hará conforme a las siguientes reglas:

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

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

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-040 del 26 de enero de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

²⁵ Esta norma fue modificada por el artículo 1° del Decreto 4375 de 2006, en los siguientes términos: “*De los contratos interadministrativos con cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales. De conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 2o de la Ley 80 de 1993, los contratos que se celebren en desarrollo de los convenios interadministrativos estarán sujetos a dicha ley. // La selección de estas entidades se hará conforme a las siguientes reglas: // 1. La entidad demandante del bien, obra o servicio, invitará a presentar ofertas a todas aquellas cooperativas o asociaciones de entidades territoriales que puedan ejecutar el contrato, para adelantar entre ellas un concurso que permita la selección de la oferta más favorable en los términos del artículo 29 de la Ley 80 de 1993. // 2. Las entidades a que se refiere el presente artículo deberán inscribirse en el RUP, en relación con los contratos a que se refiere el artículo 22 de la Ley 80 de 1993 y sólo podrán celebrar contratos respecto de los cuales posean la debida y comprobada experiencia, solidez financiera, capacidad técnica, administrativa y jurídica que les permita ejecutar directamente y sin la necesidad de ningún tercero el correspondiente contrato*”

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

Parágrafo²⁶. Los contratos para la ejecución de actividades, programas o proyectos requeridos por las entidades estatales, podrán ser celebrados en forma directa sin la obtención previa de otras ofertas con las federaciones de municipios y departamentos.

33. Se observa entonces, que el gobierno fue consciente de la necesidad de exigir que aquellas entidades cooperativas o asociaciones de municipios con las que se celebraran contratos interadministrativos por parte de otras entidades, debían acreditar calidades similares a las que se le exigirían a cualquier contratista, tales como estar inscritas en el RUP y contar con los medios jurídicos, económicos, técnicos y de experiencia para la cumplida ejecución del respectivo contrato de manera directa, sin tener que recurrir a la contratación de un tercero para la ejecución del objeto contractual, es decir, para que dejaran de servir de “puente”, entre la entidad necesitada de la obra, bien o servicio y el particular que lo suministraría.

34. A pesar de que esta disposición reglamentaria no es aplicable en el *sub-lite*, por cuanto se profirió con posterioridad a la suscripción de los contratos materia de la controversia, en los cuales, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, se entienden incorporadas las normas vigentes al momento de su celebración, para la Sala, teniendo en cuenta los antecedentes que se dejaron descritos líneas atrás, no cabe duda alguna de que aquellos contratos que celebrara Adcoopgualivá Ltda. en 1996, como los de obra objeto de la presente litis, debían, en todo caso, ajustarse a las previsiones de la Ley 80 de 1993, dentro de las cuales se encuentra aquella que indica la obligatoriedad de la licitación pública para efectos de seleccionar a sus contratistas, salvo en los eventos en los que se configurare alguna de las excepciones expresamente consagradas por la misma ley. En el plenario, no obra prueba de que los contratos celebrados por la mencionada cooperativa en 1996 con el señor José Manuel Barrero, correspondieron a alguna de tales excepciones legales.

²⁶ El parágrafo de esta norma, que permitía la contratación directa a favor de la federación de municipios y departamentos, fue derogada mediante Decreto 866 de 2003.

La nulidad de los contratos de obra pública

35. El artículo 44 de la Ley 80 consagra las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, estableciendo que los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común²⁷ y además, cuando 1) se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, 2) se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal, 3) se celebren con abuso o desviación de poder, 4) se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten y 5) cuando se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 de la misma ley sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la misma.

36. Por su parte, el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, establece que *“[l]as autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley”* y que, *“[i]gualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”*. Con fundamento en esta disposición, la jurisprudencia de la Sección²⁸ ha considerado que aquellos eventos en los cuales se celebran contratos con pretermisión de los procedimientos de selección dispuestos en la ley para la escogencia del contratista, tal y como sucede cuando debiendo adelantarse una licitación pública se contrata directamente sin llevarla a cabo, constituyen eventos de desviación de poder en los términos de la norma transcrita y por ende, violación de normas legales de orden público, como son estas que prohíben el desconocimiento de los procedimientos de selección de contratistas, circunstancia que vicia de nulidad absoluta el negocio jurídico celebrado y da lugar a su declaratoria judicial, aún de oficio, tal y como lo dispone el artículo 45 de la misma ley.

37. Al respecto, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989- establece que el

²⁷ Esta disposición implica incluir dentro de las causales de nulidad de los contratos estatales las referidas por los artículos 6 y 1741 del Código Civil. La primera de estas normas dispone que son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley y la segunda, establece que son nulidades absolutas la producidas por i) objeto o causa ilícita, ii) por la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza y iii) la celebración de actos y contratos por personas absolutamente incapaces.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente 14390, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

juez administrativo podrá declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

38. El artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, establece que “[l]a nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato...”, y que “[c]uando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”²⁹.

39. Ahora bien, mientras el artículo 1741 *ibídem*, establece que constituye nulidad absoluta “[l]a nulidad producida por un objeto o causa ilícita...”, el artículo 1519 dispone que “[h]ay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación”, y de acuerdo con el artículo 16, “[n]o podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”.

40. De otro lado, el artículo 899 del Código de Comercio establece que es nulo absolutamente el negocio jurídico, cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; cuando tenga objeto o causa ilícitos y cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

41. De acuerdo con la anterior normatividad, no queda duda alguna de que en el presente caso, los contratos 025 A-96 y 025 B-96 celebrados entre la Administración Cooperativa para el Desarrollo del Gualivá Adcoopgualivá Ltda. y el señor José Manuel Barrero Parra el día 28 de febrero de 1996 tienen objeto ilícito, puesto que al haber sido celebrados dos contratos de obra pública con la misma persona, el mismo día y con el mismo objeto incurriendo en fraccionamiento del contrato, vulneró las normas imperativas y de orden público relativas a la obligación de agotar tal procedimiento de selección de contratistas, contenidas en la Ley 80 de 1993 y en consecuencia, resulta procedente la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta de tales contratos.

Las restituciones mutuas

²⁹ Al respecto, se observa que el artículo 1º de la Ley 791 de 2002 redujo a 10 años todas las prescripciones veintenarias. Sin embargo, esta norma no resulta aplicable al caso concreto, puesto que los contratos objeto de la controversia fueron suscritos con anterioridad a su vigencia.

42. Al regular lo concerniente a las consecuencias de la declaratoria de nulidad de los contratos, el Código Civil establece en el artículo 1746 que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, aunque aclara que esto es sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita, haciendo referencia al contenido del artículo 1525 *ibídem*, de acuerdo con el cual, no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

43. Es decir que, en principio, cuando se declara la nulidad de un contrato, las cosas deben volver al mismo estado que tenían antes de su celebración, como si éste no hubiera existido y por lo tanto, cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que recibió en virtud del negocio jurídico en cuestión. El estatuto de contratación estatal, Ley 80 de 1993, contiene su propia regulación del tema y es así como el artículo 48, consagra los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta de los contratos estatales, al establecer que “[l]a declaratoria de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria” y así mismo, que “[h]abrá 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”.

44. En el presente caso, el actor afirmó que la demandada, luego de firmada el acta de liquidación le pagó el valor del contrato inicial pero que le quedó debiendo la suma de \$ 26 205 017,24 por concepto del acta de mayores y menores cantidades de obra³⁰ –hecho décimo tercero de la demanda, f. 6, c. 1-, valor respecto del cual consta en el plenario que el contratista presentó la respectiva cuenta de cobro –ver párrafo 2.8-.

45. Al respecto, se observa en primer lugar, que en el proceso quedó debidamente demostrado que las obras de construcción y mantenimiento de la carretera Manta-Madrid-El Bosque del municipio de Manta, para las cuales el departamento de

³⁰ El demandante aportó copia de un acta de declaración extraproceso efectuada por él mismo ante notario, en la que manifestó que terminadas las obras el 8 de mayo de 1997, presentó dos cuentas de cobro: la primera por \$ 19 597 097, para completar el valor del contrato original, que le fue cancelada a satisfacción y otra por \$ 26 205 017, por las obras adicionales, que no le fue recibida por la entidad (f. 40, c. 2).

Cundinamarca destinó una partida presupuestal que giró a favor de la Asociación de Municipios de Sabana Norte, fueron objeto del contrato celebrado por ésta con otra entidad estatal: Adcoopgualivá Ltda. y se probó así mismo, que posteriormente, sin existir justificación alguna de índole económica, financiera, técnica, etc., para esta intermediación en la contratación de las obras, las mismas fueron subcontratadas con el aquí demandante, en una actuación de la administración que para la Sala resulta inadmisibles, puesto que no se entiende cuál fue la necesidad de contratar en primer lugar a la cooperativa para que fuera ésta la que procediera a subcontratar con un particular, cuando la Asociación de Municipios, contando con la competencia legal necesaria, ha debido hacerlo ella directamente y sin recurrir a intermediaciones que dilatan el procedimiento y atentan contra el principio de economía, que informa a la contratación estatal (art. 25, Ley 80 de 1993), contra el principio de eficacia, que se pregona de toda actuación administrativa (art. 3º, C.C.A) y, como se comprobó en el presente caso, contra el principio de transparencia (Art. 24, Ley 80 de 1993) y el deber de selección objetiva (art. 29, Ley 80 de 1993), que deben informar la labor de escogencia de los contratistas de la administración pública. Esta actuación, lo único que hace es evidenciar aún más la irregularidad de la negociación – contratos 025 A y 025 B de 1996- cuya nulidad se declarará en la parte resolutive de la presente providencia.

46. Aparte de lo anterior, se advierte que en el contrato interadministrativo se pactaron unos ítems y cantidades de obra que correspondían a la construcción y mantenimiento de la referida carretera, –párrafo 8.2- que fueron repartidos entre los dos contratos celebrados con el demandante –párrafos 8.8.1.1 y 8.8.2.1-, cuya nulidad absoluta será declarada en la presente providencia, pero también se probó en el plenario que el objeto del convenio interadministrativo fue modificado para incluir la ejecución de nuevos ítems –párrafo 8.5-, y puesto que las obras fueron subcontratadas para que finalmente las ejecutara el ingeniero José Manuel Barrero, se entiende que fue éste quien realizó las nuevas obras. Así consta en el *acta de compromiso y reiniciación de obra* del 5 de febrero de 1997 –párrafo 2.7-, suscrita por el demandante, en la que se comprometió a terminar el box colvert sobre la quebrada El Raizal, luego de lo cual se haría inventario de las obras ejecutadas por el contratista y se liquidaría, como allí se consignó, “(...) *incluyendo cantidades de obra ejecutadas para este y las obras adicionales hasta copar la*

cuantía del contrato original (...)” y que se haría un acta de mayores y menores cantidades de obra en calidad de constancia³¹.

47. El ingeniero que ejerció como interventor de las obras por designación del departamento de Cundinamarca, declaró en el proceso y manifestó que inicialmente, la meta de la obra era la construcción de un puente y material de afirmado a lo largo de la vía pero que al llegar a localizar los trabajos de construcción del puente, encontraron que el mismo ya estaba construido, por lo que se suscribió el acta modificatoria para la construcción de un box coulvert, se ejecutó el afirmado en los puntos más críticos de la vía y se construyeron dos muros de contención en concreto reforzado, pero se acabaron los recursos cuando se estaba construyendo el box coulvert, razón por la cual se suspendieron los trabajos; afirmó el declarante que no hubo modificaciones al objeto del contrato, que era el mantenimiento y construcción de la carretera Manta-Madrid-El Bosque, y que lo que hubo fue una *“(...) modificación en las cantidades de obra porque inicialmente se consideraba la construcción de un puente, dicho puente ya estaba construido y se necesitaba la construcción del boxcoulvert (sic) sobre la quebrada El raizal ítems no considerados ni pactados en la etapa inicial, razón por la cual se elaboró y legalizó por las partes ing. Manuel Barrero, Cooperativa, Asociación y yo, la respectiva acta de modificación (...) se incluyeron las cantidades para concreto de tres mil PSI para boxcoulvert, EL CONCRETO CICLÓPEO, el acarreo en mula y filtros en piedra (...) obras que él ejecutó y que fueron recibidas y aceptadas tanto por la cooperativa como por la asociación y por parte mía, acta que se encuentra firmada por las partes”* (f. 103, c. 2).

48. En el proceso también obra un acta de mayores y menores cantidades de obra y acta de común acuerdo suscrita el 19 de abril de 1997 por el director ejecutivo de la Asociación de Municipios de Sabana Norte, la representante legal de Adcoopgualivá y el interventor de las obras, en la que se registró (f. 110, c. 1):

Valor inicial acta común acuerdo	20 449 352,26
Valor ejecutado	23 786 963 56
Más (Menor cantidad de obra)	3 959 660,10

³¹ Este compromiso se adquirió luego de que, según consta en el expediente, se había suscrito el acta del 10 de diciembre de 1996, de liquidación final del convenio 026/96 celebrado entre la Asociación de Municipios de Sabana Norte y Acoopgualivá Ltda., firmada también por el ingeniero José Manuel Barrero. En dicha acta, consta que se ejecutó la obra pactada en el convenio, por valor de \$ 39 190 078,78 (f. 99, c. 1).

Menos (Mayor cantidad de obra) (7 297 271,40)

SUMAS IGUALES 20 449 352,26 20 449 352,26

49. Por otra parte, también consta que Adcoopgualivá Ltda., citó a la Asociación de Municipios de Sabana Norte o Los Almeydas a una audiencia de conciliación prejudicial, en la cual le reclamó el pago de “(...) *las mayores cantidades de obra que se ejecutaron dentro del contrato interadministrativo 025 de 1996 (...). La pretensión se encamina a obtener el reconocimiento de la suma de \$ 26.205.017,24*”, audiencia que fracasó por no existir ánimo conciliatorio (f. 113, c. 1).

50. De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que las obras fueron recibidas por la entidad Adcoopgualivá de manos del subcontratista, ingeniero José Manuel Barrero Parra y que según el acta de mayores y menores cantidades de obra suscrita por la entidad demandada ésta admitió la ejecución de obras adicionales a las pactadas originalmente por valor de \$ 20 449 352,26, resulta procedente, tal y como lo establece la ley, el 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.

51. El monto del beneficio al que alude a la norma, corresponde al costo directo de las obras ejecutadas, no pagadas y sí recibidas por la administración. En el presente caso, no consta cuál fue el porcentaje de utilidad que previó obtener el demandante a partir de la ejecución de los contratos 025 A y 025 B. No obstante, se observa que en el primero de ellos, se pactó un valor del contrato de \$ 26 862 241,20, de los cuales, la suma de \$ 5 602 058,21 correspondió al A.I.U del contrato. Por su parte, en el contrato 025 B, se celebró por un valor de \$ 11 159 122,90, del cual la suma de \$ 2 327 209,24, corresponde al A.I.U del contrato (f. 20 y 23, c. 2).

52. Con base en las anteriores cantidades, se deduce que el porcentaje de A.I.U pactado en los contratos, fue del 20,85% de los costos directos y a su vez, al no estar discriminado el mismo, la utilidad corresponderá a la tercera parte de este porcentaje, es decir, al 6,95%. Aplicado este porcentaje al valor de las obras extras ejecutadas por el ingeniero José Manuel Barrero, se obtiene como costo

directo de las mismas, la suma de \$ 19 028 122,28, que será debidamente actualizada desde la fecha de la liquidación final del convenio suscrita por el demandante el 21 de abril de 1997 (f. 75 a 78, c. 2), momento a partir del cual debió cancelarse el valor debido, mediante la aplicación de la fórmula usualmente utilizada por la jurisprudencia para la actualización:

$$VA = VH \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde:

VA = valor actual

VH = valor histórico

Índice final = IPC vigente a la fecha de la presente providencia

Índice inicial = IPC vigente en abril de 1997.

$$VA = 19\,028\,122,28 \times \frac{113,89}{41,10}$$

$$VA = 52\,727\,806,48$$

53. En consecuencia, se reconocerá a favor de José Manuel Barrero Parra, la suma de \$ 52 727 806,48, por concepto de las obras ejecutadas a favor de Acoopgualivá Ltda. con ocasión de los contratos declarados nulos y que no le fueron reconocidas por la entidad, valor que corresponde al beneficio obtenido por ésta.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 3 de diciembre de 2002 y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLÁRASE la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Cundinamarca y de la Asociación de Municipios Sabana Norte.

SEGUNDO: DECLÁRASE de oficio la nulidad absoluta de los contratos de obra pública n.º 025 A-96 y 025 B-96 celebrados el 28 de febrero de 1996 entre la Administración Cooperativa para el Desarrollo del Gualivá Adcoopgualivá Ltda. y el señor José Manuel Barrero Parra, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDÉNASE a la Administración Cooperativa para el Desarrollo del Gualivá Adcoopgualivá Ltda. a pagar a favor de José Manuel Barrero Parra la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS VEINTISIETE MIL OCHOCIENTOS SEIS PESOS CON 48/100 (\$ 52 727 806,48).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

RAMIRO PAZOS GUERRERO

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente de la Sala