NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Declaratoria oficiosa – Estudio preferente de la validez del negocio jurídico – Orden de análisis de los cargos de apelación

[…] de conformidad con el artículo 1742 del Código Civil y el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, el juez debe declararla de oficio cuando aparezca de manifiesto. Por ello, se debe examinar, inicialmente, los cuestionamientos formulados en el recurso de apelación respecto de la validez del contrato y determinar si se configura alguna causal de nulidad absoluta. Solo de descartarse la invalidez del negocio jurídico, se estudiarán los demás cargos.

CONTRATO ESTATAL – Nulidad Absoluta – Artículo 44 de la Ley 80 de 1993 – Artículo 1741 del Código Civil–Ilicitud del Objeto

El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y, además, en los eventos expresamente establecidos en esa disposición. En el presente asunto, la Sala no advierte que el vicio objeto de examen corresponda al supuesto previsto en el numeral 2 de esa norma, pues la eventual nulidad no se fundamenta en la celebración del contrato contra una prohibición expresa de carácter constitucional o legal.

En cuanto a las causales previstas en el derecho común, el artículo 1741 del Código Civil establece que la ilicitud del objeto produce nulidad absoluta y el artículo 1519 dispone que existe objeto ilícito en todo aquello que contravenga el derecho público de la Nación. En consecuencia, si se establece que quien celebró el contrato 518 de 2011 en nombre del Departamento carecía de una habilitación jurídica válida para ejercer esa competencia, corresponderá determinar si ese defecto comporta una contravención del derecho público y, por esa vía, configura la nulidad absoluta del negocio jurídico.

El cuestionamiento se refiere a la competencia de quien suscribió el negocio en nombre del departamento. Por ello, si se demuestra que esa competencia no le fue válidamente atribuida, su incidencia sobre la validez contractual deberá examinarse a partir de las causales del derecho común incorporadas por el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, particularmente la contravención del derecho público prevista en el artículo 1519 del Código Civil.

NULIDAD ABSOLUTA – Facultad de declaratoria de oficio – Artículos 45 de la Ley 80 de 1993 y 1742 del Código Civil – Inexistencia de exigencia de pretensión autónoma de nulidad – Límites de la facultad judicial – Concurrencia de las partes del negocio jurídico

El artículo 1742 del Código Civil establece el deber del juez de declarar de oficio la nulidad absoluta cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato. La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado, además, que para su declaración, el vicio debe encontrarse acreditado y deben concurrir al proceso las partes del negocio jurídico. En este asunto, los contratantes concurren al proceso, por lo que corresponde establecer si se configura una causal de nulidad absoluta y si se satisfacen los demás presupuestos para su declaración.

La facultad prevista en los artículos 45 de la Ley 80 de 1993 y 1742 del Código Civil no está condicionada a la formulación de una pretensión dirigida a obtener la nulidad del contrato y puede ejercerse en cualquier instancia. Su ejercicio no desconoce, por sí mismo, el principio de congruencia ni los límites de la apelación, pues la validez del negocio jurídico constituye un presupuesto para decidir las pretensiones fundadas en su cumplimiento o incumplimiento. Sin embargo, esa potestad no autoriza al juez a construir una causal de nulidad a partir de circunstancias inciertas o de elementos que no estén acreditados: el vicio debe aparecer de manifiesto y en el proceso deben concurrir quienes intervinieron en el contrato.

COMPETENCIA CONTRACTUAL – Delegación de funciones – Requisitos y límites subjetivos de la delegación – Servidores públicos de la entidad delegante

[…]en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 que solo permite delegar en "*servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.*

Los artículos 11 y 12 de la Ley 80 de 1993 deben interpretarse de manera conjunta. El primero atribuye a los gobernadores la competencia para dirigir los procesos de selección y celebrar contratos en nombre de la respectiva entidad; el segundo permite que los jefes y representantes legales deleguen total o parcialmente esa competencia en servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o sus equivalentes. Esta habilitación conserva carácter intraorgánico: transfiere el ejercicio de la competencia, no su titularidad, y exige que el destinatario sea un servidor público integrado a la estructura de la entidad delegante. Por consiguiente, el artículo 12 no autoriza, por sí solo, la transferencia de la competencia contractual del Departamento a un servidor perteneciente a una persona jurídica pública distinta.

COMPETENCIA PARA CONTRATAR – Artículo 1742 del Código Civil– NULIDAD ABSOLUTA – Declaratoria de oficio – Configuración de los presupuestos del artículo 1742 del Código Civil

En el presente asunto concurren los presupuestos del artículo 1742 del Código Civil para declarar de oficio la nulidad. El vicio aparece de manifiesto en el contrato y en la Resolución 627 de 2011: el primero fue celebrado por el gerente liquidador en nombre del Departamento con fundamento expreso en ese acto, y este identificó el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 como fuente de la delegación. La confrontación de esos documentos con el ámbito subjetivo de la norma permite advertir directamente la falta de habilitación. Además, en el proceso concurren las partes contratantes y, al derivar la nulidad del objeto ilícito, no es susceptible de saneamiento por ratificación. La declaratoria de nulidad absoluta releva a la Sala del examen de los restantes cargos de apelación relacionados con la congruencia de la sentencia, el incumplimiento contractual y la acreditación de los perjuicios, pues tanto las pretensiones de la demanda principal como las formuladas en reconvención presuponen la existencia de un negocio jurídico válido.

En efecto, el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 no se ocupó solamente del trámite de la delegación. Al exigir que ella recaiga en servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo, o en sus equivalentes, el legislador cerró el universo de quienes pueden recibir la competencia para contratar. Y el gerente liquidador del FTTB no cabía en él: ningún cargo ocupaba en la estructura de la Gobernación, pues su designación obedeció a la representación legal del Fondo mientras durara la liquidación (Decreto 168 de 2009, artículo 8).

En efecto, el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 no se ocupó solamente del trámite de la delegación. Al exigir que ella recaiga en servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo, o en sus equivalentes, el legislador cerró el universo de quienes pueden recibir la competencia para contratar. Y el gerente liquidador del FTTB no cabía en él: ningún cargo ocupaba en la estructura de la Gobernación, pues su designación obedeció a la representación legal del Fondo mientras durara la liquidación (Decreto 168 de 2009, artículo 8).

RÉGIMEN DE NULIDAD ABSOLUTA DE LOS CONTRATOS ESTATALES– Artículo 44 de la Ley 80 de 1993

[…] El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 incorpora al régimen de nulidad absoluta de los contratos estatales las causales previstas en el derecho común y el artículo 1519 del Código Civil establece que existe objeto ilícito en todo aquello que contravenga el derecho público de la Nación. En este caso, la ilicitud no deriva de las prestaciones que integran materialmente el objeto del contrato, sino de su celebración mediante el ejercicio de una competencia que no fue válidamente atribuida. La infracción de las normas imperativas que determinan quién puede comprometer contractualmente al Departamento constituye, entonces, la contravención del derecho público que sustenta la nulidad absoluta del negocio por objeto ilícito.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – El artículo 1746 del Código Civil– Contrato Anulado– Artículo 48 de la Ley 80 de 1993– CONTRATO NULO – Objeto o causa ilícitos – Prescripción del reconocimiento y pago de prestaciones ejecutadas

La declaratoria de nulidad absoluta del contrato implica su desaparición del ordenamiento y, por regla general, impone retrotraer sus efectos al estado anterior a su celebración. El artículo 1746 del Código Civil establece el derecho de las partes afectadas de restituir mutuamente las prestaciones recibidas con ocasión del contrato anulado o, en su defecto, su valor. No obstante, esta regla no opera respecto de las prestaciones derivadas de contratos con objeto o causa ilícitos ejecutados a sabiendas -artículo 1525 del Código Civil-.

Por su parte, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 prescribe el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en desarrollo de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos, siempre que se demuestre que la entidad estatal obtuvo un beneficio y únicamente hasta el monto de este. La norma precisa que dicho beneficio se entiende acreditado cuando las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer un interés público.

Por lo tanto, sólo procede las restituciones cuando cobijen prestaciones que hayan representado beneficio para la Administración, consistiendo éste, únicamente, en la satisfacción de un interés público. No se reconoce el valor de cualquier obligación o prestación, así se haya pactado a favor de la contratante, sino sólo de aquella que, plenamente cumplida, redunde efectivamente en la satisfacción total o parcial del interés público perseguido

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

Consejera ponente: ZORANNY CASTILLO OTÁLORA

Bogotá D. C., siete (7) de septiembre de dos mil veintiséis (2026)

Radicación: **13001-23-33-000-2013-00491-01 (63778)**
Demandante: **Growing Network S.A.**
Demandado: **Departamento de Bolívar y otros.**
Referencia: **Controversias contractuales**

Temas: NULIDAD ABSOLUTA. Facultad para declararla de oficio – Objeto Ilícito – Debe aparecer de manifiesto en el contrato / COMPETENCIA PARA CONTRATAR – El artículo 12 de la Ley 80 de 1993 permite su delegación intraórganica / INDEBIDA DELEGACIÓN ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS - El artículo 14 de la Ley 489 de 1998 permite la transferencia de funciones entre entidades con la exigencia de un acto administrativo y la suscripción de un convenio – La ausencia de estos requisitos afecta la validez de la delegación y del contrato estatal.

1. La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 10 de agosto de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que accedió a las pretensiones de la parte demandante.

SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

2. La Subsección revocará la sentencia apelada para declarar la nulidad del contrato No. 518 de 2011, suscrito entre Growing Network y el Departamento de Bolívar, porque su objeto es ilícito. Se acreditó la falta de capacidad y competencia de quien actuó en representación de la entidad territorial. La delegación de la facultad para celebrar el contrato en el Gerente Liquidador del Fondo de Transportes y Tránsito de Bolívar (FTTB), contraviene las normas imperativas y de orden público previstas en la Ley 80 de 1993 y la Ley 489 de 1998.

ANTECEDENTES

La demanda

3. El 05 de junio de 2013[1], Growing Network S.A., presentó demanda de controversias contractuales en contra del departamento de Bolívar y el Fondo de Transportes y Tránsito de Bolívar en liquidación -en adelante FTTB- con el fin de que se declare que el primero incumplió el contrato de concesión No. 518 del

[1] Cuaderno Ppal. Fl. 10.

2011, y como consecuencia, se le pague los perjuicios materiales que estima en la suma de $16.157’530.000 y sus intereses[2].

4. Como fundamentos fácticos, adujo que Growing Network S.A. y el Departamento de Bolívar celebraron el contrato de concesión No. 518 de 2011, para prestar los servicios de soporte operativo y tecnológico para la gestión de la información que maneja el FTTB. Agregó que el 31 de agosto de 2011 suscribieron el acta de inicio.

5. El 1, 2 y 5 de septiembre de 2011, Growing y el señor Adán Torres Yarzagaray -gerente liquidador del FTTB- suscribieron las actas 001, 002 y 003. En la primera, se dispuso que al día siguiente el FTTB le entregaría los archivos y carpetas de los vehículos matriculados con su base de datos, pero la entidad demandada incumplió. En las otras, la contratista dejó constancia de que sus empleados no pudieron ingresar a las instalaciones del FTTB porque estaban cerradas con llave y, a pesar de la espera, no fue posible el ingreso.

6. El 26 de septiembre y el 01 de diciembre de 2011, Growing Network S.A. elevó peticiones ante el gerente liquidador del FTTB y el gobernador de Bolívar, respectivamente, solicitando intervención para ingresar a las instalaciones del FTTB como única manera para desarrollar las actividades contractuales, sin que a la fecha de presentación de la demanda se le hubiere notificado respuesta alguna.

7. El incumplimiento de la entidad accionada le ocasionó perjuicios debido a que hizo inversiones para ejecutar la concesión, como la adquisición de instalaciones para el funcionamiento, compra del software y hardware y el pago de salarios al personal. Enfatizó que el incumplimiento no le es imputable sino, exclusivamente, a la entidad contratante.

Contestación de la demanda

8. El departamento de Bolívar[3] se opuso a las pretensiones y enfatizó que la delegación al gerente liquidador del FTTB para contratar no le permitía suscribir las actas 001, 002 y 003. Los trámites contratados desde el año 2009 se encuentran en línea en la plataforma del RUNT y se prestan en las sedes del FTTB ubicadas fuera de Cartagena (en los municipios de San Juan, Clemencia y Santa Rosa) a las que no se presentó la sociedad, no compró, ni arrendó inmuebles destinados a ejecutar el contrato.

---

[2] *“DECLARACIONES Y CONDENAS: 1. Que se declare que la empresa GROWING NETWORK S.A. ha cumplido con las obligaciones generadas a su cargo por razón del contrato de concesión No. 518 de 2011, celebrado entre la entidad demandada y mi representada. 2. Que se declare que el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR ha incumplido con las obligaciones generadas a su cargo por razón del contrato de concesión No. 518 de 2011, celebrado entre la entidad demandada y mi representada. 3. Que como consecuencia de su incumplimiento, se condene al DEPARTAMENTO DE BOLIVAR a pagar a GROWING NETWORK S.A., el valor de los perjuicios de orden material del – daño emergente y lucro cesante – que le fueron ocasionados, los cuales ascienden, aproximadamente, a la suma de $16.157.530.000.oo (dieciséis mil millones ciento cincuenta y siete mil quinientos treinta pesos) más los intereses del caso, monto que habrá de ser actualizado en su valor conforme a lo previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. 4. A la sentencia que le ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.”*

[3] Cuaderno Ppal. Fls. 164 y ss.

9. Sostuvo que la concesionaria incumplió el contrato al no entregar las licencias para el uso del software. Señaló que la forma de ejecución contractual no era con el ingreso a las sedes del FTTB en Cartagena, sino que debía ir a otros municipios. Agregó que no se probó el lucro cesante ni el daño emergente.

10. El departamento presentó las excepciones de: i) contrato no cumplido, ii) falta de responsabilidad por incumplimiento atribuible a la entidad territorial, iii) falta de competencia del gerente liquidador del FTTB para suscribir las actas 001, 002 y 003 de septiembre de 2011, iv) inexistencia de cumplimiento y, v) la innominada.

11. El Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar en liquidación se opuso a las pretensiones[4]. Señaló que no le consta que se cumplieran los requisitos para el inicio del contrato ni los demás hechos de la demanda. Propuso las excepciones de: i) falta de legitimación en la causa por pasiva -hecho de un tercero-, ii) inexistencia de incumplimiento por parte del FTTB, iii) cobro de lo no debido, iv) enriquecimiento sin causa y v) la excepción innominada.

Demanda de reconvención

12. El departamento de Bolívar presentó demanda de reconvención[5] para que se declare el incumplimiento del contrato de concesión No. 518 del 2011 por parte de Growing Network, y como consecuencia, se resuelva y se le paguen perjuicios. En forma subsidiaria, solicitó el cumplimiento del negocio y la indemnización de los daños causados. En ambos casos, junto a los intereses moratorios y la actualización de la condena. Adicionalmente, pidió que se condene al contratista al pago de la cláusula penal debidamente indexada.

13. Como fundamento fáctico, reiteró los hechos expuestos en la contestación de la demanda principal. Enfatizó que la contratista incumplió el contrato al desconocer las etapas previstas en el pliego de condiciones, omitir la entrega de un cronograma de actividades para validación de las partes, la inasistencia a las sedes del FTTB del departamento para la prestación del servicio y la falta del software exigido -que debía ser de su propiedad y sin costo para la contratante-. Además, no interactuó a través de la interventoría y pretendió limitar la ejecución contractual a su presencia en la sede administrativa de Cartagena, pese a que sus obligaciones debían cumplirse de otra forma y en las distintas sedes del FTTB.

Contestación de la demanda de reconvención.

14. Dentro de la oportunidad legal, la sociedad contestó la demanda de reconvención[6], reiteró los argumentos y pretensiones de la demanda principal, interpuso las excepciones de fondo de cumplimiento del contrato por su parte e incumplimiento del departamento.

---

[4] Cuaderno Ppal. Fls. 216 y ss.
[5] Cuaderno Ppal. Fls. 208 y ss
[6] Cuaderno Ppal. Fls. 268 y ss.

Sentencia de primera instancia

15. El Tribunal Administrativo de Bolívar por medio de la sentencia del día 10 de agosto de 2018[7] declaró el incumplimiento contractual del departamento de Bolívar y lo condenó al pago de perjuicios por daño emergente y lucro cesante. Negó las demás pretensiones de la demanda principal y las de la demanda de reconvención[8].

16. Consideró que el departamento incumplió el contrato al no garantizar el acceso del contratista a las instalaciones del FTTB ni la entrega de la información necesaria para iniciar su ejecución. Precisó que, aunque se formuló demanda de reconvención, al tratarse de un contrato bilateral y conmutativo, para exigir la responsabilidad de la contraparte debía demostrar haber cumplido sus obligaciones o allanarse a hacerlo, lo que no acreditó.

17. Concluyó que la contratista cumplió sus obligaciones, pues suscribió con la interventoría el acta de inicio el 31 de agosto de 2011 y valoró las actas suscritas entre los primeros días de septiembre de 2011, las comunicaciones remitidas por ella solicitando su intervención, el informe de interventoría y los testimonios practicados en el proceso, que acreditaron que no se permitió el ingreso del personal de la contratista a la sede del FTTB, para la entrega de la información.

18. El Tribunal agregó que el informe de la interventoría del 18 de agosto de 2015 señaló la imposibilidad de ejecución porque los trabajadores sindicalizados del FTTB impidieron el acceso a las instalaciones.

19. Rechazó el argumento del departamento de que la falta de acceso a las oficinas del FTTB no impedía ejecutar el contrato porque debía hacerlo en sedes

---

[7] Cuaderno Ppal. Fl. 622.

[8] *"**VI. – FALLA. PRIMERO: DECLARAR que el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR incumplió** el contrato de concesión No. 518 de 2011, suscrito con GROWING NETWORK S.A., el cual tuvo por objeto la prestación de los servicios de soporte operativo y tecnológico que incluye la plataforma de sofware, hadware y comunicaciones para la gestión de la información que maneja el Fondo de Transporte y Tránsio de Bolívar. **SEGUNDO: DECLARAR NO** probadas las excepciones de fondo formuladas por el Departamento de Bolívar; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. **TERCERO: CONDENAR** al DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, a pagar a GROWING NEWTORK S.A. la suma de DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y TRES MIL CIENTO CUARENTA Y DOS PESOS MTCE. ($240.363.124,0, a título de **DAÑO EMERGENTE** derivado de los gastos en que incurrió la demandante por concepto de pago de arrendamiento del inmueble destinado a la ejecución del contrato de concesión. **CUARTO: CONDENAR** en abstracto al DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, por concepto de LUCRO CESANTE derivado de las utilidades dejadas de percibir por GROWING NETWORK S.A. como consecuencia del incumplimiento contractual; cuya liquidación se hará mediante trámite incidental, conforme lo previsto en el artículo 193 del CPACA, y teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. Para lo anterior, se ORDENA al Departamento de Bolívar, que dentro de los diez (10) siguientes a la notificación de la presente providencia suministre a la parte actora la información relativa a los ingresos detallados obtenidos por el FTTB en liquidación, durante el periodo del 30 de agosto de 2010 al 30 de agosto de 2011, así como cualquier otra información y/o documentos que fueron necesarios para liquidar la condena. **QUINTO: DECLARAR** probadas las excepciones de fondo formuladas por el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar en liquidación; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. **SEXTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda principal. **SÉPTIMO:** Sin condena en costas en la demanda principal; por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. **OCTAVO: NEGAR** las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención. **NOVENO: CONDENAR** en costas a la parte demandante en reconvención; liquídense por la Secretaría General de esta Corporación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, conforme lo dispuesto en la parte motiva de la presente providencia. **DECIMO:** Ejecutoriada la presente providencia, **DEVUELVASE** el remanente si existiere y **ARCHIVESE** el expediente previas las anotaciones correspondientes en el sistema justicia siglo XXI."*

diferentes a la de Cartagena. Precisó que el contrato no contempló la ejecución en los municipios donde el FTTB tenía sedes y el domicilio contractual fue Cartagena, por lo que no podía exigirse que la información se obtuviera en un lugar diferente.

20. Igualmente, concluyó que Growing Network se encontraba allanada al cumplimiento de sus obligaciones y descartó la excepción de contrato no cumplido. Señaló que la entrega de archivos y bases de datos del FTTB se derivaba de las obligaciones adquiridas por el departamento y que, al no facilitarla, incumplió. Frente a la obstrucción del sindicato para el ingreso a las instalaciones del FTTB, consideró que podía acudir a los medios del Código Nacional de Policía o, ante la imposibilidad de cumplir el contrato, solicitar la suspensión prevista en el acuerdo, invocando fuerza mayor.

21. Declaró no probada la falta de competencia del gerente liquidador del FTTB para suscribir las actas 001, 002 y 003 de septiembre de 2011, que establecieron el compromiso de entrega de la información y la constancia de que no se pudo acceder a ella.

22. Luego de declarar la responsabilidad del departamento, el Tribunal reconoció el daño emergente por concepto de arrendamiento y negó otros gastos reclamados por falta de prueba o porque eran cargas propias del contratista. Asimismo, profirió condena en abstracto por lucro cesante para que se liquidara mediante trámite incidental. En dicho procedimiento se determinaría el porcentaje de utilidad pactado sobre el 70% de los ingresos brutos proyectados del FTTB, desde el 31 de agosto de 2011 y durante un período de 20 años y con base en el promedio de lo recaudado durante el año anterior al inicio del contrato.

23. También condenó en costas al departamento por la no prosperidad de la demanda de reconvención.

El recurso de apelación

24. El 31 de octubre de 2018, el departamento de Bolívar interpuso oportunamente el recurso de apelación[9]; solicitó revocar los numerales 1, 2, 3, 4 y 7 y negar las pretensiones de la demanda. Asimismo, confirmar el numeral 6 -que negó las demás pretensiones- y revocar los numerales 8 y 9 para conceder las pretensiones de la demanda de reconvención. Los motivos específicos de reproche fueron los siguientes:

25. (i) hay nulidad absoluta del contrato por falta de competencia del gobernador, usurpación de funciones del FTTB e indebida delegación en el gerente liquidador; (ii) incongruencia de la sentencia por falta de pronunciamiento sobre algunas pretensiones de la reconvención (la resolución o el cumplimiento del negocio -art. 1546 C.C.-) y por la valoración insuficiente de circunstancias constitutivas de fuerza mayor; (iii) la falta de cumplimiento de las obligaciones contractuales por

[9] Cuaderno Ppal. Fls. 648 y siguientes. La sentencia se notificó el día 17 de octubre de 2018 por lo cual el recurso se presentó en forma oportuna. Cuaderno Ppal. Fl. 647.

parte de Growing Network; y (iv) la ausencia de prueba del daño emergente y del lucro cesante reconocidos por el Tribunal.

Trámite relevante en segunda instancia

26. El Despacho admitió el recurso de apelación mediante auto del 10 de mayo de 2019[10] y lo notificó personalmente al Ministerio Público y a las partes por estado. En auto del 31 de mayo de 2019[11] dio traslado para presentar los alegatos de conclusión.

27. Growing Network dentro de la oportunidad legal alegó de conclusión[12] y replicó los motivos de inconformidad. Sostuvo que la nulidad absoluta no se formuló en la contestación ni en la fijación del litigio y no es posible invocar a su favor una nulidad generada por la misma entidad. El fallo tuvo en cuenta las pretensiones de ambas partes y sí se allanó a cumplir. Alegó la certeza del lucro cesante y ante la falta de cuantía es injusto que no se profiera condena a su favor[13].

28. La parte demandante reiteró el recurso de apelación y sus argumentos[14] y el Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES

29. La Sala resolverá la apelación interpuesta por la parte actora contra la sentencia de primera instancia porque no se configura causal de nulidad que invalide lo actuado. Además, se cumplen los presupuestos procesales de jurisdicción[15], competencia[16], conciliación prejudicial[17], oportunidad de la demanda[18], legitimación en la causa por activa y por pasiva[19].

---

[10] Cuaderno Ppal. Fl. 707.
[11] Cuaderno Ppal. Fl. 710.
[12] Cuaderno Ppal. Fl. 713-721.
[13] Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 16 de agosto de 2018. C.P.: Stella Conto Díaz Del Castillo. Rad. 25000232600019970417001 (32906); de la Subsección A. Sentencia del 14 de julio de 2016. C.P.: Martha Nubia Velásquez Rico. Rad. 68001233100020010114101 (37680) y la sentencia del 28 de septiembre de 2017. C.P.: Martha Nubia Velásquez Rico. Rad. 05001233100020120019501 (52500).
[14] Cuaderno Ppal. Fl. 712.
[15] Según el numeral 2 del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los procesos sobre "*los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado"* y Departamento de Bolívar es una entidad pública.
[16] De acuerdo con los artículos 150 y 152.6 de la Ley 1437 de 2011 se trata de la apelación de una sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar en un proceso de doble instancia debido a la cuantía. La pretensión mayor -perjuicio material por incumplimiento contractual- es de $16.157'560.000 y para la fecha de la demanda -2013- el monto exigido para que el Tribunal conociera en primera instancia era de $294'750.000.
[17] El trámite se agotó ante la Procuraduría, con solicitud radicada el 26 de noviembre de 2012 y tiene constancia de fallida del día 22 de enero de 2013. Cuaderno Ppal. Fl. 127.
[18] El contrato de concesión 518 se celebró el 8 de junio de 2011 y el acta de inicio se suscribió el 31 de agosto siguiente, bajo la vigencia del Código Contencioso Administrativo. Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de incumplimiento ocurrieron durante los días 1, 2 y 5 de septiembre de 2011, cuando, según la demandante, se impidió su acceso a las instalaciones y a la información necesaria para iniciar las actividades contratadas. De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, los términos que hubieren comenzado a correr se rigen por las normas vigentes al momento de su iniciación. En consecuencia, aunque la demanda se presentó el 5 de junio de 2013, cuando ya regía el CPACA, la caducidad debe examinarse conforme al artículo 136, numeral 10, del CCA. Aun si se adopta como punto inicial el 31 de agosto de 2011, fecha del acta de inicio y, por tanto, el momento más temprano posible para el cómputo, los dos años no habían vencido cuando se presentó la solicitud de conciliación prejudicial el 26 de noviembre de 2012. El término estuvo suspendido hasta el 22 de enero de 2013 y la demanda se radicó el 5 de junio siguiente. Por tanto, no se configuró la caducidad. Cuaderno Ppal. fls. 10 y 127.
[19] Growing Network S.A., y el departamento de Bolívar, están legitimados en la causa por activa y por pasiva, respectivamente, por ser parte del contrato de concesión 518 de 2011. El fallo declaró la falta de legitimación del Fondo de Transporte y Tránsito del Departamento del Bolívar -en liquidación-, y la apelación no cuestionó esta decisión del medio exceptivo.

Alcance de la apelación

30. La Sala precisa, que, aunque la nulidad absoluta del negocio no fue alegada en la contestación de la demanda ni en la reconvención, la validez del negocio jurídico constituye un presupuesto para el estudio de la responsabilidad contractual. Además, de conformidad con el artículo 1742 del Código Civil y el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, el juez debe declararla de oficio cuando aparezca de manifiesto. Por ello, se debe examinar, inicialmente, los cuestionamientos formulados en el recurso de apelación respecto de la validez del contrato y determinar si se configura alguna causal de nulidad absoluta. Solo de descartarse la invalidez del negocio jurídico, se estudiarán los demás cargos.

Problemas jurídicos

31. En estos términos, los problemas jurídicos a resolver son:

(i) ¿Es procedente, de concurrir con los presupuestos legales y jurisprudenciales, la declaratoria oficiosa de nulidad del contrato de concesión 518 de 2011 en segunda instancia?

(ii) ¿Se configura la nulidad del contrato de concesión a partir de los cargos formulados en la apelación sobre la falta de competencia del gobernador del Bolívar y la indebida delegación de funciones en el agente liquidador, o por algún supuesto que habilite la aplicación del deber de declarar su nulidad absoluta con fundamento en los artículos 1742 del Código Civil y 45 de la Ley 80 de 1993?

(iii) En caso negativo, ¿Es incongruente el fallo de primera instancia por no pronunciarse sobre la pretensión de resolución o cumplimiento del contrato y por la alegada falta de valoración de las pruebas que acreditarían una circunstancia atribuible a un tercero —constitutiva de fuerza mayor— como causa del incumplimiento?

(iv) De no prosperar el cargo anterior, ¿la valoración del Tribunal sobre el allanamiento de Growing Network se ajustó al acervo probatorio y a las obligaciones asumidas en el contrato?

(v) ¿Incurrió el *a quo* en una indebida valoración probatoria respecto de la existencia y cuantía del daño emergente y del lucro cesante y, frente a este último, de los elementos necesarios para proferir una condena en abstracto?

Tesis

32. La Subsección declarará de oficio la nulidad absoluta del contrato de concesión 518 de 2011 por objeto ilícito. Aunque el gerente liquidador era servidor público del nivel directivo del FTTB, no pertenecía a la estructura del Departamento y, por tanto, no estaba comprendido en el ámbito subjetivo de la

delegación prevista en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993. La celebración del negocio por quien carecía de una atribución válida para ejercer la competencia contractual del Departamento contravino el derecho público en los términos del artículo 1519 del Código Civil y produjo la nulidad absoluta prevista en el artículo 1741 del mismo estatuto.

33. Para resolver la controversia, la Sala analizará: (i) la validez del contrato de concesión n.° 518 de 2011 y la eventual configuración de la nulidad absoluta por del objeto ilícito; (ii) de descartarse tal cargo, los cuestionamientos relacionados con la congruencia de la sentencia, el incumplimiento contractual y la acreditación de los perjuicios y; (iii) la procedencia de la condena en costas.

El contrato de concesión 518 de 2011 y el objeto ilícito como causal de nulidad absoluta.

34. En el proceso se acreditó que el 8 de junio de 2011 el departamento de Bolívar y Growing Network S.A., celebraron el contrato de concesión No. 518 de 2011, cuyo objeto fue "*la prestación de los servicios de soporte operativo y tecnológico que incluye la plataforma de software, hardware y comunicaciones para la gestión de la información que maneja el Fondo de Transportes y Tránsito de Bolívar - FTTB- en Liquidación*"- cláusula primera-[20].

35. El plazo se pactó en 20 años contados a partir del acta de inicio, suscrita el 31 de agosto de 2011[21], por lo que se extendió hasta el 31 de agosto de 2031 (cláusula tercera). A su vez, la remuneración del concesionario correspondía al 70% de los ingresos recaudados por las actividades relacionadas con el FTTB (cláusula cuarta)[22].

36. De otra parte, la falta de ejecución material del contrato no permite, por sí sola, tener por configurado un mutuo disenso tácito, pues esta figura exige que la conducta de ambos contratantes revele de manera convergente e inequívoca su voluntad de extinguir el vínculo. En este caso no se acreditó esa voluntad común: Growing Network promovió la demanda bajo la premisa de haber cumplido sus obligaciones y reclamó los perjuicios derivados del incumplimiento que atribuyó al Departamento; este, a su turno, formuló demanda de reconvención, atribuyó el incumplimiento a la contratista y solicitó la resolución o el cumplimiento del contrato. Tales posiciones no evidencian una voluntad bilateral coincidente de poner fin al negocio y, por tanto, no permiten concluir que el contrato hubiera terminado por mutuo disenso tácito.

---

[20] Cuaderno Ppal. Fls. 133 y ss.

[21] Cuaderno Ppal. Fl. 129.

[22] El anexo No. 2 corresponde a carta de aceptación de la participación porcentual sobre los ingresos del FTTB, en cuantía del 70% de los trámites allí descritos (registros de automotores, conductores, infractores, tarjetas de operación, empresas y vehículos de transportes, auditorías financieras de los ingresos de patios y grúas, y la gestión de procesos de información sobre multas y comparendos por infracciones de tránsito y transporte). Formato de anexo previsto en los pliegos de condiciones. Cuaderno Ppal. Fl. 382. CD, carpeta LICITACIÓN SHUR-001-2011, archivo PCD_PROCESO_11-1-66091_213000001_2529259, Fl. 54.

37. El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y, además, en los eventos expresamente establecidos en esa disposición. En el presente asunto, la Sala no advierte que el vicio objeto de examen corresponda al supuesto previsto en el numeral 2 de esa norma, pues la eventual nulidad no se fundamenta en la celebración del contrato contra una prohibición expresa de carácter constitucional o legal.

38. En cuanto a las causales previstas en el derecho común, el artículo 1741 del Código Civil establece que la ilicitud del objeto produce nulidad absoluta y el artículo 1519 dispone que existe objeto ilícito en todo aquello que contravenga el derecho público de la Nación. En consecuencia, si se establece que quien celebró el contrato 518 de 2011 en nombre del Departamento carecía de una habilitación jurídica válida para ejercer esa competencia, corresponderá determinar si ese defecto comporta una contravención del derecho público y, por esa vía, configura la nulidad absoluta del negocio jurídico.

39. El cuestionamiento se refiere a la competencia de quien suscribió el negocio en nombre del departamento. Por ello, si se demuestra que esa competencia no le fue válidamente atribuida, su incidencia sobre la validez contractual deberá examinarse a partir de las causales del derecho común incorporadas por el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, particularmente la contravención del derecho público prevista en el artículo 1519 del Código Civil.

40. El artículo 1742 del Código Civil establece el deber del juez de declarar de oficio la nulidad absoluta cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato[23]. La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado, además, que para su declaración, el vicio debe encontrarse acreditado y deben concurrir al proceso las partes del negocio jurídico[24]. En este asunto, los contratantes concurren al proceso, por lo que corresponde establecer si se configura una causal de nulidad absoluta y si se satisfacen los demás presupuestos para su declaración.

41. La facultad prevista en los artículos 45 de la Ley 80 de 1993 y 1742 del Código Civil no está condicionada a la formulación de una pretensión dirigida a obtener la nulidad del contrato y puede ejercerse en cualquier instancia. Su ejercicio no desconoce, por sí mismo, el principio de congruencia ni los límites de la apelación, pues la validez del negocio jurídico constituye un presupuesto para decidir las pretensiones fundadas en su cumplimiento o incumplimiento. Sin embargo, esa potestad no autoriza al juez a construir una causal de nulidad a partir de circunstancias inciertas o de elementos que no estén acreditados: el vicio debe

---

[23] Art. 1742 C.C. “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.”

[24] Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 4 de abril de 2025. C.P.: José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 70045. En el mismo sentido: Subsección A. Sentencia del 7 de marzo de 2025. C.P.: María Adriana Marín. Exp.66556; Sentencia del 6 de febrero de 2020. Exp. 61720, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

aparecer de manifiesto y en el proceso deben concurrir quienes intervinieron en el contrato.

42. En este asunto, el departamento cuestionó en la apelación la competencia de quien celebró el contrato en su nombre y Growing se pronunció expresamente sobre ese planteamiento durante el trámite de segunda instancia. Por tanto, el aspecto fue sometido a contradicción. Con todo, los argumentos del apelante no constituyen un nuevo cargo que obligue a declarar la nulidad, ni son la fuente de la facultad oficiosa de la Sala; corresponde establecer si los elementos incorporados al proceso demuestran, de manera manifiesta, alguna causal de nulidad absoluta.

43. El departamento sustentó la nulidad absoluta del contrato en 3 cuestionamientos: (i) la falta de competencia del gobernador de Bolívar, (ii) usurpación de funciones propias del FTTB y; (iii) indebida delegación en el gerente liquidador. La Sala examinará los dos primeros en los términos planteados por el apelante. Respecto del tercero, además de los argumentos formulados en el recurso, verificará si la delegación satisfizo las reglas que regían la atribución de la competencia para celebrar el contrato, pues su eventual desconocimiento puede comprometer la validez del negocio.

Falta de competencia y usurpación de funciones del FTTB

44. El Departamento señaló que el Gobernador de Bolívar no podía asumir ni transferir a un particular las funciones del FTTB, por el hecho de haberse ordenando su liquidación.

45. La Sala encuentra que la Ordenanza 11 de 1970 de la Asamblea Departamental de Bolívar creó al FTTB con personería jurídica autónoma[25] y que los estudios previos del contrato lo identificaron como un establecimiento público con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuesto propio[26]. Por su parte, el Gobernador del Bolívar mediante el Decreto 168 del 31 de marzo de 2009[27], en ejercicio de las facultades otorgadas por la Asamblea Departamental ordenó la supresión y liquidación FTTB y le prohibió iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social[28].

46. El objeto contractual se definió en términos generales como "*la gestión de la información que maneja el Fondo de Transportes y Tránsito de Bolívar - FTTB- en Liquidación*"- cláusula primera-[29]. Sin embargo, su alcance debe establecerse a partir de una interpretación conjunta del contrato y de los documentos que lo

---

[25] Cuaderno Ppal. Fl. 226

[26] Cuaderno Ppal. Fl. 382. CD, carpeta LICITACIÓN SHUR-001-2011, archivo DEPREV_PROCESO_11-1-66091_213000001_2469150, correspondiente a los Estudios previos. Fl. 9.

[27] Cuaderno Ppal. Fls. 229 y ss.

[28] Decreto 168 del 31 de marzo de 2009, el Gobernador del Bolívar. "*Artículo 3. Prohibición para iniciar nuevas actuaciones. El Fondo de Transporte y Tránsito del Bolívar, durante el proceso de liquidación no podrá iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social y conservará su capacidad jurídica únicamente para expedir los actos, celebrar los contratos y adelantar las acciones necesarias para su liquidación.*" Cuaderno Ppal. Fl. 231

[29] Cuaderno Ppal. Fls. 133 y ss.

integran, entre ellos los estudios previos[30]. Estos muestran que la contratación estuvo vinculada con la continuidad del servicio ante las restricciones derivadas de la liquidación del Fondo y, además, registran la existencia de una autorización de la Asamblea Departamental al Gobernador para contratar algunos de los servicios que aquel prestaba.

47. Aunque la Ordenanza n.° 3 de 2011 no fue aportada al proceso y, por tanto, la Sala no puede establecer directamente su contenido y alcance, la referencia que de ella hacen los estudios previos impide concluir, con el carácter manifiesto exigido para declarar la nulidad absoluta, que el Gobernador carecía de competencia para adelantar la contratación o que hubiera usurpado las funciones del FTTB. Por estas razones, estos cuestionamientos no prosperan.

Indebida delegación en el gerente liquidador del FTTB

48. Mediante Resolución No. 627 de 2011 el Gobernador de Bolívar delegó en el "gerente liquidador" del FTTB la adjudicación, celebración y adopción de las decisiones que correspondan en la licitación pública No. SHUR-001-2011, que precedió el contrato de la referencia para contratar en nombre del Departamento. Esta decisión se sustentó en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 que solo permite delegar en "*servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes*"[31].

49. Los artículos 11 y 12 de la Ley 80 de 1993 deben interpretarse de manera conjunta. El primero atribuye a los gobernadores la competencia para dirigir los procesos de selección y celebrar contratos en nombre de la respectiva entidad; el segundo permite que los jefes y representantes legales deleguen total o parcialmente esa competencia en servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o sus equivalentes. Esta habilitación conserva carácter intraorgánico: transfiere el ejercicio de la competencia, no su titularidad, y exige que el destinatario sea un servidor público integrado a la estructura de la entidad delegante. Por consiguiente, el artículo 12 no autoriza, por sí solo, la transferencia de la competencia contractual del Departamento a un servidor perteneciente a una persona jurídica pública distinta.

---

[30] Contrato de concesión 518 de 2011. "CLÁUSULA VIGÉSIMA NOVENA: DOCUMENTOS ANEXOS: Forman parte integrante de este contrato los siguientes documentos: a) Estudios previos; La propuesta del CONCESIONARIO. g) Certificado de antecedentes disciplinarios expedido por la procuraduría General de la Nación; Certificado de antecedentes fiscales expedido por la Contraloría General de la República; Constancia de antecedentes judiciales expedido por el Departamento Administrativo DAS; Cédula de Ciudadanía del CONCESIONARIO; Tarjeta Profesional y Certificado de Vigencia Profesional del CONCESIONARIO; Registro Único Tributario RUT; Constancia de Salud y Pensión del CONCESIONARIO; La garantía constituida y debidamente aprobada por el Director del Departamento Administrativo Jurídico; Las actas de modificaciones e interpretaciones efectuadas a las normas y condiciones relativas al presente contrato (en el evento que ocurran) y Todas las actas y documentos que, se produzcan durante la ejecución del contrato". Cuaderno Ppal. Fl. 131 y ss.

[31] Resolución No. 627 de 2011 "Mediante la cual se efectúa una delegación par adjudicar un proceso licitatorio y celebrar el contrato y/o tomar las decisiones que en derecho correspondan dentro de la actuación contractual, Licitación Pública No. SHUR-001-2011", en la parte motiva precisó: " […]Que el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, dispone que los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.// Que se han adelantado las fases del proceso contractual arriba referenciado, de conformidad con el cronograma del mismo quedando prevista la adjudicación del mismo para el día 08 de junio de 2011, requiriendo delegar la adjudicación del proceso y/o cualquier otra decisión que se derive del mismo, así como la adjudicación del contrato respectivo en cabeza del Gerente Liquidador del Fondo de Transportes y Transito Departamental de Bolívar en Liquidación, el cual fue nombrado por medio de decreto 228 de 19 de abril de 2011, por lo que procede a delegarse la adjudicación; suscripción del contrato y tomar las decisiones que en derecho correspondan de la actuación contractual Licitación Pública No. SHUR-001-2011[…]". Cuaderno Principal No. 3. Fl. 433.

50. Corresponde entonces establecer la condición jurídica del gerente liquidador frente a esa habilitación. La Resolución 627 de 2011 señaló que Adán Torres Yarzagaray había sido nombrado gerente liquidador del FTTB mediante el Decreto 228 del 19 de abril de 2011. A su vez, el Decreto 168 de 2009 le atribuyó la representación legal del Fondo y la dirección del proceso de liquidación. De conformidad con el régimen de nomenclatura de empleos de las entidades territoriales, los cargos de gerente y de director o gerente general de entidad descentralizada corresponden al nivel directivo. Así, el gerente liquidador tenía la condición de servidor público del nivel directivo del FTTB; resta determinar si esa vinculación lo habilitaba para recibir la competencia contractual del Departamento[32].

51. La Sala precisa que el examen de la Resolución 627 de 2011 no comporta un juicio sobre su legalidad ni conduce a retirarla del ordenamiento jurídico. Su contenido se considera exclusivamente para establecer si la delegación allí dispuesta constituía una habilitación jurídica suficiente para que el gerente liquidador del FTTB celebrara el contrato 518 de 2011 en nombre del Departamento de Bolívar.

52. El FTTB era una entidad descentralizada dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. El gerente liquidador ejercía su empleo y su representación legal dentro de esa persona jurídica, no dentro de la estructura del Departamento. Ni su nombramiento por el Gobernador ni la vinculación del Fondo al sector departamental suprimían la autonomía de ambas entidades o convertían al gerente en colaborador subordinado del jefe de la entidad territorial. Además, el Decreto 168 de 2009 circunscribió su capacidad a las actuaciones necesarias para adelantar la liquidación del Fondo. Representar al FTTB para esos fines no equivalía a estar habilitado para comprometer contractualmente al Departamento de Bolívar.

53. En esas condiciones, la sola calidad de servidor público del nivel directivo no era suficiente para recibir la delegación. El artículo 12 de la Ley 80 de 1993 exigía que el destinatario del ejercicio de la competencia ocupara un cargo del nivel señalado dentro de la entidad delegante; el gerente liquidador lo desempeñaba en el FTTB, persona jurídica distinta. La Resolución 627 de 2011 no podía, por sí misma, incorporarlo a la estructura del Departamento ni ampliar el ámbito subjetivo definido por la ley. Por ello, el gerente liquidador no estaba jurídicamente habilitado por esa disposición para recibir y ejercer la competencia contractual del Gobernador.

54. El defecto advertido no corresponde a una irregularidad meramente formal, sino a la ausencia sustancial de competencia para obligar a la entidad territorial. El contrato fue celebrado en nombre del Departamento por una persona situada fuera del ámbito de destinatarios a quienes la ley permitía transferir el ejercicio de esa competencia. La infracción recae, por tanto, sobre la habilitación misma para formar la voluntad contractual de la entidad y no sobre la omisión de una formalidad del procedimiento.

[32] El artículo 16 del Decreto 785 de 2005 incluye los empleos de director o gerente general de entidad descentralizada y de gerente dentro del nivel directivo de las entidades territoriales.

55. Conforme a la remisión del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 a las causales del derecho común, los artículos 1741 y 1519 del Código Civil resultan aplicables. Las normas que determinan quién puede comprometer contractualmente a una entidad estatal son imperativas y pertenecen al derecho público. En consecuencia, la celebración del contrato 518 de 2011 por quien no recibió válidamente la competencia contractual del Departamento comportó una contravención del derecho público, configuró objeto ilícito y produjo la nulidad absoluta del negocio. Esta conclusión no se sustenta en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 ni en la invalidez de la Resolución 627 de 2011, sino en la insuficiencia de la habilitación invocada para que el gerente liquidador ejerciera esa competencia en el caso concreto.

56. En el presente asunto concurren los presupuestos del artículo 1742 del Código Civil para declarar de oficio la nulidad. El vicio aparece de manifiesto en el contrato y en la Resolución 627 de 2011: el primero fue celebrado por el gerente liquidador en nombre del Departamento con fundamento expreso en ese acto, y este identificó el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 como fuente de la delegación. La confrontación de esos documentos con el ámbito subjetivo de la norma permite advertir directamente la falta de habilitación. Además, en el proceso concurren las partes contratantes y, al derivar la nulidad del objeto ilícito, no es susceptible de saneamiento por ratificación. La declaratoria de nulidad absoluta releva a la Sala del examen de los restantes cargos de apelación relacionados con la congruencia de la sentencia, el incumplimiento contractual y la acreditación de los perjuicios, pues tanto las pretensiones de la demanda principal como las formuladas en reconvención presuponen la existencia de un negocio jurídico válido.

57. En efecto, el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 no se ocupó solamente del trámite de la delegación. Al exigir que ella recaiga en servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo, o en sus equivalentes, el legislador cerró el universo de quienes pueden recibir la competencia para contratar. Y el gerente liquidador del FTTB no cabía en él: ningún cargo ocupaba en la estructura de la Gobernación, pues su designación obedeció a la representación legal del Fondo mientras durara la liquidación (Decreto 168 de 2009, artículo 8).

58. Lo que falta en este caso no es una formalidad del acto de delegación, sino la aptitud misma de su destinatario para recibirla. De ahí que no haya lugar a preguntarse qué tan grave fue el requisito omitido, ni si la irregularidad admitía subsanación: la delegación no quedó mal documentada, sencillamente no podía hacerse en cabeza de quien se hizo. El defecto es de competencia ratione personae y afecta el poder de comprometer contractualmente al Departamento, no el modo de acreditarlo

59. Este defecto compromete la validez del negocio jurídico. El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 incorpora al régimen de nulidad absoluta de los contratos estatales las causales previstas en el derecho común y el artículo 1519 del Código Civil establece que existe objeto ilícito en todo aquello que contravenga el derecho público de la Nación. En este caso, la ilicitud no deriva de las prestaciones que

integran materialmente el objeto del contrato, sino de su celebración mediante el ejercicio de una competencia que no fue válidamente atribuida. La infracción de las normas imperativas que determinan quién puede comprometer contractualmente al Departamento constituye, entonces, la contravención del derecho público que sustenta la nulidad absoluta del negocio por objeto ilícito.

60. En el presente asunto concurren los presupuestos del artículo 1742 del Código Civil para declarar de oficio esta nulidad. El vicio se evidencia en el contrato y en el acto de delegación -Resolución 627 de 2011-, que atribuyó al gerente liquidador del FTTB la competencia para celebrar el negocio en nombre del Departamento e identificó expresamente como fundamento de esa delegación el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, pese a que, conforme a lo expuesto, esa disposición no habilitaba la transferencia de la competencia en tales condiciones**.** Además, en el proceso concurren las partes contratantes y, al derivar la nulidad del objeto ilícito, no es susceptible de saneamiento por ratificación.

61. Establecido este vicio en la delegación, resulta innecesario determinar si el gerente liquidador tenía la condición de servidor público o de particular. Ese aspecto no modifica la conclusión alcanzada, pues lo determinante es que no pertenecía a la estructura de la entidad delegante y que la competencia contractual del Departamento no le fue válidamente atribuida en los términos analizados.

62. La declaratoria de nulidad absoluta también releva a la Sala del examen de los restantes cargos de apelación relacionados con la congruencia de la sentencia, el incumplimiento contractual y la acreditación de los perjuicios. Tanto las pretensiones de la demanda principal como las formuladas en reconvención presuponen la existencia de un negocio jurídico válido. Declarada su nulidad absoluta, no procede examinar la responsabilidad contractual pretendida por las partes.

Restituciones mutuas

63. La declaratoria de nulidad absoluta del contrato implica su desaparición del ordenamiento y, por regla general, impone retrotraer sus efectos al estado anterior a su celebración. El artículo 1746 del Código Civil establece el derecho de las partes afectadas de restituir mutuamente las prestaciones recibidas con ocasión del contrato anulado o, en su defecto, su valor. No obstante, esta regla no opera respecto de las prestaciones derivadas de contratos con objeto o causa ilícitos ejecutados a sabiendas -artículo 1525 del Código Civil-.

64. Por su parte, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 prescribe el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en desarrollo de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos, siempre que se demuestre que la entidad estatal obtuvo un beneficio y únicamente hasta el monto de este. La norma precisa que dicho beneficio se entiende acreditado cuando las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer un interés público.

65. Por lo tanto, sólo procede las restituciones cuando cobijen prestaciones que hayan representado beneficio para la Administración, consistiendo éste, únicamente, en la satisfacción de un interés público[33]. No se reconoce el valor de cualquier obligación o prestación, así se haya pactado a favor de la contratante, sino sólo de aquella que, plenamente cumplida, redunde efectivamente en la satisfacción total o parcial del interés público perseguido.

66. En el caso concreto, no se acreditan prestaciones en el contrato de concesión 518 de 2011. Aunque el acta de inicio se suscribió el 31 de agosto de 2011, las actividades contractuales no se ejecutaron. Según la demanda, el contratista no recibió la información para su inicio, mientras el Departamento sostuvo que dicha entrega no se produjo por la ocurrencia de un hecho de tercero y por el incumplimiento de las actividades previstas en el contrato.

67. En esta medida, la Sala no encuentra prueba de que se hubieran cumplido las exigencias previstas en los pliegos de condiciones para las etapas pre-operacional y de implementación de la concesión, que se establecieron en el numeral *23.3 sobre "Documentos de contenido técnico objeto de verificación"* en sus numerales 2.3.8 y 2.3.9., en los siguientes términos[34]:

23.3.7 Organización del Proyecto

Podrá presentarse un organigrama para la realización del proyecto, los roles y responsabilidades de cada persona involucrada, los tiempos, los requerimientos de personal (operativo, administrativo y profesional) que propone y la forma en que interactúan con personal de la Gobernación.

23.3.8 Cronograma

Deberá presentarse un Cronograma detallado de actividades a desarrollar en el periodo de pre-operación el cual no puede ser mayor a un (1) mes, discriminando los servicios a prestar.

23.3.9 Fase de Implantación e implementación del Sistema.

Según el cronograma previsto para la puesta en marcha de la plataforma de administración se deberá tener en cuenta el cumplimiento de las metas según las fases planteadas en el presente Pliego de Condiciones.

Dentro de los treinta (30) días siguientes a la entrega de la información por parte del FTTB, el contratista deberá realizar las siguientes actividades:

ACTIVIDADES

Número	Descripción Actividad	Responsabilidad del Contratista	Responsabilidad del FTTB	Personal Asignado a la actividad
• **Iniciar el proceso de digitalización de archivos de registro automotor.**				
1.	Solicitud y entrega de información del FTTB, archivo parque automotor, (Archivo Físico y medio magnético)	Solicitud	Entrega de Archivos en Medio físico y Magnético.	Ing de Sistemas y personal del FTTB.
2.	Análisis de la Información y validación de los datos	Análisis	Análisis	Ing de Sistemas y personal del FTTB.
3.	Instalación del	Instalación		Ing de

[33] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 8 de abril de 2024. Radicación No. 88001233300020190002001 (66.102), C.P.: José Roberto Sáchica Méndez.
[34] Cuaderno Ppal. Fl. 382. CD, carpeta LICITACIÓN SHUR-001-2011, archivo PCD_PROCESO_11-1-66091_213000001_2529259, Fl. 39.

	Software			Sistemas
4.	Propuesta y validación del esquema funcional y de procedimientos técnicos del manejo del aplicativo	Proposición	Validación y Aprobación	Ing sistemas y personal del FTTB.
5.	Migración , cargue y digitación	Migración , cargue y digitación		Ing sistemas y personal del Contratista
6.	Validación de datos	Validación de datos	Validación de datos	Personal del FTTB
7.	Pruebas	Pruebas		Ing sistemas y personal del Contratista
8.	Capacitación Magistral del Personal Operativo	Capacitación del Personal Operativo	Capacitación del Personal Operativo	Ing sistemas y personal del FTTB
9.	Capacitación Personalizada.			
10.	Puesta en marcha proceso operativo			Personal del FTTB
11.	Ajustes	Ajustes		Ing sistemas
12.	Soporte y Mtto General	Soporte y Mtto General		Ing sistemas y personal del Contratista

Posteriormente se prosigue con los aspectos funcionales:

- Manejo y administración de la información del Registro automotor.
- Manejo y administración de la información del Registro de Conductores.
- Registro de infractores.
- Registro de Tarjetas de Operación
- Registro de Empresas y vehículos de transporte público.
- Administración y control de la información de los procesos correspondientes a multas, comparendos por infracciones y accidentes de tránsito.
- Gestión administrativa y operativa de los servicios de patios y grúas, de acuerdo con las normas legales vigentes.
- Gestión de recaudo de la cartera morosa relacionada con las obligaciones con el FTTB.
- Emisión de Reportes a las respectivas entidades de control.
- Gestión logística y comercial necesaria para la venta de servicios asociados al FTTB.

68. En efecto, no se ejecutaron las obligaciones de la fase pre-operacional, prevista para los primeros treinta (30) días del contrato. Las actas 001, 002 y 003, suscritas los días 1, 2 y 5 de septiembre de 2011 para sustentar el presunto incumplimiento del Departamento, fueron elaboradas dentro de los cinco (5) días siguientes a la firma del acta de inicio -31 de agosto de 2011- y no demuestran el cumplimiento de las actividades previstas para esa etapa inicial.

69. Por consiguiente, no es necesario establecer si aplica el artículo 1525 del Código Civil, que prohíbe la restitución en los casos en que se ejecutó a sabiendas del objeto ilícito, pues no se probó el despliegue de tales prestaciones. En la misma línea, al no acreditarse una ejecución efectiva, ni beneficio alguno para la entidad, ni la satisfacción de un interés público, tampoco procede el reconocimiento de restituciones mutuas en los términos del artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

Condena en costas

70. Conforme al artículo 365, numeral 5, del Código General del Proceso, en caso de que prospere parcialmente la demanda el juez podrá abstenerse de condenar en costas. En atención a que la nulidad del contrato de concesión 518 de 2011 se

declara de oficio y no en atención a las pretensiones de la demanda ni de la reconvención, sus consecuencias no favorecen a ninguno de los extremos procesales y al no haber parte vencida ante el mutuo fracaso de las pretensiones de las partes, no se condenará en costas.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR el ordinal quinto de la sentencia del 10 de agosto de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante el cual se declararon probadas las excepciones de fondo formuladas por el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar en liquidación.

SEGUNDO: REVOCAR, en lo demás, la sentencia del 10 de agosto de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

TERCERO: DECLARAR DE OFICIO la nulidad absoluta del contrato de concesión 518 de 2011, celebrado entre el Departamento de Bolívar y Growing Network S.A.

CUARTO: NEGAR las restituciones mutuas derivadas de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: SIN CONDENA en costas.

SEXTO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** al tribunal de origen para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ZORANNY CASTILLO OTÁLORA

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ
(Con aclaración de voto)

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

Nota: *Esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.*