

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Declaratoria de Oficio – Requisitos – Partes Intervinientes

El ordenamiento jurídico impone a los operadores judiciales el deber de declarar oficiosamente la nulidad absoluta de un contrato estatal cuando se cumplen determinados presupuestos. Conforme al artículo 1742 del Código Civil, aplicable a los contratos estatales en virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato.

En este sentido, esta facultad no puede ejercerse de forma inquisitiva ni tiene un alcance ilimitado, pues su ejercicio está condicionado a que los elementos de prueba, sometidos a la contradicción de las partes, evidencien en el expediente la ilicitud del negocio, de forma que tampoco se sacrifique el principio de conservación de los actos jurídicos. Además, de acuerdo con el artículo 141 del CPACA, en el proceso deben haber intervenido las partes contratantes o sus causahabientes, y la causal de nulidad debe estar plenamente acreditada con pruebas en el expediente.

El inciso tercero del artículo 141 del CPACA dispone que, en el marco del proceso, el juez puede declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato “siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”. La exigencia tiene justificación en la medida que el juez va a interferir por decisión unilateral, sin solicitud de ninguno de los contratantes, en el acuerdo de voluntades, para —ni más ni menos— anular sus efectos en el tráfico jurídico.

CAPACIDAD JURÍDICA – UNIONES TEMPORALES Y CONSORCIOS – Ley 80 de 1993 – NOTIFICACIÓN AL REPRESENTANTE LEGAL DE UNIÓN TEMPORAL O CONSORCIO – Ley 80 de 1993 artículo 7

Los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993 dotaron a las uniones temporales y a los consorcios de capacidad jurídica para ser parte de un contrato estatal sometido a esta normativa especial y sus modificatorias, aunque sean agrupaciones empresariales sin personería jurídica. Además de su capacidad de goce, según la jurisprudencia unificada de la Corporación, estas disposiciones también confirieron a dichas estructuras plurales capacidad para ser parte procesal y comparecer directamente a juicio.

La notificación al representante de una unión temporal es suficiente para que se proyecten los efectos de la providencia notificada a todos sus integrantes, en tanto el parágrafo primero del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 establece que se debe designar a una persona que representará a la estructura plural “para todos los efectos”. Según la postura unificada de la Corporación, la representación para todos los efectos comprende “las actuaciones procesales que deban emprenderse o desplegarse con el propósito de reclamar o defender en juicio los derechos derivados de la propuesta o del contrato”. Así las cosas, las notificaciones se le debían hacer al representante de la estructura plural, como en efecto ocurrió.

REPRESENTANTE LEGAL DE UNIÓN TEMPORAL O CONSORCIO – Facultades para representar a los integrantes

Según la jurisprudencia unificada de la Corporación, el representante de una unión temporal no es un mero mandatario de cada uno de los integrantes, individualmente considerados, al que cada miembro pueda revocarle su mandato representativo a través de actos individuales. La finalidad del parágrafo primero del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 es que la Administración tenga un único interlocutor válido, con facultades suficientes para todos los efectos. Admitir lo contrario implicaría que cada integrante podría realizar gestiones ante la entidad por su propia cuenta, por lo que tendría que entenderse con múltiples mandatarios para tratar asuntos de un único contrato, lo que "resultaría abiertamente contrari[o] a los principios constitucionales y legales de economía, de eficacia y de eficiencia". Por estas razones, la Sala concluye que la UT [...] en su condición de parte contratista, fue válidamente vinculada al proceso mediante la notificación del auto admisorio a su representante.

CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL – Desviación de poder – Causa ilícita – Objeto ilícito

La desviación de poder es un vicio que se configura cuando la Administración utiliza sus atribuciones con fines distintos a los expresamente previstos y autorizados en la ley. En el ámbito de la contratación estatal, este vicio se materializa cuando el servidor público, en la fase de formación del contrato, ejerce sus competencias con el propósito de favorecer a un tercero o a sí mismo, en lugar de cumplir el fin legítimo que la ley atribuye a dicha función. En consecuencia, la jurisprudencia ha señalado que este vicio se configura cuando los funcionarios, persiguiendo un provecho para sí, "eluden los procedimientos de selección objetiva y requisitos previstos por la Ley (...) pues se apartan de los fines de la contratación, del interés público y del bienestar de la comunidad, circunstancias que cuando se desconocen configuran la causal de nulidad absoluta del contrato por actuar con abuso o desviación de poder".

[...]

La causa es el motivo o razón que induce a la celebración del contrato. Es ilícita cuando la intención que llevó a contratar está prohibida por la ley o es contraria al orden público o las buenas costumbres, y tiene como consecuencia la nulidad absoluta del contrato. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que "la demostración de actos de corrupción en la celebración de los contratos estatales y la evidencia de que a través de ellos se buscó en realidad favorecer intereses particulares, está sancionada por la ley con la declaratoria de nulidad por causa ilícita".

[...]

Según el artículo 1519 del Código Civil, hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación. Por otra parte, el artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993 dispone que en los pliegos de condiciones "se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva"; asimismo, el artículo 24.8, norma imperativa e indisponible para las partes, establece que las autoridades deben ejercer sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley y tienen prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva.

La inobservancia deliberada de las reglas y principios que garantizan la selección objetiva de los contratistas constituye una vulneración del derecho imperativo, lo que, conforme

a lo expuesto en el párrafo precedente, configura un objeto ilícito. Sobre este punto, la jurisprudencia de la Corporación ha señalado que procede la declaración de nulidad absoluta de un contrato estatal cuando se transgrede el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, al desconocer los procedimientos y reglas que garantizan la selección objetiva de los contratistas.

DECLARACIÓN DE LA NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL – Restituciones mutuas – Subrogado pecuniario -

El artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece en su primer inciso que la declaración de nulidad de un contrato estatal de ejecución sucesiva no impide el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria. Por su parte, el segundo inciso dispone que, en los casos en los que la nulidad del contrato se derive de un objeto o causa ilícita, también procederá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas, siempre que se pruebe que la entidad estatal obtuvo un beneficio y hasta el monto del mismo. El legislador precisó el concepto de beneficio señalando que este se entiende obtenido cuando las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público. El artículo 48 de la Ley 80 de 1993 debe leerse armónicamente con el 1746 del Código Civil, que enuncia la consecuencia jurídica que se desprende —como regla general— de la declaratoria de nulidad de un contrato: el derecho de las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido. Si bien el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 no emplea expresamente el término restituciones mutuas al regular los efectos de la nulidad de los contratos estatales de ejecución sucesiva, sí disciplina esta materia considerando las particularidades de esta tipología contractual en el ámbito de la contratación pública.

En los contratos estatales de ejecución sucesiva que involucran prestaciones de hacer y, en general, en aquellos cuya ejecución se prolonga en el tiempo, la posibilidad de ordenar restituciones mutuas in natura como mecanismo para deshacer los efectos del negocio jurídico y restablecer el statu quo ante puede verse limitada por razones jurídicas y fácticas. [...] Cuando la restitución in natura resulta imposible por razones jurídicas, materiales o temporales, se acude al subrogado pecuniario y a la ficción de compensación entre las prestaciones ya ejecutadas.

El artículo 48 de la Ley 80 de 1993 no contradice el principio según el cual las partes deben ser restituidas al estado en que se hallarían si el acto o contrato nulo no hubiera existido. Tampoco ordena que la entidad estatal asuma obligaciones dinerarias pendientes de pago, como si el contrato siguiera produciendo efectos jurídicos. Lo que realmente establece es que, para restablecer hasta donde sea posible el statu quo ante y frente a la imposibilidad de efectuar la restitución in natura, la entidad pague el subrogado pecuniario de las prestaciones ejecutadas por el contratista que no hubieran sido remuneradas antes de la declaratoria de nulidad.

DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL – Objeto o causal ilícita – Restitución – Beneficio obtenido por la entidad estatal antes de la declaratoria de nulidad – Prestaciones ejecutadas y aun no habían sido remuneradas – prestaciones ejecutadas y fueron pagadas

[...] el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 constituye una norma especial frente al artículo 1746 del Código Civil, pues introduce un requisito que no está previsto en el derecho común para ordenar las restituciones. Cuando la nulidad absoluta se

origina en un objeto o causa ilícita, el derecho del contratista a obtener la restitución por equivalente pecuniario queda supeditado a que las prestaciones ejecutadas antes de la declaratoria judicial de nulidad hayan beneficiado a la entidad estatal, sin que el reconocimiento pueda superar el monto de dicho beneficio. Este requisito no está previsto en el derecho común y allí radica la especialidad de la regla del derecho público.

Este requisito que impone el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 es aplicable en dos hipótesis fácticas diferentes: (i) cuando se hubieran ejecutado prestaciones que, al momento de declararse la nulidad, aún no habían sido remuneradas, y (ii) cuando dichas prestaciones ya habían sido pagadas conforme a lo pactado en el contrato.

Si el contratista realizó una prestación que no había sido remunerada, pero esta no generó un beneficio a la entidad estatal, no habrá lugar a su reconocimiento y pago en la sentencia que declara la nulidad del contrato. Si el contratista realizó prestaciones a favor de la entidad estatal y estas fueron remuneradas antes de declararse nulo el contrato, pero se comprueba que no generaron un beneficio a la entidad estatal, el contratista deberá devolver las sumas recibidas en virtud del contrato, pues se entendería que la entidad no le adeuda nada a título de restituciones mutuas. En consecuencia, no se configuraría la compensación como modo de extinción de las obligaciones, dado que esta requiere que ambas partes sean deudoras recíprocas y la entidad estatal no tendría esa condición.

DECLARATORIA DE NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL – Beneficio de la entidad estatal

El legislador definió que el beneficio se configura cuando las prestaciones ejecutadas efectivamente satisfacen un interés público. De acuerdo con el significado legal atribuido a esta expresión (Código Civil, art. 28), la mera ejecución de las obras de infraestructura no es suficiente para demostrar la obtención del beneficio. Por lo tanto, es necesario verificar que dichas obras hayan constituido un medio efectivo para la satisfacción del interés público.

El interés público es un concepto jurídicamente indeterminado, cuyo contenido varía según el contexto y los fines del ordenamiento jurídico, como lo ha señalado la jurisprudencia. Sin embargo, su indeterminación no lo convierte en una noción abstracta o especulativa. Su concreción se encuentra en los bienes jurídicos de titularidad del conglomerado, que reflejan el interés común de la sociedad y no el de los individuos de manera aislada. Así, el concepto interés público se proyecta sobre la comunidad política y se articula con los intereses de los ciudadanos, no desde una perspectiva individual, sino en su dimensión colectiva como integrantes de la sociedad.

RESTITUCIONES MUTUAS – Cuantificación – Ley 80 de 1993 artículo 48 – No se incluye utilidad a favor del contratista – UTILIDAD – Existencia y validez de la fuente que la genera – Ilícitud

Por definición legal, el reconocimiento de las restituciones mutuas está limitado cuantitativamente al beneficio obtenido por la entidad estatal con la ejecución de las prestaciones.

[...] Para determinar el valor del beneficio, la Sala descarta la aplicación sin matices del artículo 1498 del Código Civil, según el cual, en los contratos conmutativos, cada parte

se obliga a dar o hacer algo que se considera equivalente a lo que la otra debe dar o hacer a su vez. Esta regla no resulta aplicable en este caso, pues la anulación de un negocio jurídico en el que interviene el Estado conlleva la pérdida de aptitud para producir efectos jurídicos. Como consecuencia natural de la nulidad, se suprimen todos los efectos derivados del contrato, incluyendo la presunción (subjetiva) de equivalencia entre las prestaciones, con mayor razón cuando dicha presunción constituye, en sí misma, la fuente del vicio contractual, en la medida en que intereses ajenos al interés público se beneficiaron de esta apariencia.

Según lo ha precisado la Subsección, el concepto de beneficio al que se refiere el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 no incluye el reconocimiento de una utilidad a favor del contratista⁹³. La utilidad empresarial de este no forma parte ni puede confundirse con el beneficio obtenido por la entidad estatal, pues el interés público no se ve satisfecho cuando un particular que obtuvo un contrato mediante corrupción genera una ganancia neta tras deducir los costos de producción de los ingresos percibidos en su ejecución. No se trata de una sanción, sino de una consecuencia natural derivada de la imposibilidad legal de remunerar una actividad ilícita.

Además, la utilidad presupone la existencia y validez de la fuente que la genera. Dado que la nulidad del contrato implica retrotraer las cosas al estado anterior a su celebración, no es posible incluir en las restituciones mutuas, a favor del contratista, la utilidad que el contrato habría derivado de su ejecución, ya que este ha sido retirado del ordenamiento jurídico. Aun si se dejara de lado lo anterior, reconocer dicha utilidad resultaría inadmisiblesi se constata que el contratista actuó con conocimiento de la ilicitud, pues ello supondría validar una conducta contraria al principio de buena fe, según el cual nadie puede beneficiarse de su propio dolo o culpa.



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., cuatro (4) de abril de dos mil veinticinco (2025)

Expediente: 63001233300020200042101 (70.045)
Demandante: Municipio de Armenia
Demandado: Unión Temporal Vías Armenia y otro
Acción: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: DECLARATORIA OFICIOSA DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - El ordenamiento jurídico impone a los operadores judiciales el deber de declarar oficiosamente la nulidad absoluta de un contrato estatal cuando se cumplen determinados presupuestos / RESTITUCIONES MUTUAS EN NULIDAD DE CONTRATOS ESTATALES - Si bien el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 no emplea expresamente el término restituciones mutuas al regular los efectos de la nulidad de los contratos estatales de ejecución sucesiva, sí disciplina esta materia considerando las particularidades de esta tipología contractual dentro del ámbito de la contratación pública / IMPOSIBILIDAD MATERIAL DE HACER LA RESTITUCIÓN - Cuando la restitución in natura resulta imposible por razones jurídicas, materiales o temporales, se acude al subrogado pecuniario y a la ficción de compensación entre las prestaciones ya ejecutadas

Surtido el trámite de ley, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

La controversia se refiere a un contrato cuyo objeto era actualizar los diseños fase II de cuatro obras viales y acometer su construcción. El municipio que encargó la obra solicitó que se declare el incumplimiento del contratista, se le condene al pago de los perjuicios causados, se le ordene el pago de la cláusula penal y se haga efectiva la garantía única de cumplimiento.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. El 9 de marzo de 2023, el Tribunal Administrativo del Quindío profirió sentencia¹ en la que resolvió la demanda presentada² por el municipio de Armenia contra la Unión Temporal Vías Armenia (en adelante, “UT Vías Armenia”) y la Compañía Mundial de Seguros S.A.³, que expidió la garantía única de cumplimiento.
2. El Tribunal declaró el incumplimiento parcial del contrato No. 12 de 2015, en relación con la ejecución de las obras de la Intersección Los Kioscos, el Puente Constitución y la Avenida Centenario, así como con el pago de seguridad social a los trabajadores del contratista. Asimismo, declaró probada la excepción de contrato no cumplido en favor de UT Vías Armenia, frente a la obra denominada Proyecto

¹ SAMAI Tribunal, índice 139.

² La demanda se presentó el 16 de diciembre de 2020 (Exp. digital, doc. 009).

³ El auto admisorio se notificó a la UT Vías Armenia y a Compañía Mundial de Seguros (Exp. digital, doc. 019). Sin embargo, los integrantes de la estructura plural que participaron en el proceso lo hicieron de forma independiente.

Estratégico Detonante Estación Terminal Turística (en adelante, la “Estación Turística”). En consecuencia, condenó solidariamente a los integrantes de la UT Vías Armenia a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento, cuya cuantía sería determinada en el incidente de liquidación.

3. Al lado de las anteriores determinaciones, el Tribunal condenó a la Compañía Mundial de Seguros S.A. a pagar la suma que resultare probada en el incidente de liquidación, hasta el monto asegurado por los amparos de cumplimiento, estabilidad de la obra y pago de prestaciones sociales, bajo la póliza M-100052268. Asimismo, condenó a la aseguradora a pagar al municipio la suma de \$42'970.481 por la materialización del riesgo de incumplimiento en el pago de prestaciones sociales. Finalmente, condicionó la liquidación judicial del contrato a los resultados del incidente de liquidación y se abstuvo de imponer condena en costas.

Pretensiones

4. En la demanda, el municipio solicitó declarar el incumplimiento de la UT Vías Armenia por la ejecución defectuosa de las obligaciones del contrato de obra No. 12 de 2015. Asimismo, pidió condenar a la UT al pago de la cláusula penal y hacer efectiva la garantía única de cumplimiento.

5. El municipio también solicitó condenar a la UT Vías Armenia a pagar los perjuicios probados en el proceso que excedan el monto de la cláusula penal, así como la indexación y los intereses sobre las sumas reconocidas en la sentencia. Finalmente, solicitó la liquidación judicial del contrato de obra No. 012 de 2015 y la condena en costas a la parte demandada⁴.

Hechos

6. En apoyo de sus pretensiones, el demandante se refirió a los siguientes hechos⁵:

7. El 21 de julio de 2015, el municipio de Armenia y la UT Vías Armenia —integrada por Constructora Diez Cardona S.A.S. (55%), Furel S.A. (40%) y Construcciones Lezo S.A.S. (5%)— suscribieron el contrato de obra No. 012 de 2015, cuyo objeto comprendía la actualización de estudios y diseños de fase II y la construcción de las siguientes obras viales: (i) Intersección Los Kioscos, (ii) Puente Constitución, (iii) Avenida Centenario y (iv) Estación Turística. Para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, el contratista celebró un contrato de seguro con la Compañía Mundial de Seguros S.A., quien emitió la garantía única de cumplimiento contenida en la póliza M-100052268⁶.

8. Las partes pactaron un valor estimado del contrato de \$30.807'007.915. El sistema de pago acordado fue el de precios unitarios fijos, con la siguiente distribución: (i) 30% del valor total a título de anticipo, (ii) 65% mediante actas

⁴ Exp. digital, doc. 009.

⁵ Exp. digital, doc. 009.

⁶ El objeto del contrato era textualmente el siguiente: “ajustes a diseños y construcción de las vías intersección Vial Los Kioscos, intersección puente constitución, avenida centenario (rehabilitación vial) y proyecto estratégico detonante estación terminal turística, que hacen parte del plan de obras a financiar a través de la contribución de valorización, en el municipio de Armenia, departamento del Quindío” (Exp. digital, 002, contrato de obra, tomo 15, p. 130).

parciales de obra, en las cuales se efectuaría la amortización del anticipo, y (iii) 5% previa suscripción del acta final y el recibo a satisfacción por parte del municipio.

9. El contrato tenía un plazo inicial de 14 meses contados a partir del 2 de septiembre de 2015. Sin embargo, tras la suscripción de cuatro acuerdos modificatorios y una suspensión, su ejecución se extendió hasta el 1 de junio de 2018. Al finalizar el plazo contractual, las partes habían suscrito un total de 16 actas parciales, mediante las cuales se amortizó un monto de \$7.947'795.906 del anticipo y se pagó al contratista la suma de \$17.055'801.733 del valor total del contrato.

10. Entre marzo y abril de 2018, el Juzgado 20 Penal Municipal de Medellín impuso medida de aseguramiento a Hernán Moreno Pérez, representante legal de Furel S.A., y a Fernando León Diez Cardona, representante de la UT Vías Armenia y gerente de Constructora Diez Cardona S.A.S. Como consecuencia de estas medidas, la entidad contratante comunicó a los representantes legales de Furel S.A. y de Constructora Diez Cardona S.A.S. que debían ceder la participación que tales sociedades poseían en la UT Vías Armenia, debido a la configuración de una inhabilidad sobreviniente derivada de la medida de aseguramiento.

11. El 1 de junio de 2018 venció el plazo de ejecución del contrato sin que se hubiera realizado la cesión de los porcentajes de participación de Diez Cardona S.A.S. y Furel S.A. en la UT Vías Armenia. Según el demandante, la inhabilidad sobreviniente derivó en la paralización de la obra.

Fundamentos de derecho

12. El municipio alegó que la UT Vías Armenia incumplió la obligación de entregar de forma completa y oportuna las cuatro obras. Además, indicó que UT Vías Armenia incumplió obligaciones relativas a la disponibilidad del personal, la calidad de la obra, el cumplimiento de las especificaciones técnicas, la entrega de planos récord, la revisión, ajustes y complementación de los estudios y diseños, entre otras.

13. Según el demandante, los incumplimientos de la UT Vías Armenia condujeron a los siguientes resultados: (i) no se evidenciaron actas de entrega ni revisión de los diseños fase II que el contratista debía actualizar a fase III; (ii) se ejecutó el 100% de la obra en la Intersección Vial Los Kioscos y en la Avenida Centenario, pero no se entregaron los planos récord; (iii) se ejecutó el 99% de la obra del Puente Constitución, quedando pendiente el acabado final de pantallas y pilotes, así como los planos récord; y (iv) se ejecutó tan solo el 0.24% de la obra de la Estación Turística.

Contestación de la demanda

14. El auto que admitió la demanda del municipio fue notificado a la UT Vías Armenia y también se comunicó a sus integrantes⁷. En consecuencia, Construcciones Lezo S.A.S. intervino en el proceso, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y presentando varios argumentos de defensa. En primer lugar, alegó la caducidad de la acción, señalando que el trámite de conciliación prejudicial no interrumpió el

⁷ Exp. digital, Carpeta 21 NotificaciónDda.

término de caducidad, dado que la demanda fue interpuesta por una entidad pública. En segundo lugar, invocó la excepción de pleito pendiente, argumentando que existía otro proceso en curso en el que se solicitaba la nulidad del contrato objeto de la controversia.

15. Señaló que el municipio no utilizó sus facultades para imponer sanciones, declarar la caducidad y/o liquidar el contrato, por lo que no podía pretender subsanar su negligencia a través de un proceso judicial. Adicionalmente, adujo la configuración de la excepción de contrato no cumplido, al considerar que la entidad fue la primera en incumplir por la indebida planeación del contrato.

16. Construcciones Lezo S.A.S también indicó que la entidad no respetó el debido proceso del contratista al suspender el contrato. Además, señaló que la imposición de una medida de aseguramiento al representante legal de una persona jurídica no implica que pierda la capacidad de ejecutar un contrato. Por otra parte, sostuvo que las medidas de aseguramiento constituyen un hecho de un tercero que exime de responsabilidad a Construcciones Lezo S.A.S., dado que ninguna persona vinculada a esta sociedad fue objeto de tales medidas en la jurisdicción penal. Finalmente, solicitó la rebaja proporcional de la cláusula penal.

17. Compañía Mundial de Seguros S.A. contestó la demanda y planteó múltiples argumentos de defensa⁸. En primer lugar, sostuvo que operó la prescripción ordinaria de la acción derivada del contrato de seguro, dado que la entidad conoció los incumplimientos en diciembre de 2015 y en marzo de 2018. En segundo lugar, alegó que las modificaciones contractuales y las medidas de aseguramiento no fueron informadas a la aseguradora, a pesar de que alteraban el estado del riesgo, lo que conllevaba la terminación del contrato de seguro.

18. Señaló que el municipio debe asumir los efectos patrimoniales de la indebida planeación del contrato, pues su negligencia fue la causa del incumplimiento del contratista, lo que configuró la exclusión de la póliza de culpa del asegurado. También indicó que el asegurado tiene la carga de evitar el riesgo y que no es posible hacer efectiva la garantía cuando la lesión patrimonial proviene de su misma conducta.

19. La aseguradora sostuvo que el hecho de que se hubieran vinculado funcionarios del municipio en las investigaciones penales relacionadas con el contrato constituyó un dolo del asegurado. En consecuencia, señaló que este hecho configura un acto inasegurable y, al mismo tiempo, materializa la exclusión de culpa de la víctima. Además, señaló que la póliza únicamente cubría incumplimientos imputables a la Unión Temporal, mas no a las sociedades individualmente consideradas. Por último, indicó que las actuaciones del contratista estuvieron presididas por la buena fe y solicitó que en caso de que la entidad resultara deudora de cualquier monto en favor del contratista se aplicara la compensación.

20. Furel S.A. y Constructora Diez Cardona S.A.S. no se pronunciaron sobre la demanda.

⁸ Exp. digital, Carpeta 022.1.

Alegatos en primera instancia

21. Surtida la etapa probatoria⁹, el apoderado del municipio presentó sus alegatos de conclusión¹⁰. Sostuvo que la inejecución de las obras de la Estación Turística obedeció a la inhabilidad sobreviniente de dos de los integrantes de la UT Vías Armenia. También indicó que no se probó el incumplimiento del deber de planeación, pues las partes introdujeron de común acuerdo variaciones a las especificaciones de la obra. El municipio sostuvo que no se demostró el dolo de la entidad y que los procesos penales contra sus funcionarios no guardan relación con la litis.

22. La entidad argumentó que la garantía de cumplimiento es exigible ante el incumplimiento del contratista, sin que sea necesario acreditar su culpabilidad. Afirmó que la regla sobre actos inasegurables por dolo o culpa grave del tomador no es aplicable a los contratos estatales. Además, destacó que la declaración sobre la variación del estado del riesgo es un deber exclusivo del tomador (contratista), sin que pueda trasladarse dicha responsabilidad al beneficiario (entidad estatal). También adujo que las modificaciones al contrato fueron informadas a la aseguradora, que no las objetó y procedió a modificar la garantía. Finalmente, sostuvo que tuvo conocimiento de los incumplimientos tras la finalización del plazo contractual, por lo que el término de prescripción debe computarse a partir de dicha fecha.

23. FUREL S.A. presentó sus alegatos de conclusión, en los que reiteró los argumentos de defensa expuestos por Construcciones Lezo S.A.S. y formuló nuevos planteamientos. Sostuvo que la observancia del principio de planeación es una carga exclusiva de la entidad contratante y que su inobservancia vicia de nulidad el contrato estatal. Asimismo, adujo que las entidades estatales tardaron un tiempo excesivo en otorgar las autorizaciones requeridas, lo que constituyó una circunstancia ajena al contratista y afectó los rendimientos constructivos, impidiendo la entrega de la obra dentro del plazo contractual¹¹.

24. FUREL S.A. también afirmó que la entidad no realizó los estudios previos necesarios para determinar el valor real de las obras, identificar la necesidad de obtener autorizaciones ambientales y verificar la titularidad de los predios a intervenir. Además, señaló que el municipio no suministró la información necesaria para la ejecución de las obras, lo que ocasionó sobrecostos que desfinanciaron el contrato y obligaron a recortar su objeto. Asimismo, señaló que se configuró la excepción de

⁹ En la audiencia inicial del 30 de septiembre de 2021 (Exp. digital, doc. 053) se decretaron como pruebas las documentales aportadas con la demanda y las contestaciones. Además, se ordenó a los integrantes de la UT Vías Armenia aportar documentación que tuvieran en su poder. Asimismo, se decretaron como pruebas trasladadas el expediente administrativo del procedimiento sancionatorio contractual a UT Vías Armenia por incumplimiento de la obligación de buen manejo e inversión del anticipo, y los expedientes de los procesos penales —adelantados por la Fiscalía General de la Nación— y disciplinarios —adelantados por la Procuraduría General de la Nación— contra la exalcaldesa del municipio y demás funcionarios de su gabinete en relación con el contrato No. 012 de 2015. Por otra parte, a solicitud de Construcciones Lezo S.A.S. se decretó el testimonio del director del consorcio interventor Federico García Arbeláez (que no se practicó porque el testigo no se presentó a la audiencia [SAMAI Tribunal, índice 106]). Por último, se decretó la prueba pericial solicitada por la misma sociedad con el fin de identificar el porcentaje de avance de cada obra (que no se practicó porque la parte interesada no hizo las gestiones necesarias para su práctica en el término otorgado por el Despacho [Exp. digital, docs. 77 a 79 y SAMAI Tribunal, índices 78 y 79]).

¹⁰ SAMAI Tribunal, índice 120.

¹¹ SAMAI Tribunal, índice 119.

contrato no cumplido, dado que los incumplimientos del municipio en la fase precontractual fueron los que impidieron la correcta ejecución del contrato.

25. Constructora Diez Cardona S.A.S., Construcciones Lezo S.A.S y el Ministerio Público guardaron silencio¹².

Los fundamentos de la sentencia impugnada¹³

26. El Tribunal declaró que la UT Vías Armenia cumplió defectuosamente las obligaciones relacionadas con la construcción la Intersección Los Kioscos, la Avenida Centenario y el Puente Constitución, por las siguientes razones: (i) el desgaste prematuro de la señalización en las obras de Los Kioscos y de la Avenida Centenario, (ii) la entrega incompleta de las pantallas y pilotes en el Puente Constitución, (iii) la deficiente calidad del concreto en esta misma obra, (iv) la falta de pago de la seguridad social a los trabajadores y (v) la no entrega de la información para la recepción de las obras y la verificación del cumplimiento de las especificaciones técnicas.

27. En relación con la Estación Turística, afirmó que la ejecución de apenas el 0.24% de la obra no fue imputable a la UT Vías Armenia, ya que la intervención no pudo llevarse a cabo debido a que la entidad no entregó la zona en condiciones adecuadas. En consecuencia, señaló que el municipio no podía exigir al contratista la ejecución de la obra, configurándose así la excepción de contrato no cumplido.

28. El Tribunal declaró que no procedía ordenar el pago de la cláusula penal, dado que los incumplimientos del contratista fueron marginales y los de la entidad contratante resultaron más graves. También afirmó que todos los integrantes de UT Vías Armenia son solidariamente responsables por el incumplimiento del contrato.

29. Frente a la aseguradora, concluyó que no se probó la configuración de ninguna exclusión, ya que los incumplimientos fueron imputables al contratista y las inhabilidades sobrevinientes no alteraron el riesgo asegurado, pues las medidas penales se adoptaron al final de la ejecución de las obras. El Tribunal sostuvo que no operó la prescripción, ya que el municipio advirtió los incumplimientos con el informe final de la interventoría de septiembre de 2018¹⁴.

II. LOS RECURSO DE APELACIÓN

30. Construcciones Lezo S.A.S. solicitó la revocatoria de la sentencia y que se declaren probadas las excepciones formuladas en la contestación de la demanda¹⁵. Argumentó que la excepción de contrato no cumplido debía aplicarse no solo respecto de la Estación Turística, sino a todo el contrato, dado que las falencias en la planeación afectaron a todas las obras. Por otro lado, alegó que la responsabilidad

¹² SAMAI Tribunal, índice 118.

¹³ SAMAI Tribunal, índice 140.

¹⁴ Las excepciones de caducidad y pleito pendiente fueron resueltas por el Tribunal mediante auto del 13 de mayo de 2021 (Exp. digital, doc. 028), el cual no fue recurrido por las partes.

¹⁵ SAMAI Tribunal, índice 143.

de los integrantes de UT Vías Armenia debe asignarse en proporción a su porcentaje de participación en la ejecución del contrato.

31. Compañía Mundial de Seguros S.A. también apeló la sentencia y solicitó su revocación parcial¹⁶. Señaló la falta de congruencia del fallo alegando que, aunque en las pretensiones se solicitó la afectación del amparo de cumplimiento, la providencia ordenó afectar a la vez los amparos de estabilidad de la obra y prestaciones sociales. A su vez, sostuvo que era improcedente afectar el amparo de estabilidad de la obra, no se cumplieron los requisitos para afectar el amparo de prestaciones sociales y que los amparos de cumplimiento y prestaciones sociales no pueden afectarse simultáneamente por los mismos hechos.

32. Por otra parte, sostuvo que el Tribunal trató de manera incompleta la excepción de prescripción que propuso. Asimismo, alegó que no se resolvió adecuadamente la excepción relativa a la alteración del estado del riesgo, pues el fallo no abordó sus argumentos sobre la omisión de informar las modificaciones contractuales y los incumplimientos del contratista. También afirmó que el Tribunal debió declarar la excepción de culpa del asegurado, ya que la negligencia del municipio constituía un acto inasegurable. Finalmente, señaló que la sentencia omitió pronunciarse sobre las excepciones de buena fe, compensación, ausencia de cobertura del dolo y culpa grave del asegurado.

Actuaciones en segunda instancia

33. El apoderado del municipio se pronunció sobre los recursos de apelación reiterando los argumentos expuestos en etapas procesales anteriores¹⁷. En concordancia con los numerales 5º y 6º del artículo 247 del CPACA, no se corrió traslado para alegar de conclusión dado que no se solicitaron pruebas. El Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

34. La Sala debería pronunciarse sobre los reparos planteados en los recursos de apelación interpuestos por la Compañía Mundial de Seguros S.A. y Construcciones Lezo S.A.S. Sin embargo, en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley, revocará la decisión impugnada y declarará de oficio la nulidad absoluta del contrato de obra No. 012 de 2015, suscrito entre el municipio de Armenia y la UT Vías Armenia.

35. Para justificar la decisión anunciada, la Sala seguirá la siguiente ruta de análisis: En primer lugar, explicará por qué la caducidad de la acción para solicitar la nulidad absoluta del contrato de obra No. 012 de 2015, declarada en otro proceso judicial que terminó anticipadamente, no impide su declaratoria de oficio en este caso. En segundo lugar, examinará el cumplimiento de los requisitos formales y sustantivos exigidos por la Ley para declarar de oficio la nulidad del contrato. En tercer y último lugar, se pronunciará sobre las restituciones mutuas derivadas de la nulidad contractual.

¹⁶ SAMAI Tribunal, índice 142.

¹⁷ SAMAI CE, Índice 012.

La caducidad de la pretensión de nulidad absoluta del contrato y las facultades oficiosas del juez

36. En un proceso judicial diferente (Rad. 63001233300020180021200), al cual Construcciones Lezo S.A.S. hizo referencia para sustentar la excepción de pleito pendiente, el Ministerio Público presentó una demanda con el único objeto de que se declarara la nulidad absoluta del contrato de obra No. 012 de 2015 por violación del principio de planeación¹⁸. En providencia del 14 de septiembre de 2022, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido en la audiencia inicial —en el que se había negado la excepción de caducidad de la acción—, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado revocó dicha decisión, declaró la caducidad de la acción y ordenó la terminación del proceso.

37. La Subsección B señaló que, conforme al literal (j) del artículo 164 del CPACA, el término para demandar la nulidad absoluta de un contrato es de dos años, contados desde el día siguiente a su perfeccionamiento. No obstante, precisó que esta pretensión puede formularse en cualquier momento mientras el contrato se encuentre vigente. A continuación, indicó que el contrato No. 012 de 2015, perfeccionado el 26 de agosto de 2015, terminó por expiración del plazo el 1 de junio de 2018, cuando ya habían transcurrido más de dos años desde su perfeccionamiento. Dado que la demanda se presentó el 8 de noviembre de 2018, concluyó que la pretensión de nulidad del contrato estaba caducada¹⁹.

38. En la demanda que dio origen al presente proceso, el municipio de Armenia no solicitó la nulidad absoluta del contrato de obra No. 012 de 2015, sino que formuló pretensiones distintas: pidió que se declarara el cumplimiento parcial o defectuoso de las obligaciones de la UT Vías Armenia y, como consecuencia, que se le condenara al pago del valor de la cláusula penal y de los perjuicios materiales sufridos, así como a la efectividad de la garantía única de cumplimiento. A diferencia de la pretensión de nulidad del contrato por violación del principio de planeación formulada por el Ministerio Público en el otro proceso, las pretensiones del municipio fueron presentadas dentro del término legal y frente a ellas no operó la caducidad.

39. Respecto de las pretensiones formuladas en este proceso por la entidad territorial, la oportunidad en el ejercicio de la acción debe determinarse conforme al numeral (v), literal (j), del artículo 164.2 del CPACA, que establece lo siguiente: *“En los [contratos] que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, [el término de caducidad de dos años correrá] una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga”*.

40. El contrato de obra No. 012 de 2015 es un contrato estatal sujeto a liquidación conforme al artículo 60 de la Ley 80 de 1993, dado que su ejecución se extendió en

¹⁸ Información disponible en la sede electrónica de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia - Samai bajo los radicados 63001233300020180021200 y 63001233300020180021201.

¹⁹ C.E., Secc. Tercera, Sub. B, exp. 65479, sep. 14/2022, C.P. Martín Bermúdez.

el tiempo. Este contrato terminó por expiración del plazo el 1 de junio de 2018²⁰. Al no haberse estipulado un término para la liquidación bilateral, resulta aplicable el plazo supletivo de cuatro meses previsto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, cuyo vencimiento ocurrió el 2 de octubre de 2018. En consecuencia, el plazo para que el municipio liquidara unilateralmente el contrato (dos meses) expiró el 3 de diciembre de 2018.

41. Conforme a lo expuesto, el término de caducidad comenzó a correr el 4 de diciembre de 2018 y vencía el 4 de diciembre de 2020. No obstante, el 14 de septiembre de 2020, cuando aún restaban más de dos meses para su vencimiento, el municipio presentó la solicitud de conciliación prejudicial sobre las mismas pretensiones de la demanda, lo que suspendió su cómputo por tres meses, hasta el 15 de diciembre de 2020²¹. Como la demanda fue presentada el 16 de diciembre de 2020, es claro que se interpuso dentro del término legal.

42. Si bien el artículo 613 del CGP, vigente al momento de presentarse la solicitud, establecía que las entidades públicas no estaban obligadas a agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, ello no significaba que, si optaban por presentarla, no se suspendiera el término de caducidad. El artículo 21 de la Ley 640 de 2001, vigente en la época, disponía que la *“presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad”*. El legislador no distinguió entre las solicitudes de conciliación presentadas por sujetos para quienes dicho trámite constituía un requisito de procedibilidad y para quienes no era obligatorio. Un principio de interpretación jurídica establece que donde el legislador no distingue, no le es dado al intérprete hacerlo, menos aún cuando ello implicaría restringir el acceso a la administración de justicia. Por lo tanto, la solicitud de conciliación extrajudicial presentada por la entidad pública suspendió el término de caducidad y, en consecuencia, las pretensiones del municipio se formularon oportunamente.

43. En conclusión, en este caso se cumple el presupuesto procesal de ejercicio oportuno de la acción, por lo que la Sala está habilitada para resolver de fondo la controversia y ejercer las facultades conferidas por la Ley. Así, aunque la pretensión de nulidad absoluta del contrato —que no fue formulada por el municipio— haya caducado²², ello no impide que la Sala la declare en ejercicio de sus facultades oficiosas. Como ha señalado la Subsección, cuando el juez del contrato se enfrenta

²⁰ El contrato tenía un plazo inicial de 14 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio el 2 de septiembre de 2015. Sin embargo, se suscribieron cuatro modificatorios. El primer modificatorio amplió el plazo por 100 días calendario; el segundo por 45 días calendario, el tercero por 15 días calendario y el cuarto por 5 meses. Además, hubo una suspensión bilateral del plazo entre el 8 de mayo de 2017 y el 29 de enero de 2018. Estos acuerdos adicionales prolongaron la ejecución del contrato hasta el 1 de junio de 2018 (Exp. digital, Carpeta 082, docs. 1.1 a 1.6).

²¹ En el trámite de conciliación prejudicial iniciado por el municipio ante el Ministerio Público se profirió constancia de no acuerdo el 25 de enero de 2021 (Exp. digital, Carpeta 016 Subsanción, Certificación no conciliación). No obstante, de conformidad con el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 (vigente en ese momento), la suspensión del término de caducidad sería máximo por 3 meses, por lo que se entiende que la suspensión fue hasta el 15 de diciembre de 2020.

²² El literal (j) del artículo 164 del CPACA establece que el término para demandar la nulidad de un contrato es de dos años, contados a partir del día siguiente a su perfeccionamiento, y en todo caso se podrá demandar la nulidad absoluta mientras el contrato esté vigente. El contrato No. 012 de 2015 se perfeccionó el 26 de agosto de 2015 y terminó por expiración del plazo el 1 de junio de 2018, más de dos años después de su perfeccionamiento. En consecuencia, la fecha máxima para formular una pretensión de nulidad absoluta era el 1 de junio de 2018.

a solicitudes de contenido patrimonial sustentadas en un contrato nulo que fueron presentadas dentro del término legal, es procedente declarar de oficio la nulidad, aun cuando la pretensión anulatoria haya caducado. De lo contrario, se otorgaría validez a derechos subjetivos o crediticios derivados de un título abiertamente contrario al ordenamiento jurídico:

“De acuerdo con lo anterior, para efectos del ejercicio de la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, se requiere que la despliegue dentro de un proceso en el que pueda fallar de fondo, lo que necesariamente implica que la demanda en ejercicio de la respectiva acción haya sido presentada en tiempo; pero, además, que no se haya producido el saneamiento de la nulidad por prescripción. (...) Ahora bien, en relación con la aplicación, en el presente evento, de lo dispuesto en sentencia del 3 de diciembre de 2018, expediente 60716, en la cual se anuló un laudo arbitral que había declarado la nulidad absoluta de un contrato, por considerar el juez del recurso extraordinario que se configuró la alegada causal de caducidad de la acción, debe la Sala precisar que, en efecto, el caso allí resuelto no es igual al que es objeto de la presente controversia. En aquella ocasión, la demanda que dio origen al proceso arbitral, en la que se adujeron pretensiones de incumplimiento contractual, fue presentada cuando ya había corrido el plazo de caducidad de la acción de controversias contractuales, razón por la cual al juzgador no le quedaba más remedio que reconocer su existencia y abstenerse de efectuar cualquier pronunciamiento de fondo.

En el sub-lite, la demanda arbitral fue presentada oportunamente. Esta diferencia conduce a que, en el presente caso, el Tribunal de Arbitramento, quedó habilitado para decidir de fondo la controversia, a diferencia de lo sucedido en el proceso antes citado, en donde la caducidad de la acción, respecto del libelo introductorio que daba inicio al proceso arbitral, impedía que el juzgador emitiera cualquier decisión de mérito (...). Lo anterior no cambia por el hecho de que en relación con las pretensiones de la demanda de reconvenición hubiera operado la caducidad de la acción, puesto que, de todos modos, habiendo sido presentada en tiempo la demanda inicial, los árbitros adquirieron competencia para proferir un pronunciamiento de fondo. Un entendimiento diferente daría lugar a la conclusión, insostenible, de que el Tribunal de Arbitramento estaba habilitado para decidir sobre los posibles incumplimientos contractuales o alteraciones del equilibrio económico del contrato, pero no pudiera pronunciarse sobre la validez del contrato mismo, materia de aquellas pretensiones, dejando de lado la facultad oficiosa que expresamente le ha sido atribuida por la ley en esta materia”²³.

44. Además, como también ha sostenido la Corporación, la caducidad es exigible a las partes del contrato o a los terceros con interés que soliciten su nulidad, pero no al juez cuando la declara de oficio. Esto cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que, en la mayoría de los casos —especialmente en segunda instancia—, el juez conoce del proceso cuando el término de caducidad de la pretensión ya ha vencido²⁴.

45. Finalmente, la Sala también está habilitada para declarar la nulidad absoluta del negocio jurídico ya que, en relación con la validez del contrato de obra No. 012 de 2015, no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada. Conforme al artículo 303 del CGP, la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

46. En este caso, el proceso no se fundó en la misma causa ni tuvo el mismo objeto que el que dio lugar a la providencia del 14 de septiembre de 2022, proferida por la

²³ C.E., Secc. Tercera, Subsección A, exp. 65.136, sep. 10/2020, C.P. María A. Marín.

²⁴ C.E., Secc. Tercera, Sala Plena, exp. 18.294, jun. 23/2010, C.P. Enrique Gil Botero.

Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado. En aquella oportunidad el Ministerio Público solicitó la nulidad del contrato por violación del principio de planeación, mientras que en este proceso se pretende declarar su incumplimiento y obtener la condena al pago de perjuicios. Y lo que es más importante: la providencia de 2022 no efectuó un análisis sobre la validez del contrato ni sobre su conformidad con el ordenamiento jurídico, ya que se limitó a declarar la caducidad de la pretensión anulatoria y a dar por terminado el proceso sin pronunciamiento de fondo.

47. Por tanto, al no haberse resuelto de fondo la validez del negocio jurídico en el proceso anterior, no se ha configurado la cosa juzgada sobre este aspecto. Ello se demuestra en que la decisión de la Sala de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato no contradice ningún pronunciamiento judicial previo sobre su validez, que es precisamente lo que pretende evitarse con esta institución. Como lo ha señalado la jurisprudencia, *“si el juez, al estatuir sobre el objeto de la demanda, contradice una decisión anterior, estimando un derecho negado o desestimado un derecho afirmado por la decisión precedente, realiza la identidad de objetos. No así en el caso contrario, o sea cuando el resultado del análisis dicho es negativo”*²⁵.

Los requisitos para declarar de oficio la nulidad del contrato

48. El ordenamiento jurídico impone a los operadores judiciales el deber de declarar oficiosamente la nulidad absoluta de un contrato estatal cuando se cumplen determinados presupuestos. Conforme al artículo 1742 del Código Civil, aplicable a los contratos estatales en virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato. En este sentido, esta facultad no puede ejercerse de forma inquisitiva ni tiene un alcance ilimitado, pues su ejercicio está condicionado a que los elementos de prueba, sometidos a la contradicción de las partes, evidencien en el expediente la ilicitud del negocio, de forma que tampoco se sacrifique el principio de conservación de los actos jurídicos²⁶. Además, de acuerdo con el artículo 141 del CPACA, en el proceso deben haber intervenido las partes contratantes o sus causahabientes, y la causal de nulidad debe estar plenamente acreditada con pruebas en el expediente. A continuación, la Sala examinará el cumplimiento de estos requisitos.

LAS PARTES CONTRATANTES INTERVINIERON EN EL PROCESO

49. El inciso tercero del artículo 141 del CPACA dispone que, en el marco del proceso, el juez puede declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato *“siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”*. La exigencia tiene justificación en la medida que el juez va a interferir por decisión unilateral, sin solicitud de ninguno de los contratantes, en el acuerdo de voluntades, para —ni más ni menos— anular sus efectos en el tráfico jurídico. Las partes del contrato de obra No. 012 de 2015 fueron el municipio de Armenia, por un lado, y la Unión Temporal Vías Armenia, por el otro. El municipio fue el que formuló la demanda²⁷, por lo que está acreditada su intervención en el proceso.

²⁵ C.S.J., Sala de Casación Civil, STC18789-2017, nov. 14/2017, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

²⁶ C.E., Secc. Tercera, Subsección A, exp. 57.822, may. 21/2021, C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

²⁷ Exp. digital, doc. 001.

50. Los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993 dotaron a las uniones temporales y a los consorcios de capacidad jurídica para ser parte de un contrato estatal sometido a esta normativa especial y sus modificatorias, aunque sean agrupaciones empresariales sin personería jurídica. Además de su capacidad de goce, según la jurisprudencia unificada de la Corporación, estas disposiciones también confirieron a dichas estructuras plurales capacidad para ser parte procesal y comparecer directamente a juicio²⁸. La condición de parte recae, pues, en la UT Vías Armenia²⁹.

51. En el expediente hay constancia de la notificación personal del auto admisorio de la demanda a Fernando León Diez Cardona, quien figura como representante de la UT Vías Armenia según el documento de constitución de la estructura plural³⁰. La notificación al representante de una unión temporal es suficiente para que se proyecten los efectos de la providencia notificada a todos sus integrantes, en tanto el párrafo primero del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 establece que se debe designar a una persona que representará a la estructura plural *“para todos los efectos”*. Según la postura unificada de la Corporación, la representación para todos los efectos comprende *“las actuaciones procesales que deban emprenderse o desplegarse con el propósito de reclamar o defender en juicio los derechos derivados de la propuesta o del contrato”*³¹. Así las cosas, las notificaciones se le debían hacer al representante de la estructura plural, como en efecto ocurrió³².

52. En la narración de los hechos de la demanda, el municipio de Armenia indicó que dos de los tres integrantes de la UT Vías Armenia (Constructora Diez Cardona S.A.S. y Furel S.A.) manifestaron su intención de designar un nuevo representante días antes de la finalización del contrato³³. Sin embargo, en el expediente no obra prueba documental de dicha manifestación. Tampoco hay constancia de que la estipulación

²⁸ Expresó la Corporación *“si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales–, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatio ad processum–, por intermedio de su representante”* C.E., Secc. Tercera, Sala Plena, exp. 19.933, sep. 25/2013, C.P. Mauricio Fajardo.

²⁹ Exp. digital, Carpeta 02 Anexo, Documento constitución.

³⁰ Exp. digital, Carpeta 02 Anexo, Documento constitución. En el expediente obra un requerimiento del municipio al señor Fernando León Diez Cardona, posterior a la finalización del contrato, en el que se le solicita informar una dirección para notificaciones en su doble condición de mandatario de UT Vías Armenia y representante legal de la sociedad Constructora Diez Cardona S.A.S (Exp. digital, Carpeta 021 NotificacionDda, doc. 21.3, oficio, pp. 1-2). En respuesta, el señor Diez Cardona manifestó que podía ser notificado a los correos gerencia@ingediez.com; proyectos@ingediez.com; y daliladel@gmail.com (Exp. digital, Carpeta 021 NotificacionDda, doc. 21.3, oficio, p. 5.). Este documento fue remitido al municipio el 26 de octubre de 2018, según consta en el radicado 2018RE36065 (Exp. digital, Carpeta 021 NotificacionDda, doc. 21.3, oficio, p. 4). En el expediente obra la constancia de envío del auto admisorio de la demanda a los tres correos indicados por el apoderado de UT Vías Armenia. Respecto de los dos primeros correos, el sistema de verificación indicó que no fue posible entregar el mensaje a los destinatarios (Exp. digital, Carpeta 021 NotificacionDda, doc. 21.4.). En cambio, respecto del tercer correo (daliladel@gmail.com), el sistema demuestra que el mensaje fue exitosamente entregado (Exp. digital, Carpeta 021 NotificacionDda, doc. 21.1, p.2).

³¹ C.E., Secc. Tercera, Sala Plena, exp. 19.933, sep. 25/2013, C.P. Mauricio Fajardo.

³² C.E., Secc. Tercera, Sub. B., exp. 48.135, sep. 25/2019, C.P. Ramiro Pazos; C.E., Secc. Tercera, Sub. A, exp. 31.753, feb. 12/2014, C.P. Mauricio Fajardo y C.E., Secc. Tercera, Sub. A, exp. 30.250, ene. 29/2014, Mauricio Fajardo.

³³ Exp. digital, doc. 01, pp. 8-10.

contractual sobre la representación de la unión temporal hubiera sido modificada con el consentimiento de todos sus integrantes, requisito indispensable para que surtiera efectos jurídicos tratándose de un contrato plurilateral.

53. Según la jurisprudencia unificada de la Corporación, el representante de una unión temporal no es un mero mandatario de cada uno de los integrantes, individualmente considerados, al que cada miembro pueda revocarle su mandato representativo a través de actos individuales. La finalidad del parágrafo primero del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 es que la Administración tenga un único interlocutor válido, con facultades suficientes para todos los efectos. Admitir lo contrario implicaría que cada integrante podría realizar gestiones ante la entidad por su propia cuenta, por lo que tendría que entenderse con múltiples mandatarios para tratar asuntos de un único contrato, lo que *“resultaría abiertamente contrari[o] a los principios constitucionales y legales de economía, de eficacia y de eficiencia”*³⁴. Por estas razones, la Sala concluye que la UT Vías Armenia, en su condición de parte contratista, fue válidamente vinculada al proceso mediante la notificación del auto admisorio a su representante.

54. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala pone de presente la forma en que los integrantes de la estructura plural, individualmente considerados³⁵, fueron enterados del proceso judicial. A Furel S.A. se le notificó el auto admisorio de la demanda mediante correo electrónico³⁶ e intervino activamente en el proceso, según se expuso en los antecedentes.

55. A la sociedad Constructora Diez Cardona S.A.S. se le remitió el auto admisorio de la demanda el 19 de febrero de 2021 al correo contabilidad@ingediez.com, dirección que no generó constancia de recibo exitosa³⁷. Asimismo, se envió la providencia a los correos electrónicos gerencia@pro-obras.com y asisgerencia@pro-obras.com informados en la demanda³⁸, direcciones de notificación del depositario provisional de la sociedad desde el 29 de julio de 2020³⁹, teniendo constancia de la apertura del mensaje de datos el 19 de febrero de 2021⁴⁰. Por último, se le remitió el mensaje al señor Fernando León Diez Cardona, quien ejercía la representación legal de la sociedad antes de la suspensión del poder dispositivo de la compañía⁴¹, el cual fue entregado exitosamente⁴².

56. Finalmente, a Construcciones Lezo S.A.S se le notificó el auto admisorio de la demanda a la dirección de correo electrónico que fue informada en la demanda⁴³ y

³⁴ C.E., Secc. Tercera, Sala Plena, exp. 19.933, sep. 25/2013, C.P. Mauricio Fajardo.

³⁵ El Consejo de Estado ha sido enfático en la posibilidad que tienen los integrantes de un consorcio o de una unión temporal de intervenir de forma independiente en un proceso judicial. La Subsección ha señalado textualmente: *“los integrantes de una unión temporal pueden, si así lo deciden y siempre que para ello satisfagan los requisitos y presupuestos exigidos en las normas vigentes, comparecer individualmente a los procesos judiciales relacionados con la actividad contractual del Estado”*. C.E., Secc. Tercera, Sub. A, exp. 66.430, may. 11/2022, C.P. Marta N. Velásquez.

³⁶ Exp. digital, Carpeta 021 NotificacionDda, doc. 21.1, p.2.

³⁷ Exp. digital, Carpeta 02 Anexos, Cámara de Comercio, Diez Cardona.

³⁸ Exp. digital, doc. 01, p. 25.

³⁹ Exp. digital, Carpeta 042, Respuesta Requerimiento.

⁴⁰ Exp. digital, Carpeta 021 NotificacionDda, doc. 21.1, p.2.

⁴¹ Exp. digital, Carpeta 02, Carpeta 02 Anexo, contrato de Obra, T. 5, p. 56.

⁴² Exp. digital, Carpeta 021 NotificacionDda, doc. 21.1, p.2.

⁴³ Exp. digital, doc. 01, p. 25.

que pertenece a la depositaria provisional de la sociedad desde el 29 de julio de 2020⁴⁴. Construcciones Lezo S.A.S. también intervino activamente, como evidencian los antecedentes. En conclusión, está cumplido el requisito de que en el proceso hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.

LA NULIDAD ESTÁ PLENAMENTE DEMOSTRADA

57. En el expediente reposaban varios documentos que fueron incorporados al expediente en virtud de la solicitud de prueba trasladada presentada por Compañía Mundial de Seguros S.A. y Construcciones Lezo S.A.S.⁴⁵. Al no haber sido objeto de tacha ni desconocimiento, podían ser valorados sin más formalidades conforme al artículo 174 del CGP⁴⁶. En primer lugar, se encontraba el documento contentivo del interrogatorio rendido por el señor Fernando León Diez Cardona el 26 de marzo de 2018 ante la Fiscalía General de la Nación, en el marco de una investigación penal. El interrogatorio, practicado tras su captura, contiene declaraciones del representante de la UT Vías Armenia sobre el proceso licitatorio y el manejo del anticipo del contrato de obra No. 012 de 2015, en los siguientes términos:

“Ahora le diré cómo se desarrollaron los procesos licitatorios tanto de las dos obras públicas como las interventorías, (...) la CONSTRUCTORA DIEZ CARDONA hizo un modelo de pliegos el cual se suministró a la secretaría jurídica en cabeza del doctor RICARDO RAMÍREZ, en la alcaldía hicieron las modificaciones que determinaron y creyeron pertinentes antes de hacer la publicación en el SECOP (...)”

PREGUNTADO: ¿En qué momento, cuándo y de qué manera le dijo a usted el señor FRANCISCO VALENCIA que los dineros entregados a él de los anticipos de los contratos 012 y 031 de 2015 era para financiar la campaña a la alcaldía del actual alcalde CARLOS MARIO ALVAREZ?

CONTESTÓ: Desde el primer momento me lo dijo, que necesitaba esos recursos para financiar la campaña porque el año siguiente era año electoral”⁴⁷.

58. También se encuentra en el expediente una declaración juramentada rendida por el señor Fernando León Diez Cardona ante la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal el 10 de mayo de 2018⁴⁸. En la diligencia, el representante de UT Vías Armenia manifestó sobre el negocio jurídico objeto del presente proceso:

“[T]odo surgió a raíz de una reunión que sostuve con el señor FRANCISCO VALENCIA en el año 2014, el señor VALENCIA es el esposo de la señora LUZ PIEDAD VALENCIA en ese entonces alcaldesa de Armenia, la reunión se desarrolló en una finca en las afueras de Armenia (...) en esa reunión se planteó la posibilidad de que yo lo apoyara en la estructuración del proyecto de valorización de Armenia, con la contraprestación de que yo haría las obras de valorización más la interventoría a esas obras, la estructuración y el diseño pagando un 10% del valor de cada contrato; le hice la propuesta de que le podía entregar 300 millones adelantados y que los recursos provenientes de los contratos de

⁴⁴ Exp. digital, Carpeta 042, Respuesta Requerimiento.

⁴⁵ Exp. digital, docs. 22.1 y 22.2

⁴⁶ Cfr. C.E., Secc. Tercera, Subsección A, exp. 55.157, jun 17/2022 (párrs. 47 a 49), C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

⁴⁷ Exp. digital, Carpeta 081, IUS-E-2018-161638 IUC-D-2020-1457096, IUS_E_2018_161638_Cuad_2, Cd_FI_183_Cuad_2, Interrogatorio Diez Cardona, pp. 5-10.

⁴⁸ La declaración juramentada hizo parte de los siguientes expedientes disciplinarios: Expedientes IUS-E-2018-161638 IUC-D-2018-1019918, IUC-2018-1099199, IUC-D-75-819938 y IUC-D-118378 (Exp. digital, Carpeta 81 Prueba Físico, IUS-E-2018-161638 IUC-D-2020-1457096, IUS_E_2018_161638_Cuad_2, p. 4). Este documento también hizo parte del expediente disciplinario que se incorporó como prueba trasladada.

estructuración y diseño se los devolvería al 100% con lo cual yo asumiría los gastos de estructuración y diseño. En esa reunión no se tomó ninguna decisión, él quedó de pensarlo y en los días siguientes no recuerdo muy bien al cuanto tiempo, me dijo que sí a la propuesta y yo procedí a entregar los \$300 millones de pesos en efectivo a él directamente y se empezó a trabajar en todo el proceso de estructuración. (...)

Apenas se terminan los estudios y diseños y hay insumos para los procesos licitatorios, particularmente para el paquete uno en el que se construirían 4 obras, se procedió a sacar el proceso licitatorio de la fase donde se construyeron las obras de Centenario, Intercambio vial los Kioscos, Deprimido de la Constitución y la Estación. Este proceso ascendió a \$30.800 millones de pesos más o menos. Salió adelante, me adjudicaron el proceso licitatorio, me entregaron el anticipo de \$9.000 millones de pesos aproximadamente, en ese pago del anticipo en septiembre de 2015 no me hicieron el descuento del impuesto de contribución del 5% el cual me los descontaron (sic) en la primera acta e inmediatamente procedí a entregar del 10% correspondiente de \$3.080 millones más el 10% de la interventoría⁴⁹.

59. Asimismo, en el expediente obraba un oficio de la Fiscalía Veinte (20) Seccional – Unidad Anticorrupción de Armenia, expedido a solicitud del Tribunal Administrativo del Quindío, en el que se certificó la existencia de varios procesos penales en curso contra funcionarios de la alcaldía municipal y el representante de la UT Vías Armenia por hechos relacionados con la celebración del contrato de obra 012 de 2015. Sin embargo, el documento no indicaba el estado procesal de dichas investigaciones. Los procesos se identificaron con los siguientes radicados: 63001600000020190014000, 63001600000020200020600, 63001600000020190011000 y 3001600000020180010200.

60. En vista de los anteriores elementos de juicio obrantes en el expediente, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 213 del CPACA, la Sala decretó pruebas de oficio. Tras haberse dado traslado a las partes, se incorporaron al expediente varios documentos que tampoco fueron objeto de tacha ni desconocimiento, por lo que pueden ser apreciados sin más formalidades conforme lo dispone el artículo 174 del CGP en materia de pruebas trasladadas⁵⁰. Respecto de Luz Piedad Valencia Franco, ex alcaldesa del municipio de Armenia, se anexaron el preacuerdo celebrado con la Fiscalía General de la Nación y la sentencia dictada en el proceso de referencia con constancia de su ejecutoria⁵¹. En relación con Fernando León Diez Cardona, representante de la UT Vías Armenia, se incorporó el documento contentivo de la aplicación y prórroga del principio de oportunidad y la providencia mediante la cual se efectuó el control de legalidad de esta actuación⁵². Finalmente, respecto de Juan Sebastián Londoño Forero, subdirector jurídico del municipio de Armenia, se incorporó la sentencia condenatoria con constancia de su ejecutoria por los hechos relacionados con la celebración del contrato de obra No. 012 de 2015⁵³.

⁴⁹ Exp. digital, Carpeta 81 Prueba Físico, IUS-E-2018-161638 IUC-D-2020-1457096, IUS_E_2018_161638_Cuad_2, pp. 4-6.

⁵⁰ Cfr. C.E., Secc. Tercera, Subsección A, exp. 55.157, jun 17/2022 (párrs. 47 a 49), C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

⁵¹ SAMAI CE, índice 37, docs. 1 y 2; índice 40, doc. 11.

⁵² SAMAI CE, índice 39, doc. 03; índice 40, doc. 07.

⁵³ SAMAI CE, índice 35, pp. 8-23. En la documentación aportada obra la constancia de ejecutoria de la sentencia condenatoria tras el desistimiento del recurso de apelación (SAMAI CE, índice 35, p. 29).

61. La sentencia condenatoria contra Luz Piedad Valencia Franco fue dictada oralmente, en la misma audiencia en la que se aprobó el preacuerdo⁵⁴. Durante la diligencia, la Fiscalía General de la Nación dio lectura a los hechos imputados, los cuales fueron aceptados por la exalcaldesa, tal como quedó registrado en el acta de la diligencia⁵⁵. La formulación de la imputación se presentó en los siguientes términos:

“Se pudo establecer por parte del ente fiscal que la finalidad de cambiar el manual de contratación de la EDUA no fue más que un mecanismo para evadir las modalidades de contratación contenidas en la Ley 80 que le eran obligatorias para la contratación que adelantaría la Secretaría de Infraestructura, y en su defecto la contratación se adelantó bajo la Ley 1150 de 2007 (...). La EDUA tenía capacidad legal o jurídica por la modificación del manual de contratación, pero no tenía la capacidad organizacional financiera técnico operativa y de recurso humano, es decir, era una capacidad diseñada a la medida para poder realizar el direccionamiento de los contratos.

Quiere decir lo anterior que, desde antes de sacar a licitar procesos contractuales aquí reseñados, la señora Luz Piedad Valencia Franco y su grupo ya habían direccionado la entrega de dichos contratos con la finalidad de apropiarse de los recursos públicos destinados al desarrollo de la malla vial de Armenia, dineros que tal y como consta en diferentes peritazgos, no fueron invertidos en los objetos contractuales, sino en el pago de coimas o dádivas, campañas y demás (...).

Se interesó en los contratos de obra pública No- 012 del 21 de julio de 2015 y el contrato No. 031 del 23 de diciembre del 2015 (...) contratos de los cuales desde el año 2014 había realizado una serie de actividades ilícitas, tal y como se indicó al inicio, tendientes a adjudicar a Fernando León Díez y entre sus familias los procesos licitatorios antes señalados, vulnerando las normas contractuales con la única finalidad de obtener beneficios económicos”⁵⁶.

62. En la misma línea, el acta del preacuerdo indicó lo siguiente:

“CONTRATOS DE OBRA N° 012 DEL 21 DE JULIO DE 2015 Y CONTRATO N° 031 DEL 23 DE DICIEMBRE DE 2015. Contratos de los cuales desde el año 2014 había realizado una serie de actividades ilícitas tal y como se mencionó al inicio, tendientes a adjudicar a FERNANDO LEÓN DIEZ y empresas amigas los procesos licitatorios antes señalados. Vulnerando las normas contractuales sino con la única finalidad de obtener beneficios económicos por dicha adjudicación, la cual era liderada por ella y el señor Francisco Valencia, esposo de la mandataria para la fecha de los hechos (...).

CELEBRÓ DE MANERA DIRECTA LOS CONTRATOS DE OBRA N° 012 DEL 21 DE JULIO DE 2015 Y CONTRATO N° 031 DEL 23 DE DICIEMBRE DE 2015. Atendiendo los EMP, se pudo establecer que vulneró los principios de la contratación estatal Ley 80 de 1993 TRANSPARENCIA, ECONOMÍA Y RESPONSABILIDAD artículos 23- 25 y 26 ya que como se consignó en la primera parte del preacuerdo, no cumplió con el requisito de planeación, de selección objetiva, al direccionar la contratación a un grupo de empresas amigas, permitiendo la apropiación del recurso público (...).

En su condición de Alcalde desde el año 2014 y hasta diciembre de 2015, se APROPIÓ EN PROVECHO PROPIO DE \$2.009'726.331 (valor correspondiente al 10% de los malos

⁵⁴ “En atención a la verificación del preacuerdo que se llegó entre la acusada LUZ PIEDAD VALENCIA FRANCO, fiscalía y defensa. El Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia Quindío DISPONE APROBAR el preacuerdo (...). PRIMERO: CONDENAR a LUZ PIEDAD VALENCIA FRANCO, identificada con la cédula de ciudadanía número 41.913.236 expedida en Armenia y de condiciones civiles y personales ya anotadas, a la pena principal de 77 meses de prisión, multa de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y 96 meses de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas. La multa será tasada por la Oficina de Cobro Coactivo de la Oficina de Administración Judicial de la ciudad de Armenia, a quienes se les enviará copia auténtica del acta” (SAMAI CE, Índice 37, doc. 02, pp. 2-3).

⁵⁵ SAMAI CE, Índice 37, doc. 01, minutos 44:30 a 45:10).

⁵⁶ SAMAI CE, Índice 37, doc. 01, minutos 18:05 a 34:50.

manejos del anticipo de los contratos 012 y 031 de 2015) pesos, Y PERMITIÓ QUE TERCEROS SE APROPIARAN DE LOS DINEROS CORRESPONDIENTES A LOS ANTICIPOS de los CONTRATOS DE OBRA N° 012 DEL 21 DE JULIO DE 2015 Y CONTRATO N° 031 DEL 23 DE DICIEMBRE DE 2015, de los cuales por su participación recibió el 10%, tal y como fuera explicado en la tabla de apropiaciones y en la parte inicial del presente documento”⁵⁷.

63. Los hechos admitidos por la exalcaldesa, que fundamentaron la celebración del preacuerdo con la Fiscalía General de la Nación y la emisión de la sentencia condenatoria en su contra, coinciden con los expuestos ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Armenia, que aprobó la prórroga del principio de oportunidad en la modalidad de suspensión de la acción penal⁵⁸ en favor de Fernando León Diez Cardona, representante de la UT Vías Armenia y gerente de Constructora Diez Cardona S.A.S:

“Ellos ya conocían quiénes eran las personas que iban a participar y cuáles ejecutarían los contratos de obra e interventoría de la llamada valorización de la ciudad de Armenia y que se supone mejoraría el desarrollo de la malla vial de esta ciudad. Dicho direccionamiento obedeció al pago de dádivas o coimas a miembros de la administración pública y particulares liderados por el señor Francisco Valencia, quien era el esposo de la exmandataria en esa oportunidad y quienes se concertaron para cometer delitos de que trata el título 15 el Código Penal y apropiarse de los recursos públicos provenientes de los contratos de obra 012 y 031 del 2015, con sus respectivas interventorías dineros que fueron desembolsados por concepto de anticipo a las uniones temporales, Vías y Puentes Armenia; recursos que, se pudo establecer en todo el desarrollo en la investigación, que no fueron utilizados en el desarrollo de las obras, sino en el pago de las campañas políticas, gastos a particulares y dádivas a quienes permitieron la defraudación del municipio de Armenia (...)

Fernando León Diez Cardona concertó, y así fue inicialmente la teoría del caso, con Francisco Javier Valencia y con otros con el fin, pues, de apropiarse de sus recursos públicos, pagados por los ciudadanos de Armenia, tendientes a la construcción de vías para mejorar la valla la malla vial de dicha ciudad, situación que no fuera factible ya que, como se mencionó a lo largo de la exposición, dichos recursos de los anticipos fueron destinados al pago de dádivas que terminaron en las arcas de la familia Valencia, esto es, pues la ex mandataria y su esposo. Dichos pagos eran realizados a través de los empleados del señor Fernando León Diez Cardona (...) El señor Fernando León Diez Cardona, pues fue la persona encargada de estructurar varios de los procesos para las obras, fue seleccionado directamente y él seleccionó directamente al interventor y a la persona que cumplía esa función con el fin de que no tuvieran dificultades para retirar los anticipos de la fiducia, ni se realizara el control a las obras por parte de aquel. Todo lo anterior, auspiciado y conocido, pues por la primera mandataria, en su oportunidad y el Gabinete de Gobierno de la fecha de los hechos todos ellos capturados y actualmente condenados”⁵⁹.

64. Finalmente, por estos mismos hechos, se dictó sentencia condenatoria contra Juan Sebastián Londoño, subdirector jurídico del municipio de Armenia, quien no se

⁵⁷ SAMAI CE, Índice 40, doc. 11, pp. 6-11.

⁵⁸ “Conforme a los hechos narrados y a los elementos materiales probatorios presentados y allegados por la Fiscalía por medios electrónicos, se accede al pedimento y se prorroga por quinta vez la aplicación al Principio de Oportunidad en la modalidad de Suspensión por UN (1) AÑO y bajo los mismos términos de la Resolución expedida por la Fiscalía General de la Nación, término que empieza a partir del vencimiento de la orden inicial anterior, esto es, desde el jueves treinta (30) de enero de 2025” (SAMAI CE, índice 40, doc. 07). Uno de los compromisos pendientes a cargo de Fernando León Diez Cardona por los que se solicitó la prórroga del principio de oportunidad era el reintegro de \$6.135'536.000 (SAMAI CE, índice 40, doc. 07, minutos 45:35 a 45:52). No obstante, en el expediente no hay constancia de que dicho pago se haya realizado.

⁵⁹ SAMAI CE, Índice 40, doc. 07, minutos 27:30 a 31:45.

allanó a los cargos y fue vencido en juicio oral. Tras conocer el fallo de primera instancia, que lo condenó a 55 meses de prisión, desistió del recurso de apelación contra la providencia dictada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito⁶⁰, en la que se concluyó lo siguiente:

“Además de haber participado en la tramitación de los contratos 012 y 031 del 2015 y celebrados los contratos de interventorías (contratos 015 de 2015 y 001 de 2016), JUAN SEBASTIAN LONDOÑO FORERO, se interesó en provecho de terceros en las operaciones en que debió intervenir por razón de su cargo y sus funciones en estos cuatro contratos. Todas estas actividades fueron previamente concertadas entre el señor FRANCISCO JAVIER VALENCIA SALAZAR Y FERNANDO LEON DIEZ CARDONA con varios miembros de la administración municipal, entre ellos JUAN SEBASTIAN LONDOÑO FORERO (...)”

Del análisis de los EMP allegados por la Fiscalía puede notarse que efectivamente el señor JUAN SEBASTIAN LONDOÑO FORERO como subdirector del Departamento Administrativo Jurídico de la Alcaldía de Armenia, cargo que desempeñó entre el 16 de junio de 2014 y el 27 de febrero de 2017, tramitó como representante de la Alcaldía Municipal, por delegación hecha directamente con la Alcaldesa de la época, los contratos No. 012 de 2015 por valor de \$30.807.007.915 con la UNIÓN TEMPORAL vías de Armenia (...)

Adicionalmente se cuenta con EMP de los cuales se aprecia que el señor JUAN SEBASTIAN LONDOÑO FORERO participó en la adjudicación del contrato 012 de 2012 mediante resolución No. 246 del 17 de julio de 2015, señalando que por recomendación del comité evaluador y calificador se adjudica contrato a la UNION TEMPORAL VIAS ARMENIA, cuando conocía que por lo menos uno de los miembros de dicho comité no existía presencialmente y no participó de las actividades delegadas a dicho comité⁶¹.

^{65.} Recaba la Sala en que el preacuerdo es un mecanismo de justicia consensuada mediante el cual un procesado acepta su responsabilidad penal a cambio de un tratamiento jurídico y punitivo menos severo. La Fiscalía General de la Nación tiene facultad discrecional para emplear este mecanismo, pero su aplicación debe garantizar el respeto al debido proceso del indiciado y de las víctimas. Por esta razón, todo preacuerdo debe estar respaldado en elementos materiales probatorios que acrediten los hechos jurídicamente relevantes en los que se fundamenta⁶². Tan es así que el acuerdo debe presentarse ante el juez de conocimiento para su aprobación, en la misma forma de un escrito de acusación⁶³, lo que implica que la Fiscalía solo puede celebrar preacuerdos cuando cuente con evidencias suficientes para formular acusación.

^{66.} El principio de oportunidad, por otra parte, es la facultad constitucional de la Fiscalía General de la Nación de suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal por razones de política criminal. Su propósito es racionalizar la actividad investigativa

⁶⁰ SAMAI CE, Índice 35, p. 29.

⁶¹ SAMAI CE, Índice 35, pp. 8-15.

⁶² Ley 906 de 2004, art. 348: “FINALIDADES. Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso”.

⁶³ Ley 906 de 2004, art. 350: “PREACUERDOS DESDE LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN. Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación (...).”

del Estado en la persecución de delitos⁶⁴, otorgando un trato diferenciado a las conductas punibles que no representan una lesión significativa al orden social⁶⁵. Este principio solo puede aplicarse en los casos taxativamente previstos en la ley, su otorgamiento está sujeto a control judicial por parte del juez de garantías y únicamente procede cuando existan pruebas suficientes para inferir razonablemente la autoría o participación del investigado en la conducta punible y su adecuación típica⁶⁶.

67. En conclusión, tanto el preacuerdo celebrado con la exalcaldesa de la entidad estatal que contrató la obra como el principio de oportunidad aplicado en favor del representante de la unión temporal contratista, están sustentados en elementos probatorios que acreditan los hechos jurídicamente relevantes y permiten inferir la participación de tales sujetos en conductas punibles. Con mayor razón, lo mismo puede afirmarse respecto de la sentencia condenatoria emitida tras el juicio oral contra el entonces subdirector Jurídico del municipio de Armenia, pues esta decisión se adoptó tras superarse el umbral probatorio más exigente del proceso penal: la convicción más allá de toda duda razonable sobre los hechos imputados (Ley 906 de 2004, art. 372). Por lo tanto, los documentos que obran en el expediente, los cuales estuvieron sujetos a contradicción de las partes sin que fueran desconocidos o tachados, permiten a la Sala afirmar que están probados los siguientes hechos, sin que ello implique una definición de responsabilidad penal, la cual ya fue adoptada por las autoridades competentes:

68. *Primero:* En 2014, el señor Fernando León Diez Cardona acordó con el esposo de la entonces alcaldesa del municipio de Armenia, Luz Piedad Valencia, la adjudicación de la licitación para la ejecución de las obras de la Intersección Los Kioscos, el Puente Constitución, la Avenida Centenario y la Estación Turística. Como contraprestación, el señor Diez Cardona se comprometió a pagar una dádiva equivalente al 10% del valor del contrato.

69. *Segundo:* Constructora Diez Cardona S.A.S. elaboró el pliego de condiciones de la licitación y lo remitió a la Secretaría Jurídica del municipio, que posteriormente adelantó el procedimiento administrativo de selección.

⁶⁴ En palabras de la Corte Constitucional, ese propósito “podría ser alcanzado mediante la aplicación de criterios como: “(i) La ínfima importancia social de un hecho punible, idea que parte del reconocimiento de que existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto realmente no hay lesión, ni potencial afectación antijurídica; (ii) La reparación integral y la satisfacción plena de la víctima, especialmente en aquellos delitos de contenido económico; (iii), la culpabilidad disminuida; (iv) o la revaluación del interés público en la persecución de la conducta.” De esta forma, (v) “se evitarían efectos criminógenos de las penas cortas de privación de libertad, estimula la pronta reparación a la víctima y se otorga otra oportunidad de inserción social al que cometió la conducta punible” Corte Constitucional, Sent. C-387 de 2014, M.P. Jorge I. Palacio.

⁶⁵ Corte Constitucional, Sent. C-738 de 2008, M.P. Marco G. Monroy.

⁶⁶ Ley 906 de 2004, art. 327: “Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad. | Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano. | La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”.

70. *Tercero*: UT Vías Armenia, integrada por Constructora Diez Cardona S.A.S., sociedad controlada y administrada por Fernando León Diez Cardona, resultó adjudicataria del proceso licitatorio y, en consecuencia, suscribió con el municipio el contrato No. 012 de 2015.

71. *Cuarto*: El contrato No. 012 de 2015 tuvo un valor aproximado de \$30.000'800.000. Tras el giro del anticipo al contratista, por un monto cercano a \$9.000'000.000, Fernando León Diez Cardona entregó \$3.080'000.000 — equivalentes al 10% del valor del contrato— al esposo de la exalcaldesa de Armenia, a modo de dádiva. Según consta en la investigación penal, estos recursos fueron destinados para la financiación de campañas políticas.

72. Estos hechos configuran tres causales de nulidad absoluta del contrato estatal: (i) la desviación de poder, prevista en el artículo 44.3 de la Ley 80 de 1993, (ii) la causa ilícita y (iii) el objeto ilícito, regulados en los artículos 1519 y 1524 del Código Civil, respectivamente. Estas últimas dos causales son aplicables a los contratos del Estado en virtud del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que remite expresamente al régimen del derecho común en materia de causales de nulidad.

73. La desviación de poder es un vicio que se configura cuando la Administración utiliza sus atribuciones con fines distintos a los expresamente previstos y autorizados en la ley. En el ámbito de la contratación estatal, este vicio se materializa cuando el servidor público, en la fase de formación del contrato, ejerce sus competencias con el propósito de favorecer a un tercero o a sí mismo, en lugar de cumplir el fin legítimo que la ley atribuye a dicha función⁶⁷. En consecuencia, la jurisprudencia ha señalado que este vicio se configura cuando los funcionarios, persiguiendo un provecho para sí, *“eluden los procedimientos de selección objetiva y requisitos previstos por la Ley (...) pues se apartan de los fines de la contratación, del interés público y del bienestar de la comunidad, circunstancias que cuando se desconocen configuran la causal de nulidad absoluta del contrato por actuar con abuso o desviación de poder”*⁶⁸.

74. El proceso licitatorio que dio lugar a la celebración del contrato No. 012 de 2015 se apartó de los fines esenciales de la contratación estatal, cuyo propósito fundamental es la satisfacción del interés general (Ley 80 de 1993, art. 3º). La competencia administrativa para adelantar y dirigir el proceso de contratación (Ley 80 de 1993, art. 11) se desvió de su objeto legítimo y fue utilizada como un mecanismo para defraudar el patrimonio público en favor de intereses privados. En este contexto, la Sala concluye que se configuró la causal de nulidad absoluta por desviación de poder, prevista en el artículo 44.3 de la Ley 80 de 1993.

75. La causa es el motivo o razón que induce a la celebración del contrato. Es ilícita cuando la intención que llevó a contratar está prohibida por la ley o es contraria al orden público o las buenas costumbres⁶⁹, y tiene como consecuencia la nulidad

⁶⁷ C.E., Secc. Tercera, exp. 28.010, mar. 22/2007, C.P. Alier E. Hernández.

⁶⁸ C.E., Secc. Tercera, Sub. B, exp. 63.021, nov. 23/2022, C.P. Fredy H. Ibarra. En similar sentido: C.E., Secc. Tercera, exp. 28.010, mar. 22/2007, C.P. Alier E. Hernández y exp. 15.797, feb. 25/2009, C.P. Myriam Guerrero.

⁶⁹ Código Civil, art. 1524: *“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. | Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al*

absoluta del contrato⁷⁰. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que *“la demostración de actos de corrupción en la celebración de los contratos estatales y la evidencia de que a través de ellos se buscó en realidad favorecer intereses particulares, está sancionada por la ley con la declaratoria de nulidad por causa ilícita”*⁷¹.

⁷⁶. El motivo que llevó a las partes a celebrar el contrato No. 012 de 2015 fue un acuerdo ilícito previo, mediante el cual el contratista, como condición para la adjudicación, aceptó pagar un monto equivalente al 10% del valor del contrato. Esta dádiva habría sido destinada a financiar campañas electorales y fue extraída del anticipo entregado a la UT Vías Armenia. Por consiguiente, la Sala concluye que el contrato No. 012 de 2015 adolece de causa ilícita, lo que acarrea su nulidad absoluta.

⁷⁷. Según el artículo 1519 del Código Civil, hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación. Por otra parte, el artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993 dispone que en los pliegos de condiciones *“se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva”*; asimismo, el artículo 24.8, norma imperativa e indisponible para las partes, establece que las autoridades deben ejercer sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley y tienen prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva⁷².

⁷⁸. La inobservancia deliberada de las reglas y principios que garantizan la selección objetiva de los contratistas constituye una vulneración del derecho imperativo, lo que, conforme a lo expuesto en el párrafo precedente, configura un objeto ilícito. Sobre este punto, la jurisprudencia de la Corporación ha señalado que procede la declaración de nulidad absoluta de un contrato estatal cuando se transgrede el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, al desconocer los procedimientos y reglas que garantizan la selección objetiva de los contratistas⁷³.

⁷⁹. El pliego de condiciones, documento rector del procedimiento administrativo de selección, fue elaborado por uno de los integrantes de la UT Vías Armenia con el propósito de garantizar su adjudicación y, posteriormente, desviar parte de los recursos oficiales para la entrega de dádivas. Este hecho supone una clara vulneración de las normas imperativas previamente descritas, que prohíben la inclusión de reglas que favorezcan la selección de un oferente con la finalidad de destinar recursos públicos a fines ilícitos. En consecuencia, también se desconocieron los principios de selección objetiva y transparencia en la contratación estatal, configurándose, en los términos del artículo 1519 del Código Civil, la causal de objeto ilícito.

orden público. | Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”.

⁷⁰ Código Civil, art. 1741.

⁷¹ C.E., Secc. Tercera, Sub. B, exp. 64.048, jul. 27/2023, C.P. Martín G. Bermúdez.

⁷² Ley 80 de 1993, art. 24: *“Del principio de transparencia. En virtud de este principio: (...) 8°. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.”*

⁷³ C.E., Secc. Tercera, Sub. B, exp. 67.201, may. 25/2023, C.P. Alberto Montaña Plata. En similar sentido, ver: C.E., Secc. Tercera, Sub. A, exp. 26.939, mar. 27/2014, C.P. Hernán Andrade Rincón y Sub. C, exp. 55.596, mar. 13/2024, C.P. Jaime E. Rodríguez Navas.

La procedencia de las restituciones mutuas

80. El artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece en su primer inciso que la declaración de nulidad de un contrato estatal de ejecución sucesiva no impide el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria. Por su parte, el segundo inciso dispone que, en los casos en los que la nulidad del contrato se derive de un objeto o causa ilícita, también procederá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas, siempre que se pruebe que la entidad estatal obtuvo un beneficio y hasta el monto del mismo. El legislador precisó el concepto de beneficio señalando que este se entiende obtenido cuando las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público.

81. El artículo 48 de la Ley 80 de 1993 debe leerse armónicamente con el 1746 del Código Civil, que enuncia la consecuencia jurídica que se desprende —como regla general— de la declaratoria de nulidad de un contrato: el derecho de las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido. Si bien el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 no emplea expresamente el término restituciones mutuas al regular los efectos de la nulidad de los contratos estatales de ejecución sucesiva, sí disciplina esta materia considerando las particularidades de esta tipología contractual en el ámbito de la contratación pública.

82. En los contratos estatales de ejecución sucesiva que involucren prestaciones de hacer y, en general, en aquellos cuya ejecución se prolonga en el tiempo, la posibilidad de ordenar restituciones mutuas *in natura* como mecanismo para deshacer los efectos del negocio jurídico y restablecer el *statu quo ante* puede verse limitada por razones jurídicas y fácticas. Por ejemplo, en un contrato para la provisión de infraestructura vial, como el que es objeto de este litigio, no sería jurídicamente procedente exigir que el contratista restituya las sumas recibidas y que la entidad estatal devuelva las intersecciones viales construidas, dado que estas corresponden a bienes de uso público (Ley 105 de 1993, art. 17)⁷⁴.

83. Cuando la restitución *in natura* resulta imposible por razones jurídicas, materiales o temporales, se acude al subrogado pecuniario y a la ficción de compensación entre las prestaciones ya ejecutadas⁷⁵. En un contrato de arrendamiento, por ejemplo, la imposibilidad de devolver el uso y disfrute del bien entregado se suple con la compensación del valor de este beneficio con los cánones ya percibidos por el arrendador⁷⁶.

⁷⁴ C.E., Secc. Tercera, Sub. A, exp. 30.834, feb. 26//2015. C.P. Hernán Andrade.

⁷⁵ C.S.J. Cas. Civil, sent. 26 de noviembre de 1935, G.J. LVII, p. 640, citado en Hinestrosa, F., Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico II, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 792-794.

⁷⁶ Esta Subsección, en un caso en el que se declaró la nulidad de un contrato interadministrativo cuyo objeto era efectuar la determinación de una contribución de valorización (servicio inmaterial), indicó sobre las restituciones mutuas: “[N]o procede ordenar restituciones mutuas entre el municipio y la EDUA. Esto no se debe a que las prestaciones ejecutadas por la entidad contratista no beneficiaron al municipio de Armenia, como afirmó el Tribunal. La razón de esta decisión es que, tratándose de servicios inmateriales (obligaciones de hacer), es imposible que la entidad contratante los restituya *in natura* a su prestador. Además, carece de sentido ordenarle al municipio que pague en dinero una restitución equivalente a la EDUA por el valor asignado a sus servicios en el contrato y, a su vez, exigir a la EDUA que restituya las sumas recibidas, ya que las obligaciones se extinguirían por compensación”. C.E., Secc. Tercera, exp. 69.233, nov. 18/2024, C.P. José R. SÁCHICA.

84. De acuerdo con lo expuesto, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 no contradice el principio según el cual las partes deben ser restituidas al estado en que se hallarían si el acto o contrato nulo no hubiera existido. Tampoco ordena que la entidad estatal asuma obligaciones dinerarias pendientes de pago, como si el contrato siguiera produciendo efectos jurídicos. Lo que realmente establece es que, para restablecer hasta donde sea posible el *statu quo ante* y frente a la imposibilidad de efectuar la restitución *in natura*, la entidad pague el subrogado pecuniario de las prestaciones ejecutadas por el contratista que no hubieran sido remuneradas antes de la declaratoria de nulidad⁷⁷.

85. Ahora bien, el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 constituye una norma especial frente al artículo 1746 del Código Civil, pues introduce un requisito que no está previsto en el derecho común para ordenar las restituciones. Cuando la nulidad absoluta se origina en un objeto o causa ilícita, el derecho del contratista a obtener la restitución por equivalente pecuniario queda supeditado a que las prestaciones ejecutadas antes de la declaratoria judicial de nulidad hayan beneficiado a la entidad estatal, sin que el reconocimiento pueda superar el monto de dicho beneficio. Este requisito no está previsto en el derecho común y allí radica la especialidad de la regla del derecho público.

86. Este requisito que impone el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 es aplicable en dos hipótesis fácticas diferentes: (i) cuando se hubieran ejecutado prestaciones que, al momento de declararse la nulidad, aún no habían sido remuneradas, y (ii) cuando dichas prestaciones ya habían sido pagadas conforme a lo pactado en el contrato.

87. Si el contratista realizó una prestación que no había sido remunerada, pero esta no generó un beneficio a la entidad estatal, no habrá lugar a su reconocimiento y pago en la sentencia que declara la nulidad del contrato. Si el contratista realizó prestaciones a favor de la entidad estatal y estas fueron remuneradas antes de declararse nulo el contrato, pero se comprueba que no generaron un beneficio a la entidad estatal, el contratista deberá devolver las sumas recibidas en virtud del contrato, pues se entendería que la entidad no le adeuda nada a título de restituciones mutuas. En consecuencia, no se configuraría la compensación como modo de extinción de las obligaciones, dado que esta requiere que ambas partes sean deudoras recíprocas y la entidad estatal no tendría esa condición⁷⁸.

⁷⁷ Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación explicó: “cada parte tiene que restituir a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato anulado, excepto en algunos casos en los cuales por la naturaleza de las prestaciones, este efecto no se puede dar, como cuando ya se han prestado unos servicios, se han consumido unos bienes suministrados o se han ejecutado algunas obras, por lo cual habrá lugar al pago de lo que corresponda mediante una estimación pecuniaria de la prestación a devolver” C.E., SCSC, exp. 2335, may. 15/2018, C.P. Álvaro Namén. En similar sentido, la doctrina señala: “De la precitada norma se desprende lo siguiente: 1) Proceden las restituciones mutuas cuando se declare la nulidad del contrato estatal, incluso si es de ejecución sucesiva, con lo cual el legislador resuelve la problemática planteada frente a esta última modalidad de contratos respecto de los cuales alguna parte de la doctrina y la jurisprudencia, como ya se explicó, negó la procedencia de la restitución, en la idea de que se tornaba imposible para algunos contratos. Pues bien, y conforme se explicó, si por la naturaleza de las prestaciones ejecutadas se hace imposible la restitución *in natura*, procederá el reconocimiento del equivalente pecuniario” Hernández Silva, Aida P., *Las restituciones mutuas en la contratación estatal* en Benavides, José L. (editor), *Fallos referentes en contratación estatal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

⁷⁸ Código Civil, art. art. 1714.

88. En conclusión, la especialidad del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 no radica en hacer inaplicable a los contratos del Estado el artículo 1525 del Código Civil, que establece: “*no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas*”. Su carácter especial consiste en imponer requisitos adicionales para ordenar las restituciones en contratos declarados nulos por causa u objeto ilícito⁷⁹, por obedecer a entornos materiales y jurídicos diferentes.

89. Por lo tanto, para que dichas restituciones sean procedentes, deben verificarse dos elementos: primero, que no se pretenda repetir lo que se haya dado o pagado por las partes que celebraron el contrato a sabiendas de la ilicitud; segundo, debe comprobarse que las prestaciones ejecutadas hayan *beneficiado* a la entidad estatal⁸⁰. Debido a que en este caso se configuraron las causales de nulidad absoluta por objeto y causa ilícita, es necesario analizar la procedencia de las restituciones mutuas conforme al artículo 1525 del Código Civil y determinar si las prestaciones ejecutadas por el contratista beneficiaron a la entidad estatal y, de ser así, por qué monto.

LA REPETICIÓN DE LO QUE SE HA PAGADO POR UN OBJETO O CAUSA ILÍCITA A SABIENDAS

90. El artículo 1525 del Código Civil, que establece que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas, no impide un pronunciamiento sobre las restituciones mutuas en este caso. Como ha señalado la Corporación, el origen histórico de esta norma demuestra que su propósito fue evitar que una parte que celebró un contrato con pleno conocimiento de la ilicitud de su causa u objeto pudiera, mediante la acción de nulidad absoluta, reclamar la restitución de lo que hubiera dado o pagado durante su ejecución⁸¹. En consecuencia, esta regla no se aplica cuando el juez, en ejercicio de sus facultades, declara oficiosamente la nulidad, pues en esta hipótesis no puede afirmarse que una de las partes busca la repetición de lo pagado con pleno conocimiento de la invalidez del acuerdo.

91. La evolución del derecho positivo colombiano reafirma la anterior conclusión. El artículo 15 de la Ley 95 de 1890, que introdujo reformas al Código Civil, establecía que “*la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba*”. Así, en armonía con el artículo 1525 del Código Civil, esta disposición impedía que una parte que contrató con pleno conocimiento de la ilicitud de la causa o el objeto pudiera demandar la nulidad y, consecuencialmente, reclamar la restitución de lo pagado.

92. Sin embargo, esta regla fue modificada por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que eliminó la restricción para alegar la nulidad, permitiendo que cualquier parte la invoque sin importar su conocimiento previo del vicio. Sin embargo, esta reforma no alteró la prohibición de repetir lo pagado en contratos con causa u objeto ilícito, pues

⁷⁹ Ver, entre otras: C.E., Secc. Tercera, exp. 12.249, jul. 06/2005, C.P. Alier E. Hernández y Sub. C. exp. 36.102, jun. 22/2017, C.P. Jaime E. Rodríguez.

⁸⁰ C.E., Secc. Tercera, exp. 25.560, nov. 25/2004, C.P. Germán Rodríguez.

⁸¹ C.E., Secc. Tercera, Sub. C, exp. 27.315, abr. 24/2013, C.P. Jaime O. Santofimio.

ello supondría beneficiarse de la propia culpa. En consecuencia, el régimen jurídico vigente permite que quien contrató a sabiendas de la ilicitud demande la nulidad del contrato, pero le impide pretender la restitución de lo pagado en virtud de dicho negocio⁸².

93. El municipio de Armenia, que promovió la demanda que dio origen a este proceso, no solicitó la nulidad del contrato ni pretende la repetición de las sumas que entregó en virtud de este negocio jurídico. En consecuencia, el artículo 1525 del Código Civil, que impide la restitución de lo pagado cuando se ha contratado con conocimiento de la ilicitud de la causa o el objeto, no resulta aplicable en este caso. Por lo tanto, la Sala está habilitada para pronunciarse sobre las restituciones mutuas.

94. Aun si se considerara aplicable el artículo 1525 del Código Civil, la Subsección ha señalado que su interpretación debe atender las particularidades del caso concreto, evitando que la negativa a ordenar restituciones implique que el negocio jurídico despliegue todos sus efectos como si fuera válido⁸³. En este caso, omitir un pronunciamiento sobre las restituciones permitiría que la UT Vías Armenia retenga en su patrimonio la totalidad de las sumas recibidas, a pesar de que está demostrado que una parte significativa de estos recursos se destinó al pago de dádivas. Un resultado de esta naturaleza es jurídicamente inadmisibles, pues implicaría convalidar un enriquecimiento ilícito. En consecuencia, a la luz del artículo 1525 del Código Civil, resulta procedente ordenar las restituciones mutuas⁸⁴.

EL BENEFICIO OBTENIDO POR LA ENTIDAD ESTATAL

95. La Sala pasa ahora a analizar si la ejecución de las prestaciones de UT Vías Armenia benefició a la entidad estatal.

96. El legislador definió que el beneficio se configura cuando las prestaciones ejecutadas efectivamente satisfacen un interés público. De acuerdo con el significado legal atribuido a esta expresión (Código Civil, art. 28), la mera ejecución de las obras de infraestructura no es suficiente para demostrar la obtención del beneficio. Por lo tanto, es necesario verificar que dichas obras hayan constituido un medio efectivo para la satisfacción del interés público.

⁸² En este sentido: Ospina Fernández, G. y Ospina Acosta, E., *Teoría General del contrato y del Negocio Jurídico* (7ª Ed), Bogotá D.C.: Temis, 2009, p. 445.

⁸³ C.E., Secc. Tercera, Sub. A, Exp. 68.406, dic. 06/2024, C.P. José R. SÁCHICA. “82. En el régimen de contratación estatal, las causales anotadas imponen que para el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas se deba probar el beneficio para el Estado y su monto. En lo que respecta a la procedencia o no de las restituciones cuando las partes actúan “a sabiendas” de la ilicitud, la postura de esta Corporación ha oscilado en dos vértices // 83. De un lado, indicó que la Ley 80 de 1993 no puede leerse en clave de inhibir o impedir las sanciones que se desprenden de la violación del orden jurídico a sabiendas “y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues, como ha indicado la Corte Suprema de Justicia, esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta disposición se aplicaría únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas “ // 84. De otro lado, dijo la jurisprudencia que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador “en cada caso haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo “in pari causa turpitudinem cessat repetitio” y, de otro lado, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válido 46. Agregó que el fundamento de las restituciones mutuas frente al objeto o causa ilícitos en contratación estatal estaba condicionado al beneficio de la entidad, bajo los límites que impone la prohibición constitucional de enriquecimiento sin justa causa y el principio de buena fe”.

⁸⁴ Ídem.

97. El interés público es un concepto jurídicamente indeterminado, cuyo contenido varía según el contexto y los fines del ordenamiento jurídico, como lo ha señalado la jurisprudencia⁸⁵. Sin embargo, su indeterminación no lo convierte en una noción abstracta o especulativa⁸⁶. Su concreción se encuentra en los bienes jurídicos de titularidad del conglomerado, que reflejan el interés común de la sociedad y no el de los individuos de manera aislada⁸⁷. Así, el concepto interés público se proyecta sobre la comunidad política y se articula con los intereses de los ciudadanos, no desde una perspectiva individual, sino en su dimensión colectiva como integrantes de la sociedad⁸⁸.

98. En materia de infraestructuras de transporte, el concepto de interés público no se limita a que las intervenciones de construcción, rehabilitación o mejoramiento sean ejecutadas o contratadas por una entidad perteneciente a la Administración Pública. Tampoco puede reducirse a que su aprovechamiento esté destinado a la colectividad, como ocurre con los bienes de uso público (Código Civil, art. 674), es decir, a que las infraestructuras presenten las características de no rivalidad y no exclusión en el consumo. Incluso, no basta con que una obra sea potencialmente accesible al público para ser considerada un medio para la satisfacción del interés general, pues aceptar esta premisa llevaría, erróneamente, a concluir que la construcción de una obra por encargo de una entidad estatal, sin una justificación basada en estudios de demanda y motivada exclusivamente por el propósito indebido de favorecer intereses privados, satisface dicha condición.

99. El legislador ha definido que las actividades de planificación, ejecución, mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación de los proyectos de infraestructura de transporte constituyen una manifestación del interés general (Ley 1682 de 2013, art. 5). En consecuencia, se han establecido principios y criterios orientadores que garantizan que la infraestructura a cargo de la Nación y las entidades territoriales responda a este objetivo (Ley 1682 de 2013, art. 8). Entre estos principios destacan el de capacidad, que exige optimizar la infraestructura conforme a las condiciones técnicas de oferta y demanda de cada modo de transporte, y el de competitividad, que dispone que la elección del tipo de infraestructura a construir debe considerar factores como la vulnerabilidad ante fenómenos naturales, los beneficios esperados y los costos de construcción. Estos principios especiales, que constituyen criterios fundamentales en la programación y contratación de proyectos de infraestructura, son armónicos con los principios generales de transparencia y planeación que presiden la actividad contractual de las entidades estatales (Ley 80 de 1993, art. 24).

⁸⁵ Corte Const., Sent. C-053-01, M.P. Cristina Pardo.

⁸⁶ Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2023). Interés general y Derecho Administrativo. *Revista De Derecho Administrativo*, (22), 20-36. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/27653>

⁸⁷ Corte Const., Sent. C-555-13, M.P. Gabriel E. Mendoza.

⁸⁸ En este sentido, se ha dicho que el interés público es “el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos”. Escola, Jorge H., *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, pp. 249-250.

100. El expediente contiene elementos probatorios suficientes para concluir que, a pesar de la entrega de dádivas a funcionarios del ente territorial, la construcción de la Intersección Los Kioscos, el Puente Constitución y la Avenida Centenario satisface el interés público. Esto se debe a que dichas obras, que efectivamente fueron ejecutadas, resultaban necesarias para mejorar la movilidad en el perímetro urbano de la ciudad de Armenia, atendiendo al incremento de la demanda en este modo de transporte. Al respecto, la Sala destaca el contenido de los estudios previos, cuya veracidad no se encuentra desvirtuada por ninguno de los demás documentos del expediente, incluidas las pruebas decretadas de oficio:

"[L]a realización y ejecución de los proyectos planteados en el POT es inferior al 10%, la ciudad se encuentra enfrentada hoy a graves problemas de movilidad y además tiene nuevos retos propuestos por la dinámica de competitividad y productividad (...) en los últimos 10 años el parque automotor se ha incrementado en 625% mientras que la malla vial en los últimos 5 años creció aproximadamente un 3% (...).

*Para proteger y fortalecer los sectores de comercio, servicios, turismo y construcción que le apuntan a la productividad, competitividad y empleo de la ciudad, se requiere de la definición y ejecución de un Plan de Obras Viales Estratégicas, que modernice y actualice la malla vial de la ciudad, aprovechando las ventajas de su actual configuración, que complemente la implementación del Sistema Estratégico de Transporte Público - SETP, con habilitación de la infraestructura vial sub-utilizada, que propicie la llegada de inversionistas y compradores, dinamizando la economía y el empleo (...)*⁸⁹.

Dado que las zonas cercanas a Bogotá se ven copadas por la enorme población y los precios de la tierra rural se han situado en niveles de precios casi escandalosos, se prevé un gigantesco desplazamiento de turistas y compradores inmobiliarios a través de la atractiva y rápida vía de conexión Bogotá- Eje Cafetero-Valle del Cauca. El primer impacto lo recibirá el Departamento del Tolima y luego seguirá el turno del Quindío (...).

El panorama "ad portas" presenta, simultáneamente, grandes retos y grandes problemas de movilidad para afrontar que pueden convertirse en notables oportunidades de desarrollo y prosperidad (...). La rápida conexión con Bogotá, como principal mercado de la nación, tendrá efectos de importancia abrumadora, positivos y negativos. A partir de 2017 se incrementará la interrelación en todos los campos. Uno de ellos, el sector inmobiliario, se verá sacudido hasta sus cimientos. En efecto, el acortamiento de las distancias provocará un incontenible alud de la principal masa compradora del país hacia las acogedoras y baratas tierras del Eje Cafetero y del Valle del Cauca. El impacto afectará, primeramente, las tierras rurales.

*En la zona urbana, la necesidad de toda clase de servicios adicionales para un gran número de visitantes planteará nuevas exigencias. Estas, a su vez, generarán un intenso movimiento inmobiliario y un crecimiento no previsto de los precios de la tierra. La ciudad de Armenia presenta una configuración vial que permite la creación de una micro-región urbana rodeada de un ágil y eficiente anillo perimetral. Con ello, la ciudad resolverá un grave problema de estructura urbana que empieza a agobiarla con largos recorridos: dejará de ser una ciudad de funcionamiento longitudinal exclusivamente (...)*⁹⁰.

El departamento del Quindío se ha venido consolidando como destino turístico en los últimos 15 años, convirtiéndola en receptora de un gran número de vehículos provenientes de otros lugares del país, sobre todo en las épocas de Diciembre Enero, Junio Julio, Semana Santa y la semana de receso escolar en el mes de Octubre. Esto unido al crecimiento del parque automotor de la ciudad, el crecimiento de la población, y un desarrollo de la malla vial por niveles inferiores a la demanda actual, ha ocasionado que en algunas intersecciones de la ciudad lleguen a su punto de saturación

⁸⁹ Exp. digital, Carpeta Anexo 02, contrato de Obra, T. 1, pp. 4-6.

⁹⁰ Exp. digital, Carpeta Anexo 02, contrato de Obra, T. 1, pp. 32-34.

*presentándose congestiones vehiculares en horas pico, disminución de la velocidad de operación, accidentalidad, deterioro de la estructura de pavimento*⁹¹.

101. En estas condiciones, el segundo requisito para ordenar las restituciones mutuas se encuentra cumplido. Las prestaciones ejecutadas por el contratista beneficiaron a la entidad territorial, ya que permitieron satisfacer un interés público en materia de movilidad intraurbana, lo cual no implica soslayar la gravedad del hecho de que, en este caso, funcionarios públicos y particulares se hubieran valido de la actuación contractual para obtener un provecho patrimonial indebido.

La cuantía de las restituciones mutuas

102. Por definición legal, el reconocimiento de las restituciones mutuas está limitado cuantitativamente al beneficio obtenido por la entidad estatal con la ejecución de las prestaciones. La Sala considera que dicho beneficio no equivale al 100% de las sumas entregadas por el municipio a la UT Vías Armenia en virtud del contrato de obra ejecutado por el sistema de precios unitarios.

103. Para determinar el valor del beneficio, la Sala descarta la aplicación sin matices del artículo 1498 del Código Civil, según el cual, en los contratos conmutativos, cada parte se obliga a dar o hacer algo que se considera equivalente a lo que la otra debe dar o hacer a su vez. Esta regla no resulta aplicable en este caso, pues la anulación de un negocio jurídico en el que interviene el Estado conlleva la pérdida de aptitud para producir efectos jurídicos. Como consecuencia natural de la nulidad, se suprimen todos los efectos derivados del contrato, incluyendo la presunción (subjetiva) de equivalencia entre las prestaciones, con mayor razón cuando dicha presunción constituye, en sí misma, la fuente del vicio contractual, en la medida en que intereses ajenos al interés público se beneficiaron de esta apariencia.

104. En el presente caso, la Sala confirma que las pruebas obrantes en el expediente acreditan que un 10% del valor estimado del contrato, correspondiente a recursos oficiales entregados al contratista, fue desviado para el pago de dádivas ilegales. En consecuencia, dichos recursos no se destinaron a cubrir los costos directos e indirectos de las obras viales en el perímetro urbano de Armenia, sino que fueron empleados para financiar una promesa remuneratoria ilícita. Por lo tanto, las sumas desviadas con un propósito ilegal y ajeno a la construcción de la infraestructura no pueden integrar la relación de equivalencia prestacional prevista en el artículo 1498 del Código Civil, motivo por el cual deben excluirse de la ecuación en el cálculo de las restituciones por equivalente.

105. La exclusión de este valor en la cuantificación del beneficio responde al mandato legislativo que restringe las restituciones mutuas al monto del provecho real obtenido por la entidad. En efecto, la valoración de las prestaciones ejecutadas por el contratista no puede equipararse, de forma simplista, a las sumas pagadas por la entidad estatal, cuando es evidente que existió un sobreprecio destinado a financiar actividades ilegales. Esta solución, dicho sea de paso, ha sido aplicada en el ámbito internacional, donde se ha ordenado la deducción de las dádivas pagadas

⁹¹ Exp. digital, Carpeta Anexo 02, contrato de Obra, T. 1, p. 51.

ilegalmente a funcionarios gubernamentales del importe de las restituciones en contratos nulos (ICC, caso 11307 de 2003)⁹².

¹⁰⁶. Finalmente, la Sala considera que el beneficio real obtenido por la entidad no equivale al 100% de las sumas entregadas por el municipio a UT Vías Armenia, ya que dicho monto incluye, además de los costos directos e indirectos de la obra, el margen de utilidad del contratista. Como se detallará más adelante, los valores facturados por UT Vías Armenia con fundamento en las 16 actas de avance corresponden al resultado de multiplicar los precios unitarios convenidos para cada ítem de obra por las cantidades realmente ejecutadas. Estos precios unitarios comprenden los costos directos del contratista (materiales, mano de obra, maquinaria y equipo), los costos indirectos (seguros, arrendamientos de oficina, administración, impuestos) y un componente de utilidad expresado como un porcentaje de los costos directos.

¹⁰⁷. Según lo ha precisado la Subsección, el concepto de beneficio al que se refiere el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 no incluye el reconocimiento de una utilidad a favor del contratista⁹³. La utilidad empresarial de este no forma parte ni puede confundirse con el beneficio obtenido por la entidad estatal, pues el interés público no se ve satisfecho cuando un particular que obtuvo un contrato mediante corrupción genera una ganancia neta tras deducir los costos de producción de los ingresos percibidos en su ejecución. No se trata de una sanción, sino de una consecuencia natural derivada de la imposibilidad legal de remunerar una actividad ilícita.

¹⁰⁸. Además, la utilidad presupone la existencia y validez de la fuente que la genera. Dado que la nulidad del contrato implica retrotraer las cosas al estado anterior a su celebración, no es posible incluir en las restituciones mutuas, a favor del contratista, la utilidad que el contrato habría derivado de su ejecución, ya que este ha sido retirado del ordenamiento jurídico. Aun si se dejara de lado lo anterior, reconocer dicha utilidad resultaría inadmisiblesi se constata que el contratista actuó con conocimiento de la ilicitud, pues ello supondría validar una conducta contraria al principio de buena fe, según el cual nadie puede beneficiarse de su propio dolo o culpa.

¹⁰⁹. Finalmente, la Sala destaca que esta interpretación es coherente con la *ratio legis* de las disposiciones que regulan el alcance de las restituciones mutuas cuando se declara la nulidad de contratos para la provisión de infraestructura mediante esquemas de asociación público-privada (APP). En efecto, el artículo 20 de la Ley

⁹² International Chamber of Commerce, *Final Award in Case No. 11307 de 2003*, 51. En: Albert Jan Van Den Berg (ed.). *Yearbook commercial arbitration*. Kluwer International, pp. 54-55: “[108] Y intentó justificar los pagos de la “comisión” argumentando que las sumas pagadas o pagaderas al Intermediario A constituían un costo necesario. En la acción LC se proporcionaron detalles, principalmente, sobre los trabajos presuntamente realizados y los servicios supuestamente prestados. Aunque es posible que dichos trabajos se hayan ejecutado y que los servicios se hayan prestado, el Tribunal no acepta que X haya obtenido algún beneficio de ellos. Además, estos no representan costos que un contratista distinto hubiera esperado cobrar, salvo que también estuviera involucrado en el pago de sobornos. [109] En consecuencia, a juicio del Tribunal, la suma que representa el valor adecuado de los trabajos realizados y los servicios prestados por Y a X asciende a \$47.132.121 dólares estadounidenses. En otras palabras, esta es la cantidad que refleja el “precio comercial adecuado” de dichos trabajos y servicios” (traducción libre). Disponible en: https://api.pageplace.de/preview/DT0400.9789041165480_A42018286/preview-9789041165480_A42018286.pdf

⁹³ C.E., Secc. Tercera, exp. 66.102, abr. 08/2024, C.P. José R. Sáchica

1882 de 2018 establece un límite al monto de las restituciones que pueden recibir los accionistas del concesionario, una vez se haya pagado el pasivo externo. La norma prescribe que este remanente no puede ser superior a los aportes de capital de sus socios menos los dividendos decretados, dividendos pagados y descapitalizaciones⁹⁴. Así, el legislador excluye de la protección jurídica los retornos sobre la inversión de capital (*equity*) cuando el contrato ha sido declarado nulo por objeto o causa ilícita, reafirmando que en estos casos no puede haber reconocimiento de utilidad o provecho para quienes participaron en un negocio jurídico viciado de nulidad.

¹¹⁰. De hecho, tras emitirse la sentencia C-207 de 2019, que declaró la exequibilidad condicionada del mencionado artículo, los accionistas ni siquiera tienen derecho a este remanente en determinados casos⁹⁵. En efecto, pierden el capital aportado para financiar la ejecución de las obras cuando ha mediado una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, que da lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos. Asimismo, esta sanción se extiende a quienes participaron en la celebración del contrato con conocimiento de su ilicitud, reafirmando el principio según el cual no puede derivarse beneficio alguno de un negocio jurídico viciado de nulidad.

¹¹¹. De acuerdo con las premisas expuestas, la Sala procede a determinar la cuantía de las restituciones a cargo de las partes del contrato de obra No. 012 de 2015.

¹¹². En el expediente obran 16 actas parciales de obra con las memorias de cálculo de cantidades realmente ejecutadas⁹⁶. El municipio de Armenia, en respuesta a la solicitud de una prueba por informe formulada por el Tribunal, certificó el estado de ejecución de las obras mediante la remisión de las actas que contienen las cantidades realmente ejecutadas⁹⁷. Al hacerlo, validó implícitamente su contenido. La información respecto de las actas parciales coincide también con el informe técnico realizado por la Secretaría de Infraestructura del municipio sobre el contrato de obra No. 12 de 2015, que incluyó una revisión documental y la visita al sitio de obra tres

⁹⁴ Ley 1882 de 2018, art. 20: “Modifíquese el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así: Artículo 32. Terminación anticipada. (...) **Parágrafo 1º.** En los contratos de Asociación Público Privada suscritos o que se suscriban, cuando una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta, en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. Estos factores serán actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) histórico desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación. | Los reconocimientos a que haya lugar deberán cumplir con los siguientes criterios, los cuales serán validados por la interventoría o por un tercero experto: (...) El concesionario no podrá recibir como remanente, luego del pago de las acreencias, una suma superior a los aportes de capital de sus socios menos los dividendos decretados, dividendos pagados y descapitalizaciones, lo anterior actualizado por IPC”.

⁹⁵ Textualmente expresa la providencia: “La Corte Constitucional encuentra que el inciso primero del parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 se ajusta a lo dispuesto por los artículos 1, 4, 58 y 83, bajo el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud” Corte Const., sent. C-207 de 2019, M.P. Cristina Pardo.

⁹⁶ Exp. digital, Carpeta Anexo 02, Actas parciales de pago.

⁹⁷ Exp. digital, Carpeta 082.

meses antes de la presentación de la solicitud de conciliación⁹⁸. En dicho informe se destacó la dificultad técnica de realizar un levantamiento detallado de cantidades debido a que las obras ya se encontraban concluidas⁹⁹. En consecuencia, la Sala tomará estos documentos como referencia para la cuantificación de las restituciones.

113. A título de restituciones mutuas derivadas de la nulidad absoluta del contrato, la UT Vías Armenia debe reintegrar a la entidad estatal la totalidad de los recursos (caja) recibidos durante la ejecución del contrato No. 12 de 2015. Según (i) el informe presentado por el municipio en cumplimiento de una decisión del Tribunal Administrativo¹⁰⁰, (ii) el informe final de la interventoría¹⁰¹, (iii) el informe técnico sobre la ejecución del contrato elaborado por la Secretaría de Infraestructura del municipio¹⁰² y (iv) las 16 actas de obra parcial con sus anexos explicativos¹⁰³, este monto asciende a \$27.787'051.850.

114. El monto de \$27.787'051.850 resulta de la suma del valor de las 16 actas parciales de obra, que incluyen el dinero efectivamente desembolsado y la deducción por amortización (\$26.492'653.009), más el saldo del anticipo no amortizado (\$1.294'398.841)¹⁰⁴. Desde el punto de vista de los flujos de tesorería, este monto equivale a la suma del anticipo total entregado (\$9.242'102.375) y los pagos efectivamente realizados al contratista conforme a las 16 actas parciales de obra (\$18.544'949.475)¹⁰⁵.

INFORMACIÓN FINANCIERA	
Fecha de corte	Junio 28 de 2018
Valor del Contrato	\$30.807'007.915,00
Valor del Anticipo	\$9.242.102.375,00
Valor Pagado en Actas	\$ 26.492.653.009
Saldo por Pagar	\$ 4.314.354.906
Anticipo Amortizado	\$7.947.703.534
Saldo por Amortizar	\$ 1.294.398,841

⁹⁸ Exp. digital, Carpeta Anexo 02, Informe Técnico.

⁹⁹ Indica el informe: *“De acuerdo a la visita de obra realizada, no es posible determinar el estado de las mismas (calidad y estabilidad) ni cuantificar lo realmente ejecutado, puesto que se requeriría de análisis especializados como densidades, esclerometrías, levantamientos topográficos y otros”* (Exp. digital, Carpeta Anexo 02, Informe Técnico, p.25).

¹⁰⁰ Exp. digital, Carpeta 082, Oficio, p. 7.

¹⁰¹ Exp. digital. Carpeta 082, doc. 09, pp. 7;

¹⁰² Exp. digital, Carpeta Anexo 02, Informe Técnico, pp. 3-4.

¹⁰³ Exp. digital, Carpeta Anexo 02, Actas parciales de pago.

¹⁰⁴ Los comprobantes de pago de las actas parciales obran en la siguiente ubicación del expediente: Exp. digital, Carpeta 02 Anexos, Certificación pagos.

¹⁰⁵ Al efectuar la operación conforme a los valores de la tabla, el resultado muestra una diferencia de \$92.367,30

DESCRIPCIÓN	FECHA PAGO	VR ACTA	VR PAGADO	SALDO
ANTICIPO		\$ 9.242.102.375,00	\$ 9.242.102.375,00	
ACTA PARCIAL 1	30-dic-15	\$ 9.436.851.276,00	\$ 6.605.795.893,20	\$ 21.370.156.639,00
ACTA PARCIAL 2		\$ 2.490.139.779,00	\$ 1.743.097.845,30	\$ 18.880.016.860,00
ACTA PARCIAL 3	10-may-16	\$ 2.390.591.941,00	\$ 1.673.414.358,70	\$ 16.489.424.919,00
ACTA PARCIAL 4		\$ 1.063.754.180,00	\$ 744.627.926,00	\$ 15.425.670.739,00
ACTA PARCIAL 5	01-ago-16	\$ 877.572.822,00	\$ 614.300.975,40	\$ 14.548.097.917,00
ACTA PARCIAL 6	09-sep-16	\$ 1.381.277.700,00	\$ 966.894.390,00	\$ 13.166.820.217,00
ACTA PARCIAL 7	05-oct-16	\$ 1.020.920.814,00	\$ 714.644.569,80	\$ 12.145.899.403,00
ACTA PARCIAL 8	16-nov-16	\$ 1.528.979.832,00	\$ 1.070.285.882,40	\$ 10.616.919.571,00
ACTA PARCIAL 9	15-dic-16	\$ 1.930.950.145,00	\$ 1.351.665.101,50	\$ 8.685.969.426,00
ACTA PARCIAL 10	30-ene-17	\$ 753.891.582,00	\$ 527.724.107,40	\$ 7.932.077.844,00
ACTA PARCIAL 11	01-mar-17	\$ 1.173.169.963,00	\$ 821.218.974,10	\$ 6.758.907.881,00
ACTA PARCIAL 12	30-mar-17	\$ 522.235.065,00	\$ 365.564.545,50	\$ 6.236.672.816,00
ACTA PARCIAL 13	20-abr-17	\$ 430.844.814,00	\$ 301.591.369,80	\$ 5.805.828.002,00
ACTA PARCIAL 14		\$ 751.332.760,00	\$ 525.932.932,00	\$ 5.054.495.242,00
ACTA PARCIAL 15	24-abr-17	\$ 610.238.953,00	\$ 427.167.267,10	\$ 4.444.256.289,00
ACTA PARCIAL 16	20-mar-18	\$ 129.901.385,00	\$ 90.930.969,50	\$ 4.314.354.904,00
VALOR PAGADO				\$ 26.492.653.011,00
VALOR CONTRATO				\$ 30.807.007.915,00

115. Por otro lado, el municipio de Armenia debe restituir a la UT Vías Armenia el beneficio económico efectivamente recibido con la ejecución de la obra, correspondiente a las sumas entregadas al contratista conforme a los documentos anteriormente referidos (\$27.787'051.850), previa deducción de dos conceptos: el primero corresponde al 10% del sobreprecio identificado en la adjudicación del contrato, destinado al pago de dádivas, equivalente al 10% del valor del contrato (\$3.080'700.791).
116. La segunda deducción corresponde al margen de utilidad incorporado en los precios unitarios aplicados a la liquidación de las obras. En cada una de las 16 actas parciales se desglosaron los valores correspondientes a administración (25%), imprevistos (1%) y utilidad (4%), así como el monto equivalente a cada rubro⁸⁷. En consecuencia, es posible determinar el valor de la utilidad contenida en cada acta para excluirlo del monto a restituir.

Acta parcial	Utilidad
1	\$290'364.655
2	\$76'619.686
3	\$73'556.675
4	\$32'730.898
5	\$27'211.560
6	\$42'500.852
7	\$31'412.948
8	\$47'045.533

9	\$59'413.851
10	\$23'196.664
11	\$36'097.537
12	\$16'068.771
13	\$13'256.764
14	\$23'117.931
15	\$18'776.583
16	\$3'996.966
Total	\$815.367.874

117. Por tanto, las restituciones a cargo de la entidad territorial ascienden a \$23.890'983.185 ([$\$27.787'051.850$] – [$\$3.080'700.791$] - [$\$815'367.874$]). Dado que la cuantía de la obligación restitutoria a cargo de cada parte no es equivalente, la deuda de la UT Vías Armenia no se extingue en su totalidad mediante compensación (Código Civil, art. 1715). En consecuencia, la UT Vías Armenia adeuda a la entidad territorial tres mil ochocientos noventa y seis millones sesenta y ocho mil seiscientos sesenta y cinco pesos ($\$3.896'068.665$), monto que resulta de la diferencia entre la restitución a cargo del contratista ($\$27.787'051.850$) y la restitución por equivalente pecuniario a cargo de la entidad estatal ($\$23.890'983.185$).

118. Sobre el valor histórico actualizado¹⁰⁶ se liquidarán intereses, conforme a lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, que establece: “*en las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias (...)*” (Énfasis añadido). En este contexto, el reconocimiento de intereses o frutos sobre el capital no constituye una sanción, sino que obedece a un mandato legal basado en la equidad. Como ha señalado la jurisprudencia civil, “*la causa de la orden de restitución con intereses que sigue a la declaratoria judicial de nulidad, inexistencia o en general ineficacia del acto jurídico estriba en una razón de equidad, como ya se dijo, que el propio legislador ha tomado en consideración como base de una obligación de fuente legal, desde el encabezado mismo del transcrito artículo 1746 del Código Civil*”¹⁰⁷.

119. La tasa de interés aplicable será la prevista en el artículo 1617 del Código Civil, equivalente al 6% anual. En este caso, no resulta procedente aplicar el artículo 4.8 de la Ley 80 de 1993, pues (i) dicha norma supletiva regula los intereses en eventos de mora, entendida como la sanción derivada del incumplimiento culpable de una obligación dineraria¹⁰⁸ y (ii) el reconocimiento de intereses dentro del régimen de restituciones mutuas responde a un mandato expreso del ordenamiento civil, previsto en el artículo 1746 del Código Civil, el cual remite, en lo relativo a los frutos del dinero, al contenido del artículo 1617 del mismo estatuto¹⁰⁹.

¹⁰⁶ La actualización se efectuará desde la fecha de la última acta de ejecución parcial suscrita por las partes. De acuerdo con los documentos del expediente, el acta de ejecución parcial No. 16 se suscribió el 21 de marzo de 2018 (Exp. digital, Carpeta 02 Anexos, Actas parciales, p. 184).

¹⁰⁷ C.S.J., Cas. Civil, SC10097-2015, jul. 31/2015, M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz.

¹⁰⁸ Al respecto, en la sentencia C-965 de 2003, la Corte Constitucional señaló: “*En este contexto, se repite, la tasa del doble del interés legal busca amparar al acreedor por el daño antijurídico que le representa el retardo injustificado de la entidad en el pago de la obligación, pero sin consideración a su poder adquisitivo*”.

¹⁰⁹ En este sentido, la jurisprudencia civil ha precisado que, en el marco de la obligación restitutoria, la cuantificación de los frutos del dinero tampoco puede fundarse en lo dispuesto en el artículo 884 del Código

Valor histórico	Mes de IPC final	IPC final	IPC inicial (marzo de 2018)	Valor actualizado
\$ 3.896.068.665	dic-18	100	98,45	\$ 3.957.408.497
\$ 3.896.068.665	dic-19	103,80	98,45	\$ 4.107.790.020
\$ 3.896.068.665	dic-20	105,48	98,45	\$ 4.174.274.482
\$ 3.896.068.665	dic-21	111,41	98,45	\$ 4.408.948.806
\$ 3.896.068.665	dic-22	126,03	98,45	\$ 4.987.521.928
\$ 3.896.068.665	dic-23	137,72	98,45	\$ 5.450.142.982
\$ 3.896.068.665	dic-24	144,88	98,45	\$ 5.733.493.430
\$ 3.896.068.665	feb-25	147,90	98,45	\$ 5.853.007.167

Inicio	Final	Días	Interés legal anual	Interés proporcional	Capital (actualizado)	Intereses moratorios periodo	Intereses acumulados
22/03/2018	31/12/2018	285	6,00%	4,7%	3.957.408.496,70	185.401.877,52	185.401.877,52
1/01/2019	31/12/2019	365	6,00%	6,0%	4.107.790.019,57	246.467.401,17	431.869.278,69
1/01/2020	31/12/2020	366	6,00%	6,0%	4.174.274.482,32	251.142.651,05	683.011.929,74
1/01/2021	31/12/2021	365	6,00%	6,0%	4.408.948.806,17	264.536.928,37	947.548.858,11
1/01/2022	31/12/2022	365	6,00%	6,0%	4.987.521.928,39	299.251.315,70	1.246.800.173,81
1/01/2023	31/12/2023	365	6,00%	6,0%	5.450.142.981,65	327.008.578,90	1.573.808.752,71
1/01/2024	31/12/2024	366	6,00%	6,0%	5.733.493.430,02	344.952.097,87	1.918.760.850,58
1/01/2025	4/04/2025	94	6,00%	1,5%	5.853.007.166,62	90.440.987,45	2.009.201.838,03

120. En conclusión, se declarará la nulidad absoluta del contrato No. 012 de 2015 y se condenará a la UT Vías Armenia a pagar a la entidad territorial la suma total de siete mil ochocientos sesenta y dos millones doscientos nueve mil cinco pesos (\$7.862’209.005), a título de restituciones mutuas. Este monto corresponde a la sumatoria del capital actualizado más los intereses causados a la fecha de la sentencia ([$\$5.853'007.167$] + [$\$2.009'201.838$]).

121. Los integrantes de la Unión Temporal responderán solidariamente por el cumplimiento de la obligación restitutoria. Como se desprende de la exposición de motivos del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, la única diferencia entre un consorcio y una unión temporal radica en la ausencia de solidaridad respecto de las sanciones derivadas del incumplimiento, dado que en este último caso cada integrante de la unión temporal responde según su participación en la ejecución del contrato. Sin embargo, respecto de las demás obligaciones surgidas *con ocasión del contrato*, el tratamiento es idéntico: existe solidaridad pasiva:

“Como se anotó, en lo relativo a la responsabilidad del consorcio, se mantiene el criterio según el cual las personas que lo integran responden solidariamente de las obligaciones surgidas con ocasión de la propuesta y de la celebración y ejecución del contrato.

de Comercio: “Si como queda visto, en la composición del interés legal comercial, identificado con el interés bancario corriente, se fusionan los factores preanotados, uno de los cuales procura recomponer el capital, es decir, compensar la depreciación que pueda experimentar, ningún error cometió el Tribunal cuando dejó de aplicar, para los efectos que se comentan, el artículo 884 del Código de Comercio, por considerar que al condenar simultáneamente al pago de una suma de dinero indexada, e intereses legales comerciales sobre el mismo valor, se privilegiaría injustamente al acreedor, quien doblemente vería retribuida la desvalorización del capital, en perjuicio del deudor, y con evidente desconocimiento de la finalidad buscada por el artículo 1746 del Código Civil”. C.S.J., Cas. Civil, SC3971-2022, mar. 23/2023, M.P. Hilda González Neira.

*En concordancia con lo anterior prevé expresamente que las actuaciones, hechos u omisiones que tengan lugar en desarrollo de la propuesta y del contrato, se imputarán a cada uno de sus miembros. En cuanto a la unión temporal, definida igualmente en el artículo 7°, **puede decirse que se trata de una figura que reúne todas las característica genéricas del consorcio**, siendo su diferencia específica la posibilidad de que quienes la integran determinen cuál ha de ser el alcance y contenido de participación de cada uno en la ejecución del objeto contratado, de tal manera que, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria por el cumplimiento de la propuesta y del contrato, los efectos de los actos sancionatorios recaigan exclusivamente sobre la persona que incurrió en la falta o en el incumplimiento específico”¹¹⁰*

¹²². La Sala no desconoce que la fuente inmediata de la obligación restitutoria es la sentencia judicial que pone fin al proceso. Sin embargo, ello no significa que sea ajena a la celebración del contrato; si este no se hubiera celebrado, no habría surgido la obligación de restituir. En este sentido, se trata de una obligación que nace *con ocasión del contrato* y cuya cuantificación depende de lo que se pruebe haber ejecutado mientras el contrato produjo efectos jurídicos entre las partes. Además, esta obligación no constituye una sanción por incumplimiento, sino un remedio jurídico destinado a suprimir las consecuencias materiales derivadas de la ejecución del acto anulado. En consecuencia, los integrantes de la UT Vías Armenia están obligados solidariamente a su cumplimiento. Esta conclusión se confirma al examinar el numeral 4º del acuerdo de constitución de la UT Vías Armenia, en el que las partes estipularon, sin restricción alguna, lo siguiente: “4. *La responsabilidad de los integrantes de la Unión Temporal es solidaria*”¹¹¹.

Costas

¹²³. De acuerdo con el artículo 188 del CPACA, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CGP¹¹². Según el numeral 1 del artículo 365 del CGP, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso. Además, el numeral 4 establece que, cuando la sentencia de segunda instancia revoque en su totalidad la de primera instancia, se debe condenar a la parte vencida a pagar las costas de ambas instancias. En este caso no puede considerarse que haya una parte vencida, ya que la fuente de derechos y obligaciones alegada por las partes —el contrato No. 12 de 2015— fue declarado nulo. Por tanto, la Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

¹¹⁰ Exposición de Motivos Ley 80 de 1993, en Gaceta del Congreso No. 75 del 23 de septiembre de 1992.

¹¹¹ Exp. digital, Carpeta Anexo 02, Documento constitución UT Vías Armenia.

¹¹² El proceso inició con posterioridad al 2 de julio de 2012. Por tanto, se rige por el CPACA de acuerdo con su artículo 206.

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad absoluta del contrato de obra No. 12 de 2015, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Unión Temporal Vías Armenia y de manera solidaria a sus integrantes, esto es, Constructora Diez Cardona S.A.S., Furel S.A. y Construcciones Lezo S.A.S., a pagar en favor del municipio de Armenia, a título de restituciones mutuas, la suma de siete mil ochocientos sesenta y dos millones doscientos nueve mil cinco pesos (\$7.862'209.005).

CUARTO: Sin condena en costas en esta instancia.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
Aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLOREZ
Aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

***Nota:** se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.*



VF