

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Procedencia y oportunidad

El presente debate versa sobre la nulidad de los actos administrativos proferidos por el municipio de Apartadó, por medio de los cuales terminó y liquidó unilateralmente el convenio de 2003, así como su supuesto incumplimiento por el ente territorial, aspectos que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., corresponden ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada... Ahora bien, como se anticipó, la anterior norma, relativa al cómputo inicial de la caducidad desde la fecha de la liquidación del contrato o de aquella en que debió liquidarse, resulta de plena aplicación al caso concreto, debido a que el Convenio fue regido por las normas de la Ley 80 de 1993, por las consideraciones que se profundizaran más adelante. En consonancia con lo expuesto, resulta pertinente destacar que en este caso se somete a examen la legalidad del acto que liquidó unilateralmente el Convenio de 2002, el cual se encuentra contenido en la Resolución No. 576 de 7 de septiembre de 2004. Milita en el expediente la constancia de notificación de dicho acto, suscrita por la Oficina Jurídica del municipio de Apartadó, en la que consignó que el respectivo edicto se desfijó el 4 de octubre de 2004. De ahí que el cómputo del término inicial se ubicaba en el 5 de octubre de 2004. De otro lado, se agrega que el 14 de diciembre de 2004, la parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 31 Judicial Administrativa, trámite que se extendió hasta el 18 de marzo de 2005, cuando el Ministerio Público expidió la constancia en la cual puso de manifiesto que la audiencia se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio. No obstante, debe ponerse de manifiesto que dicha etapa interrumpió la caducidad hasta por tres meses, que se cumplieron el 14 de marzo de 2005, y a partir del día siguiente se reanudó el término que se habría de cumplir el 11 de enero de 2007, por cuanto el 5 de ese mes se encontraba dentro del período de vacancia judicial. Se concluye así que al haberse interpuesto la demanda el 15 de diciembre de 2006, la acción se ejerció dentro del término legalmente establecido.

NULIDAD DEL CONVENIO - Declaratoria - Improcedencia

Al respecto, se rememora que no obstante no ser pretendida en la demanda la nulidad absoluta del convenio celebrado entre el municipio de Apartadó, a través del Fosiva, y la sociedad Constructora Medina Palacio y Cía. Ltda., el Tribunal administrativo procedió a declararla oficiosamente, por considerar que se celebró contra expresa prohibición legal y constitucional, debido a que en su etapa de formación se desconocieron los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva. Sin embargo, sin entrar a cuestionar la coincidencia con la realidad de los argumentos expuestos por el *a quo* en punto al desconocimiento de los principios que regentan la contratación del Estado, la Sala advierte de antemano que tal declaratoria resultaba improcedente en consideración a que para la fecha en la cual se profirió la sentencia apelada -14 de noviembre de 2014-, cualquier vicio que hubiere afectado la validez del convenio de la referencia se encontraba saneado, por haber operado el fenómeno de la prescripción. Acontece que, en voces del artículo 1742 del C. C., la nulidad absoluta se sana en todo caso por prescripción extraordinaria... Siguiendo este orden, se tiene que el término de prescripción extraordinaria, con sujeción a los dictados del artículo 2532 del Código Civil, en la forma en que fue modificado originalmente por la Ley 50 de 1936, era de 20 años. Pese a lo indicado, el término contemplado primigeniamente se redujo a 10 años por mérito de la reforma introducida a través de la Ley 791 de 2002 que entró a regir el 27 de diciembre de 2002. Así, en consideración a que el convenio que ocupa la atención de la Sala se celebró el 2 de octubre de 2003, esto es, bajo la regencia de la reforma introducida por la Ley 791 de 2002, imperativo resulta señalar que el plazo de prescripción era aquel previsto en esta norma, esto es, el de 10 años, por ser la ley vigente al tiempo de celebración del acuerdo. Lo dicho conduce a señalar que el vencimiento de los 10 años, contados desde la celebración del Convenio de 2003 y, con ello, el linderó temporal para la procedencia de su declaratoria de nulidad se produjo el 2 de octubre de 2013, fecha anterior a aquella en la que se dictó la sentencia de primera instancia -14 de noviembre de 2014-, cuya apelación se resuelve. Se sigue de lo advertido que cualquier nulidad que eventualmente hubiera pesado sobre este contrato, desde el 2 de octubre de 2013 y a la

fecha se encuentra saneada por prescripción extraordinaria, situación que de suyo y contrario a lo considerado por la primera instancia, se oponía a su declaratoria. Ello comporta, por supuesto, la inviabilidad de pronunciarse sobre el vicio de incompetencia funcional que, según alegó el municipio, afectó la celebración del convenio, al haberse suscrito en nombre del ente territorial por un funcionario que no se encontraba facultado para ese cometido. En ese sentido, para efectos del análisis de fondo que se abordará, se valorará el hecho de que los actos acusados de nulidad, en este caso los de terminación y liquidación unilateral, sí fueron suscritos por el alcalde del municipio contratante y a la postre demandado en esta causa, cuestión que abre paso al estudio de su contenido, a la luz de los cargos de nulidad que contra los mismos elevó el censor.

CONTRATOS PROYECTOS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL - Régimen jurídico

De antaño, la solución de vivienda de interés social ha sido considerada como parte de las políticas públicas que han integrado los Planes Nacionales de Desarrollo y que encuentra su fundamento constitucional en el artículo 51 de la Carta Superior, de conformidad con el cual “Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”. De manera articulada, el órgano legislativo expidió la Ley 3 de 1991, mediante la cual se creó el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social y se estableció el subsidio familiar de viviendas, entre otras disposiciones. En su artículo primero consagró que el sistema de vivienda estaría integrado por las entidades públicas y privadas que cumplan funciones conducentes a la financiación, construcción, mejoramiento, reubicación, habilitación y legalización de títulos de viviendas de esta naturaleza. Seguidamente, en su artículo 4 estatuyó que las administraciones municipales y distritales, entre otras, coordinarían en su respectivo territorio el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, a través de las entidades especializadas encargadas de adelantar las políticas y planes de vivienda social en la localidad o a través de los Fondos de Vivienda de Interés Social y reforma urbana. Al tiempo, estableció el Subsidio Familiar de Vivienda como un aporte estatal en dinero o en especie, otorgado por una sola vez al beneficiario, con el objeto de facilitarle una solución de vivienda de interés social, sin cargo de restitución, siempre que el beneficiario cumpliera con las condiciones que estableciera esa ley. A su turno, podrían recibir el subsidio quienes se postularan por carecer de recursos suficientes para obtener una vivienda, mejorarla o habilitar legalmente los títulos de la misma. Con arreglo al artículo 19 del mencionado compendio legal, los Fondos de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana tendrán como objeto desarrollar las políticas de vivienda de interés social en las áreas urbanas y rurales y dentro de sus funciones se consagró la de desarrollar directamente o en asocio con entidades autorizadas, dentro de las cuales se encuentran las empresas privadas que tenga por objeto el desarrollo de esas actividades, programas de construcción, adquisición, mejoramiento, reubicación, rehabilitación y legalización de títulos de soluciones de vivienda de interés social. En esta normativa no se hizo referencia al régimen jurídico de los contratos celebrados para desarrollar los proyectos de vivienda de interés social. A los dos años, se expidió la Ley 80 de 1993, en cuyo articulado no se aludió a los contratos cuyo objeto correspondiera a la ejecución de proyectos de vivienda de interés social. Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 388 de 1997, la cual tuvo como propósito armonizar y actualizar las disposiciones contenidas en la Ley 9 de 1989 con las nuevas normas establecidas en la Constitución Política, la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, la Ley Orgánica de Áreas Metropolitanas y la Ley por la que se crea el Sistema Nacional Ambiental. En el artículo 36 de ese compendio se previó que las actuaciones urbanísticas, dentro de las cuales se encontraba la edificación de inmuebles, podrían ser desarrolladas por propietarios individuales en forma aislada por grupos de propietarios asociados voluntariamente o de manera obligatoria a través de unidades de actuación urbanística, directamente por entidades públicas o mediante formas mixtas de asociación entre el sector público y el sector privado. En el último inciso de ese mismo estatuto se consagró que las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas podrían participar en la ejecución de proyectos de urbanización y

programas de vivienda de interés social, mediante la celebración, entre otros, de contratos de fiducia con sujeción a las reglas generales y del derecho comercial, sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993... Ahora bien, de lo dicho hasta aquí surge con claridad que los contratos celebrados por las entidades municipales, distritales y las áreas metropolitanas para desarrollar proyectos de interés social no se encuentran exceptuados de la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal, en tanto no existe norma que así lo indique. La única excepción expresa que se concibió frente a su ámbito de cobertura correspondió a la tipología de fiducia, en cuyo caso el negocio jurídico que encuadrara en ese tipo negocial se gobernaría por las normas del estatuto mercantil.

CONVENIOS DE ASOCIACIÓN - Régimen jurídico

Otra de las formas a las que, a la luz de los antecedentes legislativos plasmados, podrían acudir las entidades estatales con el fin de llevar a cabo las soluciones de vivienda de interés social, sin perjuicio de las demás modalidades contractuales que a través de su celebración tengan vocación para satisfacer ese preciso objeto, habrían de corresponder a las distintas clases de asociación entre entidades públicas y personas de derecho privado. Esta precisión conduce a la necesidad de referirse a la forma de asociación consagrada constitucionalmente en el artículo 355... La celebración de esos acuerdos fue reglamentado por el Decreto 777 de 1992... De allí se desprende que otro de los eventos en que la contratación para la ejecución actividades de interés público, dentro de los cuales podría hallarse los proyectos de vivienda de interés social, se encuentra exceptuado de aplicación de la Ley 80 de 1993. Con todo, la norma precisa que el acuerdo respecto del cual opera la excepción deberá ser celebrado entre Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. En este punto ha de señalarse que la importancia de referirse a estos dictados específicos estriba, además, en el hecho de que estas dos normas jurídicas -artículo 355 de la Constitución Política y Decreto 777 de 1992-, fueron las normas invocadas en el contenido del contrato que ocupa la atención de la Sala, como sustento jurídico de su celebración. Adicionalmente, el postulado contenido en el artículo 355 superior fue desarrollado a través del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, y en su contenido, a) Abrió el campo de cobertura de este figura a los sujetos que podían concurrir a su utilización y en ese sentido prescribió que las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse. b) Amplió su ámbito de aplicación en función de los sujetos con quienes podría asociarse el Estado y al efecto dispuso que podría hacerlo con personas jurídicas particulares. c) Abarcó un espectro funcional mayor, por cuanto se previó que podría utilizarse este instrumento para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asignara la ley a las entidades estatales. d) Así mismo, consagró que cuando en virtud de lo dispuesto en ese artículo, surgieran personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarían a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común. Con todo, de esa legislación igualmente ha de destacarse como conclusión esencial de cuanto viene de exponerse que los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarían de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en tanto fue ese el marco normativo Superior en el que se apoyó su expedición, de manera que no resultaba acertada interpretar la normativa legal expedida atendiendo a un contexto distinto al que impuso la Carta Superior... En la actualidad, el Decreto 777 de 1992 se encuentra derogado por virtud del Decreto 092 de 2017 a partir del cual se introdujeron nuevas disposiciones en torno a los convenios de asociación, pero que para el caso no resultan de aplicación en tanto el contrato sobre el cual recae el análisis data de 2003.

CONTRATOS PROYECTOS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL - Régimen jurídico - Conclusiones

Del recorrido que se ha emprendido emergen varias conclusiones: - Las entidades distritales, municipales y las áreas metropolitanas pueden acudir a distintos tipos de contratos en el marco de la ejecución de proyectos de viviendas de interés social, cuyo régimen jurídico, por regla general corresponderá a aquél que gobierna la actividad contractual de las entidades estatales, esto es, las normas recogidas en la Ley 80 de 1993, como en las que la modifiquen y reglamenten. - De esa premisa se exceptúan los contratos de fiducia, caso en el cual dichos negocios se someterán a las reglas generales y del derecho comercial, sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. - También se exceptuaron de la sujeción al Estatuto de Contratación Estatal los convenios de asociación fundamentados en el artículo 355 de la Constitución Política y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, que en veces se utilizan como herramientas para contratar proyectos de vivienda interés social. La exclusión de la regencia de la Ley 80 en esos casos tendrá lugar: a) En los términos del artículo primero del Decreto 777 de 1992, cuando el convenio se celebre por la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público. En ese caso el convenio se informará por las normas del derecho común, sin perjuicio de que se puedan pactar cláusulas excepcionales. b) Al tenor del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, cuando alguna entidad estatal, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo se asocie con personas jurídicas particulares, y de esa asociación surja una persona jurídica sin ánimo de lucro, esta se sujetará a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

CONTRATO DE FIDUCIA - Inexistencia

La primera alude al hecho de que su celebración en modo alguno involucró aspectos relativos a la tipología contractual de fiducia, empezando porque ninguno de los extremos ostentaba la condición de fiduciaria, ni se aludió a transferencia de bienes para administración o enajenación, como tampoco a la conformación de algún patrimonio autónomo.

CONVENIO DE ASOCIACIÓN - Inexistencia

En segundo término, se aprecia que tampoco se identificó con un convenio de asociación como el previsto en el artículo 355 de la Constitución Política y desarrollado por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en tanto que para que así fuese resultaba indispensable que el extremo de derecho privado lo conformara una entidad sin ánimo de lucro, lo cual en el caso no ocurrió, habida consideración de que la demandante no ostentaba esa naturaleza. Igualmente se desconoce si el objeto del proyecto a ejecutar hacía parte del plan de desarrollo municipal de Apartadó.

CONTRATO DE OBRA - Inexistencia

Igualmente en el caso habría que descartarse la configuración de un contrato de obra pública. Se tiene que la Ley 80 de 1993 prescribe esta tipología como "*los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago*". Para la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el concepto de obra pública no se limita por su destinación a la prestación de un servicio público, o por la naturaleza de los recursos empleados en su ejecución "sino por razón de su afectación a fines de utilidad general y la titularidad del dominio de quien la emprende o a cuyo nombre se ejecuta". Con todo, en el sublite no se evidencia que la prestación a cargo del constructor se hubiera dirigido directamente hacia la entidad pública contratante o hubiera recaído en ella su titularidad al obtener el producto de la misma. Por el contrario, la ejecución de las obras, en este caso de unidades de vivienda de interés social, se haría en favor de los particulares que resultarían beneficiados con el subsidio en especie otorgado por el municipio de Apartadó, y estos, a su vez, pagarían directamente al constructor el valor acordado para adquirir cada una de las

viviendas. En esa medida, no se observa una relación directa sinalagmática de conmutatividad prestacional entre el Municipio contratante y la sociedad demandante. Es un hecho que el municipio no se obligó a desembolsar dinero alguno en favor del contratista como pago de la obra ejecutada, bajo la comprensión de que su aporte al proyecto fue en especie y se ciñó a la entrega de los inmuebles en donde se construirían las obras. Continuando con la labor de identificación de la tipología contractual sometida a análisis, la Sala estima necesario señalar que a pesar de que en su contenido se indicó que el constructor construiría bajo su responsabilidad con recursos propios y los de las 170 familias beneficiarias de las obras, lo que podría dejar entrever, en principio, un elemento análogo a la cuenta y riesgo con se asume un contrato de concesión de obra pública, manifiesto es que, se reitera, la titularidad de la obra no descendería en el ente territorial, de tal suerte que al no ser procedente el ejercicio de su reversión, se desnaturalizaría la configuración del mencionado tipo contractual. En el mismo sentido, se destaca la ausencia de su vocación de permanencia en el tiempo para estructurar un modelo financiero que permitiera recuperar la inversión y derivar provecho de su explotación.

CONVENIO DE PROYECTOS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL - Acta - Contrato atípico

Al no encajar en alguna de las tipologías analizadas propio es concluir que el acuerdo obedece a un contrato innominado o atípico, en cuya virtud el municipio de Apartadó y la Constructora Medina Palacio y Cía. Ltda. se unieron para brindar a terceros beneficiarios una solución de vivienda de interés social. En desarrollo del mismo, el ente territorial se obligó a entregar a los beneficiarios un subsidio en especie, consistente en los inmuebles sobre los cuales se construirían las casas y el demandante se obligó a ejecutar bajo su responsabilidad y con recursos propios la construcción pero como contraprestación recibiría el valor que por cada de las viviendas pagara cada uno de los beneficiarios de la obra. Con todo, el municipio mantendría a su cargo la supervisión del proyecto y procuraría que los recursos aportados por los beneficiarios se destinaran a la construcción de las casas. Así pues, teniendo en cuenta que el contrato señalado fue suscrito por el municipio de Apartadó y que sus elementos no encuadran dentro de aquellos tipos negociales que en materia de proyectos de vivienda de interés social se encuentran excluidos de la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal, se concluye que su régimen jurídico corresponde a las normas de la Ley 80 de 1993. Al respecto, se pone de presente que su cobertura no se restringe a los tipos contractuales enunciados en el artículo 32, dado que se extiende a los actos jurídicos generadores de obligaciones, previstos en el derecho privado, en disposiciones especiales o derivados de la autonomía de la voluntad.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO - Terminación unilateral del contrato - Contrato consagrado en los artículos 17 y 45 Ley 80 de 1993 - Análisis comparativo

La facultad consagrada en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 ha sido concebida de manera expresa por el legislador como una potestad excepcional asignada a la entidad estatal para evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, y en esa medida, impedir que se frustre el fin perseguido. Por oposición, su naturaleza en modo alguno se identifica como un acto represivo que pueda ejercerse en contra del contratista, menos aún si se tiene en consideración que dicha declaratoria, eventualmente podría dar lugar al derecho indemnizatorio en favor de aquel, siempre que se demuestre la causación de perjuicios por cuenta de su implementación y principalmente cuando su ejercicio se fundamente en la causal prevista en el numeral 1) del artículo 17 de la Ley 80, con arreglo a la cual la terminación procede cuando las razones del servicio lo requieran o la situación de orden público lo imponga. Igualmente, ha de advertirse que su procedencia se halla sujeta a la constatación de unos supuestos establecidos por la ley y a la observancia previa de un procedimiento reglado para su declaratoria. Además, su ejercicio se encuentra restringido a determinados tipos contractuales. De otro lado, la facultad de terminación unilateral del

contrato consignada en el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, al igual que en el evento anterior, constituye una facultad deber conferida exclusivamente a la Administración. Con todo, a diferencia de la figura precedente, su finalidad se dirige a la conservación del orden jurídico, en cuanto apunta a culminar un contrato viciado de nulidad absoluta, por haber incurrido en alguna de las causales taxativamente consagradas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 del mismo Estatuto. Es claro así que esta facultad no se erige como un mecanismo orientado a evitar la parálisis en la prestación del servicio que se pretende satisfacer con el contrato, en tanto lo que persigue es poner fin anticipadamente a una relación obligacional inmersa en un negocio jurídico inválidamente celebrado y así impedir que continúe produciendo efectos, en todo caso nocivos, hasta la terminación del plazo estipulado. De cualquier modo, la utilización de esta herramienta debe ceñirse a la ocurrencia de los vicios de nulidad absoluta que señala la norma, sin que resulte factible hacer extensiva su implementación a la configuración de vicios distintos a los contemplados en los tres citados numerales del artículo 44 en referencia. En secuencia con lo anotado, la norma señala que habiendo evidenciado la configuración de cualquiera de esas tres causales, el jefe o representante legal de la entidad, mediante acto administrativo motivado deberá declarar la terminación unilateral del negocio jurídico y deberá ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre. En relación con los efectos económicos de esta declaratoria, cabe precisar que su ejercicio no conduce al reconocimiento de derechos indemnizatorios en favor del contratista, como sí puede ocurrir en el caso de la terminación prevista en el artículo 17 del Estatuto de Contratación Estatal. Sucede, sin embargo, que en caso de reunirse los supuestos del artículo 45 para proceder a su declaratoria se deberá reconocer al contratista lo que ha ejecutado hasta ese momento. Continuando con el análisis comparativo, conviene anotar que el ejercicio de esta facultad-deber de terminación unilateral no se encuentra limitado a que su procedencia opere únicamente respecto de determinados tipos contractuales, como acontece en el caso de la prerrogativa consagrada en el artículo 17, de tal suerte que su utilización resulta jurídicamente ajustada en relación con cualquier tipología contractual, siempre que para acudir a la misma se reúnan los supuestos normativos que la regulan, sin perjuicio de que se pueda acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para solicitar la nulidad del acto administrativo y para demandar la nulidad absoluta del contrato.

NULIDAD DEL CONTRATO - Celebración con expresa prohibición constitucional o legal - Procedencia

La Sala considera que la calificación jurídica de los motivos que fungieron como génesis de la expedición el acto de terminación unilateral sometido análisis no estarían llamados a encuadrarse en la mencionada causal, en atención a que, aunado a que no fue invocada expresamente, en su contenido no se estableció de manera concreta la norma de contenido prohibitivo que permitiera ubicar el supuesto hipotético consistente en la inobservancia de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva dentro de la causal prevista en el numeral 2) del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, consistente en la celebración de contratos "*contra expresa prohibición constitucional o legal*". En relación con este tópico, además, resulta necesario observar que no reposan en el expediente los antecedentes administrativos que precedieron la celebración del convenio, de tal suerte que no es posible establecer las supuestas falencias presentadas durante esa fase. Así, la Sala concluye que aunque en este caso particular se alegó la vulneración a los principios de contratación consignados en la Ley 80, tal acontecer no resulta suficiente para configurar la causal de nulidad de que trata el numeral 2 del artículo 44 del referido cuerpo normativo, en atención a que se echa de menos la mención de la expresa prohibición legal en el caso sometido a examen. Es así como no fue invocado, ni se acreditó que el contrato se hubiera suscrito en oposición a alguna norma constitucional o legal de contenido prohibitivo. De conformidad con el orden trazado, la Sala observa que en el caso de que el municipio de Apartadó hubiese expedido el acto administrativo acusado al amparo del inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, con sustento en la transgresión de algunos de los principios orientadores de la Contratación Estatal, como se colige de su intención, habría de concluirse que la decisión que en ese sentido se hubiere proferido estaría viciada de

nulidad por falta de competencia, aunque por distintas causas a las anunciadas por el impugnante. Al respecto, no puede soslayarse el hecho de que dicho artículo otorgó facultad al jefe o representante legal de la entidad para terminar unilateralmente el contrato cuando evidenciara, entre otras, la causal de nulidad consistente en haberlo celebrado “*contra expresa prohibición legal*”, la cual en el caso no se configuró; de ahí que si la causal de nulidad del negocio jurídico que se vislumbró correspondía a una distinta a las consagradas de forma taxativa en los numerales 1, 2 y 4 del citado artículo 44, el jefe de la entidad carecía de competencia para terminar unilateralmente el contrato, debiendo en este evento acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en procura de su declaratoria de nulidad.

NULIDAD DEL CONTRATO - Falta de competencia - Procedencia

Siguiendo el orden argumentativo trazado, no desconoce la Sala que simultáneamente y de manera genérica y abstracta se expuso en el acto que los supuestos descritos en su motivación encajaban en la disposición legal del artículo 17 con arreglo a la cual la terminación unilateral procedía “cuando las exigencias del servicio lo requirieran”, a lo cual se añadió que se había presentado perturbación del orden público. Acerca de este punto se anticipó en precedencia que las potestades excepcionales consagradas en el artículo 14 del Estatuto de Contratación Estatal deben ejercerse de manera restringida, atendiendo a que su implementación tiene cabida en los tipos contractuales en los que su incorporación es obligatoria, incluso si no se pacta expresamente, y en aquellos en los cuales se autoriza su inclusión. Consecuencialmente, no será válidamente admisible su pacto en las tipologías contractuales en las que se prohíba de forma manifiesta su introducción, como tampoco, según lo ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en los cuales el legislador hubiere guardado silencio sobre la procedibilidad de su instrumentación. Continuando con esta línea argumentativa, de cara a la atipicidad del convenio de 2003 y por no identificarse su objeto con alguno de los tipos contractuales en los cuales la norma prescribió la viabilidad de su utilización, ha de concluirse que el municipio carecía de competencia para ejercer la potestad excepcional de terminación unilateral del contrato, pues no obstante no haberse convenido su ejercicio en el texto contractual, incluso en el evento de que así se hubiere procedido, tampoco en ese caso habría sido válido jurídicamente su ejercicio, en la medida en que no existía autorización expresa del legislador que viabilizara la incorporación de esta potestad al negocio jurídico y dotara de competencia al contratante para dar uso legítimo a ese instrumento. Con apego a lo expuesto, al ser dictado el acto de terminación acusado con fundamento en la potestad excepcional contemplada en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, forzoso resulta concluir que esa decisión se encuentra viciada de nulidad absoluta por falta de competencia. Al margen de lo expuesto y si en gracia de discusión se aceptara que el tipo contractual con el que se identificó el contrato en estudio habría correspondido a alguno de aquellos en los cuales la Ley 80 expresamente autorizó la inclusión de esta potestad excepcional, en todo caso la Sala advierte que las piezas probatorias obrantes en el expediente, lejos de dotar de vigor acreditativo las aseveraciones que apuntan a que su expedición se fundamentó en que las exigencias del servicio lo requerían y que se presentó perturbación de orden público, en realidad las desvirtúan.

INTERESES MORATORIOS - Consecuencia - Nulidad - Acto administrativo - Improcedencia - Reconocimiento

Sobre la suma obtenida, la Sala se abstendrá de reconocer intereses moratorios, con arreglo a la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, de conformidad con la cual en los eventos en que la condena es consecuencia directa de la nulidad de un acto administrativo expedido por la entidad estatal contratante, resulta improcedente el reconocimiento de intereses moratorios, en cuanto ha de tenerse en cuenta que hasta antes del momento en que la decisión es anulada por la autoridad judicial competente, no podría predicarse la mora de la entidad, en atención a que la decisión se hallaba revestida de la presunción de legalidad.

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

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 05001-23-31-000-2006-03836-01(53390)

Actor: CONSTRUCTORA MEDINA PALACIO Y CIA LTDA.

Demandado: MUNICIPIO DE APARTADÓ

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: IMPROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA OFICIOSA DE NULIDAD DEL CONTRATO / saneamiento por prescripción – RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PROYECTOS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL – existen algunos casos de excepción a la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal / TIPOLOGÍA CONTRACTUAL PARA LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO DE VIS – contrato atípico e innominado / TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / diferencias entre las facultades previstas en los artículos 17 y 45 de la Ley 80 / DECAIMIENTO DEL ACTO DE LIQUIDACIÓN - NULIDAD PARCIAL DEL ACTO DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL – orden de reconocimiento de costos en favor del contratista.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el catorce (14) de noviembre de dos mil catorce (2014), mediante la cual se dispuso (se transcribe incluso con errores):

“PRIMERO. Declarar de oficio la NULIDAD ABSOLUTA del Acta Convenio, firmada el 2 de octubre de 2003, por las razones antes expuestas.

“SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por los argumentos dados en la parte motiva del presente proveído.

“SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

“TERCER. Ejecutoriada esta decisión, archívese el expediente”.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el 15 de diciembre de 2006, por la sociedad Constructora Medina Palacio y Cía. Ltda., en ejercicio de la acción contractual impetrada contra el municipio de Apartadó con el fin de que: i) se declarara la nulidad de la Resolución 071 del 2004, por la cual el municipio de Apartadó declaró la terminación unilateral del Convenio suscrito el 2 de octubre de 2003 con la sociedad demandante; ii) se declarara la nulidad de la Resolución 0576 de 2004, por la cual el ente territorial liquidó unilateralmente el convenio antes mencionado e impuso al contratista la obligación de devolver la suma de \$89'900.000; iii) que se declarara que el municipio de Apartadó incurrió en incumplimiento contractual, lo cual llevó al contratista a asumir sobrecostos en la ejecución del acuerdo; iv) que como consecuencia, se condenara a la demandada a reconocer y pagar al demandante los perjuicios derivados de las circunstancias narradas, los cuales concretó en los siguientes conceptos:

- \$160'058.400 por concepto de costo de las obras ejecutadas antes de la suspensión ordenada por la jurisdicción ordinaria como medida provisional.
- \$38'950.000 por concepto de sobrecostos administrativos por suspensión de la obra.
- \$539'701.125 equivalente al AIU pactado en el convenio celebrado con el ente territorial.

2. Los hechos

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos relevantes:

2.1. El 3 de octubre de 2003, el municipio de Apartadó, a través del Fondo de Interés Social – Fovisa, y la sociedad Constructora Medina Palacio y Cía. Ltda. celebraron un convenio, cuyo objeto consistió en construir 170 viviendas de interés social en terrazas desenglobadas, situadas en un predio de propiedad del ente municipal, por un plazo de 120 días calendario.

2.2. El 6 de noviembre de 2003 se paralizó la ejecución de la obra contratada, como consecuencia de la orden judicial proferida en el marco de una demanda de tutela promovida por algunos de los supuestos propietarios de las terrazas sobre las cuales se construirían las viviendas.

2.3. El 6 y el 11 de febrero de 2004 fueron revocados por la segunda instancia los fallos de tutela proferidos en contra del municipio y se ordenó dejar sin efecto la orden de suspensión de la obra, dictada por el juez constitucional.

2.4. El 20 de febrero de 2004, el municipio de Apartadó mediante Resolución No. 071 declaró la terminación del convenio, por lo cual adujo que con su celebración se vulneraron los principios de economía y responsabilidad, debido a que no se contaba con la disponibilidad de las terrazas entregadas a los beneficiarios.

2.5. Mediante Resolución No. 0576 del 7 de septiembre de 2004, el municipio liquidó unilateralmente el convenio y en ese acto impuso al contratista la obligación de devolver a la comunidad la suma de \$89'900.000,00.

3. Normas violadas y concepto de la violación

El actor sostuvo que la expedición del acto administrativo transgredió las disposiciones contenidas en los artículos 1, 2, 3, 6, 13, 25 y 29 de la Constitución Política; los artículos 2, 9, 44, 50, 59, 60, 87 y 131 del Código Contencioso Administrativo; los artículos 5, 6, 14, 17, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993; y el artículo 1546 del Código Civil.

Alegó que el ejercicio de las potestades excepcionales, como la de terminación unilateral del contrato, demandaba el reconocimiento y pago de las prestaciones

e indemnizaciones a que hubiera lugar en favor del contratista, exigencia que no fue cumplida por la entidad contratante al expedir el acto demandado.

Sostuvo que la motivación del acto de terminación acusado no se encontraba ajustada a la realidad debido a que, paradójicamente, la misma obedeció a idénticas razones que en un principio impulsaron la celebración del contrato.

Formuló igualmente los cargos de incompetencia funcional y temporal del funcionario para proferir los actos acusados, falsa motivación y desviación de poder.

4. Actuación procesal

4.1. Por auto de 6 de febrero de 2007, el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda y ordenó la notificación al municipio demandado.

4.2. En providencia del 21 de junio de 2010 se abrió el debate probatorio.

4.2. Contestación de la demanda – municipio de Apartadó

El ente territorial contestó la demanda y frente a los hechos indicó que para la fecha en la cual se celebró el convenio no existía reglamento de propiedad horizontal y no se había establecido si la propiedad de las terrazas en donde se pretendían construir las viviendas era del municipio.

Añadió que el Fondo de Vivienda de Interés Social -FOVISA- del municipio de Apartadó fue creado como una cuenta especial adscrita a la Dirección de Planeación Municipal, pero el Secretario de Planeación no se encontraba delegado para la suscripción del convenio. A lo dicho sumó que, a pesar de la cuantía, no se realizó licitación pública para la escogencia del contratista designado para la ejecución de la obra.

Indicó que la celebración del convenio no estuvo antecedida de la elaboración de los estudios técnicos y de conveniencia.

Señaló que la parálisis de la obra resultaba previsible, en la medida en que las condiciones existentes para la época en que se inició revelaban la falta de claridad acerca de la propiedad de las terrazas encima de las cuales se construirían las viviendas, así como el descontento de los propietarios de los primeros pisos, cuya titularidad desconoció el municipio cuando realizó la planeación del proyecto.

Finalmente, formuló las siguientes excepciones: caducidad de la acción, culpa del contratista, inexistencia de obligación del municipio por incongruencia del contrato, inexistencia del perjuicio, legalidad de los actos de terminación y liquidación del convenio, pago y compensación.

4.3. La sentencia de primera instancia

El *a quo* resolvió el litigio en la forma transcrita en la primera parte de esta providencia.

Al inicio, se refirió al medio exceptivo de caducidad de la acción, aspecto en relación con el cual estimó que no estaba llamado a prosperar, habida consideración de que el cómputo empezó a correr desde el 5 de octubre de 2004, día siguiente al de la notificación del acto por el cual se liquidó unilateralmente el contrato. Como consecuencia, precisó que al haberse interpuesto la demanda el 15 de diciembre de 2006 y luego de descontar el término de suspensión que duró el trámite conciliatorio (14 de diciembre de 2004 al 18 de marzo de 2005), concluyó que su interposición fue oportuna.

Seguidamente, advirtió que el régimen jurídico del contrato en cuyo marco se produjeron los actos acusados fue el contenido en las normas del Estatuto de Contratación Estatal. Así mismo, se refirió a la facultad de liquidación unilateral de la entidad y a la competencia temporal para efectuarla.

Luego de revisar la motivación del acto de terminación unilateral del convenio, advirtió que las razones aducidas para fundamentar su culminación estribaron en la inobservancia de los procedimientos precontractuales para llevar a cabo la selección de contratista. En ese sentido, sostuvo que, pese a la cuantía del asunto, la escogencia del constructor no fue precedida de licitación pública, como tampoco

fueron realizados los estudios técnicos y de conveniencia del proyecto que indicaran la necesidad de su ejecución.

A renglón seguido, se refirió al tratamiento jurisprudencial dispensado a distintos principios que informaban la contratación estatal, tales como el de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva, todos los cuales, en su criterio, fueron desconocidos por el municipio de Apartadó en el procedimiento de contratación que dio origen al convenio suscrito con el demandante.

Como consecuencia de lo expuesto, procedió a declarar la nulidad absoluta del convenio suscrito el 2 de octubre de 2003, por considerar que se celebró contra expresa prohibición legal y constitucional, siendo esta la misma causal con cuyo sustento la entidad pública, en aplicación del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, lo terminó unilateralmente. Con base en este mismo planteamiento, consideró ajustado a la legalidad el acto que dispuso la culminación del vínculo negocial.

En orden a disponer lo relacionado con las restituciones mutuas, analizó el clausulado contractual y concluyó que el municipio se había obligado a reconocer en favor del contratista los sobrecostos en que incurrió como consecuencia de la suspensión de la obra, siempre que la misma se generara por causas ajenas a la voluntad del demandante.

Al examinar las causas que ocasionaron la suspensión de la obra, señaló que el contratista no podía relevarse de responsabilidad en el sublite, en cuanto era de su resorte igualmente observar el principio de buena fe que imponía la sujeción de su actuación a los principios que informaban la contratación del Estado.

Por efecto de lo anterior, resolvió que no existía saldo en favor del contratista, como tampoco incumplimiento imputable al ente territorial, debido a que la obligación adquirida se contrajo a la entrega de unos subsidios en favor de los beneficiarios de la obra.

4.4. El recurso de apelación

La parte actora, por conducto de su apoderado, interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. La alzada se apoyó en los siguientes argumentos:

En primer término, insistió en que se declarara la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se terminó y se liquidó unilateralmente el convenio, así como el incumplimiento contractual del municipio y se condenara al pago de los perjuicios causados al contratista.

Para fundamentar su afirmación, señaló que el convenio se ajustó a derecho, por cuanto se cumplieron los presupuestos legales para su validez; al tiempo aseguró que no se desconocieron los procedimientos contractuales, ni el proceso de selección del contratista. Afirmó que lo anterior no fue objeto del debate probatorio, de tal suerte que la demandante no tuvo la oportunidad legal de controvertir los hechos en los cuales el *a quo* sustentó la declaratoria de nulidad oficiosa del contrato.

Agregó que el contratista cumplió todo lo pactado en virtud de la celebración del convenio y que la parálisis que se produjo en medio de su ejecución, de la cual hace derivar los pretendidos perjuicios, no se originó por causas imputables a su voluntad. Sobre este aspecto, replicó que los perjuicios sufridos y estimados en cuantía de \$209'260.970 se encontraban debidamente demostrados en el plenario.

Alegó que en la terminación unilateral del convenio se limitó a ordenar que se efectuara su liquidación del mismo. Sin embargo, ni el acto de terminación ni el de liquidación se efectuaron los reconocimientos indemnizatorios y compensatorios por los daños y perjuicios sufridos durante la ejecución de la obra por motivos ajenos a la voluntad y a los que tenía derecho el contratista de conformidad con la cláusula octava del convenio.

Por último, sostuvo que aun cuando el convenio se había celebrado por el Fovisa, fondo creado como una cuenta especial del presupuesto con carácter rotatorio y adscrito a la dirección de planeación municipal, el acto que lo terminó

unilateralmente lo profirió el alcalde de Apartadó sin que dicha entidad tuviera a su cargo dicha función.

5. Actuación en segunda instancia

5.1. Mediante providencia del 16 de abril de 2015, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de alzada.

5.2. En proveído del 14 de mayo de 2015, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto. En el término otorgado, la parte actora presentó escrito en el cual, en esencia, reiteró los argumentos en que cimentó la alzada.

La entidad demandada guardó silencio.

El Ministerio Público rindió concepto, de conformidad con el cual consideró que la sentencia impugnada merecía ser confirmada, toda vez que se presentaron causales de nulidad del convenio en su etapa de formación, que conducían a su invalidación.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis* se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual; **3)** legitimación en la causa; **4)** análisis del recurso: **4.1)** la improcedencia de la declarar oficiosamente la nulidad del convenio celebrado el 2 de octubre de 2003; **4.2)** régimen jurídico para la contratación de proyectos de vivienda de interés social; **4.3)** de la tipología del negocio denominado acta convenio – proyecto de vivienda de interés social; **4.4)** de la nulidad de la Resolución No. 071 de 2004 que terminó unilateralmente el convenio de 2003; **4.5)** de la pérdida de fuerza ejecutoria del acto que liquidó unilateralmente el Convenio de 2003 como consecuencia de la nulidad del acto que lo terminó unilateralmente; **4.6)** de la nulidad de la Resolución No. 0576 del 7 de septiembre de 2004 por la cual el municipio de Apartadó liquidó unilateralmente el convenio y **5)** costas.

1.- Competencia del Consejo de Estado

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en mérito de lo dispuesto por el artículo 75¹ de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por su parte, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, consagraron que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes a la nulidad de la Resolución No. 071 de 2004, por medio de la cual el municipio de Apartadó terminó unilateralmente el Convenio de 2003, celebrado con la sociedad Constructora Medina Palacio y Cía. Ltda. y de la Resolución No. 0576 de 2004, por la cual dicha entidad liquidó unilateralmente el acuerdo, así como su presunto incumplimiento contractual por parte del municipio.

Así las cosas, se precisa que la entidad demandada, municipio de Apartadó, de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del ordinal primero del artículo 2º de la Ley 80 de 1993², es un ente territorial y, por tanto, tiene el carácter de entidad estatal.

¹ Artículo 75, Ley 80 de 1993. *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”.*

² Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las

Hechas las anteriores precisiones, se concluye que es esta Jurisdicción la competente para conocer de la presente controversia.

También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de \$539'701.125, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$204'000.000)³, exigida en la Ley 954, promulgada el 28 de abril de 2005, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

2.- Procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual

El presente debate versa sobre la nulidad de los actos administrativos proferidos por el municipio de Apartadó, por medio de los cuales terminó y liquidó unilateralmente el convenio de 2003, así como su supuesto incumplimiento por el ente territorial, aspectos que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., corresponden ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada.

La Sala advierte que, de conformidad con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cómputo del término de caducidad de la acción contractual seguía las siguientes reglas:

“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

“En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

“(…).

sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

“(…)”.

³ El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 22 de septiembre de 2005, correspondió a \$408.000.

“d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar; (...).”

Ahora bien, como se anticipó, la anterior norma, relativa al cómputo inicial de la caducidad desde la fecha de la liquidación del contrato o de aquella en que debió liquidarse, resulta de plena aplicación al caso concreto, debido a que el Convenio fue regido por las normas de la Ley 80 de 1993, por las consideraciones que se profundizaran más adelante.

En consonancia con lo expuesto, resulta pertinente destacar que en este caso se somete a examen la legalidad del acto que liquidó unilateralmente el Convenio de 2002, el cual se encuentra contenido en la Resolución No. 576 de 7 de septiembre de 2004.

Milita en el expediente⁴ la constancia de notificación de dicho acto, suscrita por la Oficina Jurídica del municipio de Apartadó, en la que consignó que el respectivo edicto se desfijó el 4 de octubre de 2004. De ahí que el cómputo del término inicial se ubicaba en el 5 de octubre de 2004

De otro lado, se agrega que el 14 de diciembre de 2004, la parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 31 Judicial Administrativa, trámite que se extendió hasta el 18 de marzo de 2005, cuando el Ministerio Público expidió la constancia en la cual puso de manifiesto que la audiencia se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio. No obstante, debe ponerse de manifiesto que dicha etapa interrumpió la caducidad hasta por tres meses, que se cumplieron el 14 de marzo de 2005, y a partir del día siguiente se reanudó el término que se habría de cumplir el 11 de enero de 2007, por cuanto el 5 de ese mes se encontraba dentro del período de vacancia judicial.

Se concluye así que al haberse interpuesto la demanda el 15 de diciembre de

⁴ Folio 4309 c1.

2006, la acción se ejerció dentro del término legalmente establecido.

3.- Legitimación en la causa

La Sala encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa a la sociedad Constructora Medina Palacio y Cía. Ltda. para integrar el extremo demandante, en su condición de contratista dentro del convenio de 2003, con ocasión del cual se profirieron los actos que lo terminaron y liquidaron unilateralmente.

Igualmente, halla la Sala legitimado en la causa por pasiva al municipio de Apartadó, dada su condición de entidad contratante del convenio presuntamente incumplido y por ser la que expidió las decisiones demandadas.

4.- Análisis del recurso

Como punto de partida, el recurrente basó su alzada en el hecho de que el convenio celebrado el 2 de octubre de 2003, entre el municipio de Apartadó, a través del Fovisa, y la sociedad Constructora Medina Palacio y Cía. Ltda., para desarrollar el proyecto de vivienda “*Serranía Etapa V ciento setenta soluciones de vivienda*”, se encontraba revestido de legalidad y, por contera, no procedía su declaratoria de nulidad, entre otras cosas razones, debido a que tal circunstancia no fue materia de debate probatorio en el curso de la primera instancia.

En orden a resolver el argumento de la apelación, la Sala se referirá a:

4.1. La improcedencia de declarar oficiosamente la nulidad del convenio celebrado el 2 de octubre de 2003

Al respecto, se rememora que no obstante no ser pretendida en la demanda la nulidad absoluta del convenio celebrado entre el municipio de Apartadó, a través del Fosiva, y la sociedad Constructora Medina Palacio y Cía. Ltda., el Tribunal administrativo procedió a declararla oficiosamente, por considerar que se celebró contra expresa prohibición legal y constitucional, debido a que en su etapa de formación se desconocieron los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva.

Sin embargo, sin entrar a cuestionar la coincidencia con la realidad de los argumentos expuestos por el *a quo* en punto al desconocimiento de los principios que regentan la contratación del Estado, la Sala advierte de antemano que tal declaratoria resultaba improcedente en consideración a que para la fecha en la cual se profirió la sentencia apelada -14 de noviembre de 2014-, cualquier vicio que hubiere afectado la validez del convenio de la referencia se encontraba saneado, por haber operado el fenómeno de la prescripción.

Acontece que, en voces del artículo 1742 del C. C., la nulidad absoluta se sana en todo caso por prescripción extraordinaria.

A propósito de esta normativa, la jurisprudencia de esta Sección ha considerado que *“cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos”*⁵.

Siguiendo este orden, se tiene que el término de prescripción extraordinaria, con sujeción a los dictados del artículo 2532 del Código Civil, en la forma en que fue modificado originalmente por la Ley 50 de 1936, era de 20 años.

Pese a lo indicado, el término contemplado primigeniamente se redujo a 10 años por mérito de la reforma introducida a través de la Ley 791 de 2002 que entró a regir el 27 de diciembre de 2002.

Así, en consideración a que el convenio que ocupa la atención de la Sala se celebró el 2 de octubre de 2003, esto es, bajo la regencia de la reforma introducida por la Ley 791 de 2002, imperativo resulta señalar que el plazo de prescripción era aquel previsto en esta norma, esto es, el de 10 años, por ser la ley vigente al tiempo de celebración del acuerdo.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp: 22.471, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Lo dicho conduce a señalar que el vencimiento de los 10 años, contados desde la celebración del Convenio de 2003 y, con ello, el lindero temporal para la procedencia de su declaratoria de nulidad se produjo el 2 de octubre de 2013, fecha anterior a aquella en la que se dictó la sentencia de primera instancia -14 de noviembre de 2014-, cuya apelación se resuelve.

Se sigue de lo advertido que cualquier nulidad que eventualmente hubiera pesado sobre este contrato, desde el 2 de octubre de 2013 y a la fecha se encuentra saneada por prescripción extraordinaria, situación que de suyo y contrario a lo considerado por la primera instancia, se oponía a su declaratoria.

Ello comporta, por supuesto, la inviabilidad de pronunciarse sobre el vicio de incompetencia funcional que, según alegó el municipio, afectó la celebración del convenio, al haberse suscrito en nombre del ente territorial por un funcionario que no se encontraba facultado para ese cometido.

En ese sentido, para efectos del análisis de fondo que se abordará, se valorará el hecho de que los actos acusados de nulidad, en este caso los de terminación y liquidación unilateral, sí fueron suscritos por el alcalde del municipio contratante y a la postre demandado en esta causa, cuestión que abre paso al estudio de su contenido, a la luz de los cargos de nulidad que contra los mismos elevó el censor.

Con todo, conviene seguidamente referirse al régimen jurídico para la contratación de proyectos de vivienda de interés social en tanto el convenio en cuyo desarrollo se produjeron los actos acusados de nulidad se identifica con ese objeto.

4.2. Régimen jurídico para la contratación de proyectos de vivienda de interés social

De antaño, la solución de vivienda de interés social ha sido considerada como parte de las políticas públicas que han integrado los Planes Nacionales de Desarrollo y que encuentra su fundamento constitucional en el artículo 51 de la Carta Superior, de conformidad con el cual *“Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas*

adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”.

De manera articulada, el órgano legislativo expidió la Ley 3 de 1991, mediante la cual se creó el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social y se estableció el subsidio familiar de viviendas, entre otras disposiciones. En su artículo primero consagró que el sistema de vivienda estaría integrado por las entidades públicas y privadas que cumplan funciones conducentes a la financiación, construcción, mejoramiento, reubicación, habilitación y legalización de títulos de viviendas de esta naturaleza.

Seguidamente, en su artículo 4 estatuyó que las administraciones municipales y distritales, entre otras, coordinarían en su respectivo territorio el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, a través de las entidades especializadas encargadas de adelantar las políticas y planes de vivienda social en la localidad o a través de los Fondos de Vivienda de Interés Social y reforma urbana.

Al tiempo, estableció el Subsidio Familiar de Vivienda como un aporte estatal en dinero o en especie, otorgado por una sola vez al beneficiario, con el objeto de facilitarle una solución de vivienda de interés social, sin cargo de restitución, siempre que el beneficiario cumpliera con las condiciones que estableciera esa ley. A su turno, podrían recibir el subsidio quienes se postularan por carecer de recursos suficientes para obtener una vivienda, mejorarla o habilitar legalmente los títulos de la misma.

Con arreglo al artículo 19 del mencionado compendio legal, los Fondos de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana tendrán como objeto desarrollar las políticas de vivienda de interés social en las áreas urbanas y rurales y dentro de sus funciones se consagró la de desarrollar directamente o en socio con entidades autorizadas, dentro de las cuales se encuentran las empresas privadas que tenga por objeto el desarrollo de esas actividades, programas de construcción, adquisición, mejoramiento, reubicación, rehabilitación y legalización de títulos de soluciones de vivienda de interés social.

En esta normativa no se hizo referencia al régimen jurídico de los contratos celebrados para desarrollar los proyectos de vivienda de interés social.

A los dos años, se expidió la Ley 80 de 1993, en cuyo articulado no se aludió a los contratos cuyo objeto correspondiera a la ejecución de proyectos de vivienda de interés social.

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 388 de 1997, la cual tuvo como propósito armonizar y actualizar las disposiciones contenidas en la Ley 9 de 1989 con las nuevas normas establecidas en la Constitución Política, la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, la Ley Orgánica de Áreas Metropolitanas y la Ley por la que se crea el Sistema Nacional Ambiental.

En el artículo 36 de ese compendio se previó que las actuaciones urbanísticas, dentro de la cuales se encontraba la edificación de inmuebles, podrían ser desarrolladas por propietarios individuales en forma aislada por grupos de propietarios asociados voluntariamente o de manera obligatoria a través de unidades de actuación urbanística, directamente por entidades públicas o mediante formas mixtas de asociación entre el sector público y el sector privado.

En el último inciso de ese mismo estatuto se consagró que las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas podrían participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, mediante la celebración, entre otros, de contratos de fiducia con sujeción a las reglas generales y del derecho comercial, sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Sobre el alcance interpretativo de este precepto legal, la Sala de Consulta y del Servicio Civil del Consejo de Estado, a través del Concepto No. 1503 de 2003⁶ sostuvo:

“Ahora bien, resulta claro que el inciso final del artículo 36 de la Ley 388 de 1997 estableció una excepción al régimen de contratación estatal de fiducia, y por lo mismo, es de interpretación restrictiva, lo cual trae como consecuencia que esta norma es aplicable únicamente para los fines expresados en la misma, vale decir, la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social. Las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas que persigan tales fines, se encuentran habilitadas para celebrar los contratos de fiducia que autoriza la mencionada norma, los cuales han de entenderse de fiducia mercantil, puesto que la norma expresa que se celebrarán con sujeción a las reglas generales y ‘del derecho comercial’, lo

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 4 de julio de 2003, C. P. César Hoyos Salazar, Radicación: 1502.

cual se reafirma con la expresión siguiente de la norma, ‘sin las limitaciones y las restricciones previstas en el numeral 5° del artículo 32 de la ley 80 de 1993’ (subraya la Sala).

Ahora bien, de lo dicho hasta aquí surge con claridad que los contratos celebrados por las entidades municipales, distritales y las áreas metropolitanas para desarrollar proyectos de interés social no se encuentran exceptuados de la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal, en tanto no existe norma que así lo indique. La única excepción expresa que se concibió frente a su ámbito de cobertura correspondió a la tipología de fiducia, en cuyo caso el negocio jurídico que encuadrara en ese tipo negocial se gobernaría por las normas del estatuto mercantil.

De los convenios de asociación

Otra de las formas a las que, a la luz de los antecedentes legislativos plasmados, podrían acudir las entidades estatales con el fin de llevar a cabo las soluciones de vivienda de interés social, sin perjuicio de las demás modalidades contractuales que a través de su celebración tengan vocación para satisfacer ese preciso objeto, habrían de corresponder a las distintas clases de asociación entre entidades públicas y personas de derecho privado.

Esta precisión conduce a la necesidad de referirse a la forma de asociación consagrada constitucionalmente en el artículo 355, al tenor del cual *“El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”*.

La celebración de esos acuerdos fue reglamentado por el Decreto 777 de 1992, en cuya virtud dispuso que aquellos negocios que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebrara *“la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los*

requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 777 de 1992”.

De allí se desprende que otro de los eventos en que la contratación para la ejecución actividades de interés público, dentro de los cuales podría hallarse los proyectos de vivienda de interés social, se encuentra exceptuado de aplicación de la Ley 80 de 1993. Con todo, la norma precisa que el acuerdo respecto del cual opera la excepción deberá ser celebrado entre Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.

En este punto ha de señalarse que la importancia de referirse a estos dictados específicos estriba, además, en el hecho de que estas dos normas jurídicas - artículo 355 de la Constitución Política y Decreto 777 de 1992-, fueron las normas invocadas en el contenido del contrato que ocupa la atención de la Sala, como sustento jurídico de su celebración.

Adicionalmente, el postulado contenido en el artículo 355 superior fue desarrollado a través del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, y en su contenido,

- a) Abrió el campo de cobertura de este figura a los sujetos que podían concurrir a su utilización y en ese sentido prescribió que las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo [209](#) de la Constitución, asociarse.
- b) Amplió su ámbito de aplicación en función de los sujetos con quienes podría asociarse el Estado y al efecto dispuso que podría hacerlo con personas jurídicas particulares.
- c) Abarcó un espectro funcional mayor, por cuanto se previó que podría utilizarse este instrumento para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asignara la ley a las entidades estatales.
- d) Así mismo, consagró que cuando en virtud de lo dispuesto en ese artículo, surgieran personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarían a las

disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

Con todo, de esa legislación igualmente ha de destacarse como conclusión esencial de cuanto viene de exponerse que los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarían de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en tanto fue ese el marco normativo Superior en el que se apoyó su expedición, de manera que no resultaba acertada interpretar la normativa legal expedida atendiendo a un contexto distinto al que impuso la Carta Superior.

La Corte Constitucional en sentencia de septiembre de 1999 declaró la exequibilidad del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y sobre el asunto, discurrió:

“6.1. En relación con la norma en mención, se observa por la Corte que la autorización que en su inciso primero se otorga a entidades estatales para que con observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución pueden celebrar convenios de asociación con personas jurídicas de derecho privado o participen en la creación de personas jurídicas de este carácter para desarrollar actividades propias de ‘los cometidos y funciones’ que la ley asigna a las entidades estatales, no vulnera en nada la Carta Política, por cuanto se trata simplemente de un instrumento que el legislador autoriza utilizar para el beneficio colectivo, es decir, en interés general y, en todo caso, con acatamiento a los principios que rigen la actividad administrativa del Estado.

“6.2. De la misma manera, si el legislador autoriza la asociación de entidades estatales con personas jurídicas particulares con las finalidades ya mencionadas, estableció, en defensa de la transparencia del manejo de los dineros públicos, que los convenios de asociación a que se hace referencia serán celebrados ‘de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política’, lo que significa que no podrá, en ningún caso pretextarse la celebración de los mismos para otorgar o decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de una parte; y, de otra, el acatamiento a la disposición constitucional mencionada, impone la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, pero ‘con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo’, tal cual lo ordena el citado artículo 355 de la Carta Política”⁷.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-671 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Una interpretación similar a esa normativa ha sido la dispensada por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, al sostener:

“No obstante que la consulta inquiriere sobre la posibilidad de celebración de convenios para la construcción de obras de infraestructura al amparo del artículo 355 de la Carta, debe señalarse adicionalmente que el artículo 968 de la Ley 489 de 1998, dispone que, de conformidad con lo estatuido por el artículo 355 de la Constitución Política, las entidades estatales pueden asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que la ley le asigna a aquellas, por lo cual dichos convenios y su ejecución necesariamente han de realizarse dentro del contexto de la disposición constitucional a la que se remite y las restricciones del Decreto 777 de 1992 y normas exceptivas concordantes”⁸.

Sobre la justificación de la necesidad de que dichos convenios se celebraran con entidades sin ánimo de lucro, la misma Sala indicó:

“Así, no podría darse un contrato conmutativo, en el cual se advierta un intercambio o venta de bienes y servicios, sino un convenio para colaborar en el cumplimiento de sus misiones, lo que se permite al coincidir el objeto social del privado que actúe sin ánimo de lucro con la actividad que el Estado quiere impulsar”⁹.

Años más tarde, la Sala de Consulta y Servicio Civil mantuvo su posición anterior al sostener:

“Según indica el artículo 96 en cita, en el caso de que el Estado se vincule con particulares, deberá suscribir un convenio en el que se establezca con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y demás aspectos que sean relevantes. Por virtud del artículo 355 de la Constitución, el convenio deberá, además, celebrarse con personas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, para impulsar un programa o proyecto de interés público, y estar acorde con el plan nacional o seccional de desarrollo”¹⁰.

⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 23 de febrero de 2006, Nro. Interno 1710, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 3 de septiembre de 2009, Interno 1957, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 12 de septiembre de 2013, Nro. Interno 2146, C.P. William Zambrano Cetina.

A su turno, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha reflexionado sobre el concepto y los elementos que conforman el convenio de asociación, como sigue:

“La Sala se atreve a definir los convenios de asociación como aquellos acuerdos de voluntades reglamentados por el Gobierno en ejercicio de la facultad que le dio el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, suscritos entre una entidad pública con una persona jurídica particular que carezca de ánimo de lucro, con la idoneidad reconocida, los cuales tendrán como elemento teleológico el impulso de programas y labores que sean del interés de la colectividad, y que estén en consonancia con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo.

“La doctrina ha extraído sus condiciones al afirmar:

- *“su competencia regulatoria está asignada por la Carta Política al Gobierno Nacional, excluyendo al legislador.*
- *“Se considera como entidad pública, aparte de las indicadas en la Constitución y la Ley, a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta cobijadas al régimen de las anteriores.*
- *“El contratista debe ser una entidad privada sin ánimo de lucro y que tenga experiencia con resultados idóneos que soporten la capacidad técnica y administrativa para desarrollar el objeto contractual.*
- *“Su finalidad exclusiva es la realización de labores de carácter social, y por tanto, no está permitida la posibilidad de otorgar contraprestaciones a favor de la entidad contratante ni de un tercero, sino que los beneficios derivados del convenio deben ir dirigidos a la población.*
- *“Es necesario que consten por escrito.*
- *“La naturaleza del convenio es de derecho privado, salvo las excepciones del Decreto 777 de 1992, como la posibilidad de acordar cláusulas excepcionales propias de la contratación estatal.*

“El organismo público contratante tiene la potestad de terminar de manera unilateral el contrato y exigir el pago de los daños irrogados, siempre que se incumpla las obligaciones desprendidas del negocio jurídico bilateral¹¹12.

¹¹ Original de la cita. Contratación Pública, Análisis Normativo, Descripción de Procedimientos, Sexta Edición de Carlos Pachón Lucas.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 3 de diciembre de 2014, Exp. 51.832. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

En la actualidad, el Decreto 777 de 1992 se encuentra derogado por virtud del Decreto 092 de 2017 a partir del cual se introdujeron nuevas disposiciones en torno a los convenios de asociación, pero que para el caso no resultan de aplicación en tanto el contrato sobre el cual recae el análisis data de 2003.

Conclusiones sobre el régimen jurídico para contratar proyectos de vivienda de interés social:

Del recorrido que se ha emprendido emergen varias conclusiones:

- Las entidades distritales, municipales y las áreas metropolitanas pueden acudir a distintos tipos de contratos en el marco de la ejecución de proyectos de viviendas de interés social, cuyo régimen jurídico, por regla general corresponderá a aquél que gobierna la actividad contractual de las entidades estatales, esto es, las normas recogidas en la Ley 80 de 1993, como en las que la modifiquen y reglamenten.
- De esa premisa se exceptúan los contratos de fiducia, caso en el cual dichos negocios se someterán a las reglas generales y del derecho comercial, sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.
- También se exceptuaron de la sujeción al Estatuto de Contratación Estatal los convenios de asociación fundamentados en el artículo 355 de la Constitución Política y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, que en veces se utilizan como herramientas para contratar proyectos de vivienda interés social. La exclusión de la regencia de la Ley 80 en esos casos tendrá lugar:
 - i) En los términos del artículo primero del Decreto 777 de 1992, cuando el convenio se celebre por la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público. En ese caso el convenio se informará por las normas del derecho común, sin perjuicio de que se puedan pactar cláusulas excepcionales.

- ii) Al tenor del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, cuando alguna entidad estatal, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo se asocie con personas jurídicas particulares, y de esa asociación surja una persona jurídica sin ánimo de lucro, esta se sujetará a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

4.3. De la tipología del negocio denominado acta convenio – proyecto de vivienda de interés social

Atendiendo al orden propuesto para desatar la presente controversia, en este fragmento incumbe a la Sala desentrañar la verdadera tipología contractual del acuerdo de voluntades al que las partes del litigio denominaron “*Acta Convenio Desarrollo Proyecto de Vivienda Serranía Etapa y Ciento Setenta Soluciones de Vivienda de Interés Social*”, debido a que a partir de su esclarecimiento será posible determinar su régimen jurídico, así como el contexto jurídico que sirvió de marco a la expedición de los actos administrativos impugnados.

Esta Corporación en sendas ocasiones ha sostenido que al margen de la denominación que se le imprima a un determinado negocio jurídico, tal circunstancia no resulta determinante de la tipología a la que obedece, pues para tal fin indefectiblemente deben consultarse los elementos de su esencia, sin cuya concurrencia u observancia el negocio jurídico sería inexistente o se convertiría en otro diferente¹³.

Con el propósito anunciado, la Sala analizará el clausulado negocial que informó el convenio en cuestión.

¹³ Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 18 de marzo de 2010, Expediente: 14390, Actor: COINVERPROL LTDA. Vrs. Junta Administradora Seccional de Deportes Bogotá D.C., C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

El objeto se pactó en las cláusulas primera y segunda en los siguientes términos (las transcripciones que en adelante se realicen se efectuarán de manera literal, incluso con posibles errores):

“PRIMERA: El FONDO pretende continuar con el desarrollo del programa actual de la administración (Plan de Desarrollo) del proyecto inmobiliario denominado URBANIZACIÓN LA SERRANÍA, sobre 170 terrazas desenglobadas de sus lotes de mayor extensión, de su propiedad, que se identifican más adelante, programa de vivienda de interés social, con el ánimo de suplir en parte el déficit de vivienda en el Municipio. Para construir 170 (ciento setenta) viviendas en total.

“SEGUNDA: Para la ejecución y desarrollo del proyecto urbanístico, denominado urbanización la SERRANÍA, el FONDO y el CONSTRUCTOR han acordado que el Municipio aporte a título de subsidio de vivienda en especie los lotes sobre los cuales se va realizar el proyecto si los beneficiarios cumplen los requisitos de ley y el CONSTRUCTOR construye bajo su responsabilidad con recursos propios y los de las 170 familias beneficiarias de las viviendas”.

En cuanto valor del contrato se pactó

“TERCERA: El valor de cada una de las viviendas es la suma de DIECISIETE MILLONES CUATROCIENTOS NUEVE MIL PESOS (\$17'409.000), que los compradores pagarán así: DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS en calidad de cuota inicial; UN MILLÓN QUINIENTOS TREINTA Y SEIS MIL PESOS (\$1'536.000) representados en el VALOR PROPORCIONAL DEL LOTE ENTREGADO POR EL MUNICIPIO a título de subsidio en especie, el saldo restante TRECE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MIL PESOS (\$13'373.000) con recursos propios o con crédito otorgados por entidades financieras o de economía solidaria, en el plazo y condiciones que se definirán más adelante, y se harán constar en el anexo número 1, que hace parte de este acuerdo”.

Las especificaciones de la construcción se fijaron en los siguientes términos:

*“CUARTO: las viviendas se construirán sobre terrazas de sesenta y tres (63 M2) metros cuadrados cada una, las que forman parte de 170 bloques de viviendas ya constituidos, en lotes de seis metros por doce metros (6*12) para un total de setenta y dos metros cuadrados (72 m2). Las terrazas sobre las que se construirán se encuentran ubicadas en la Urbanización la Serranía etapa II de la localidad, donde se construyen un apartamento, se integran de a dos (Lotes) terrazas para conformar bloques de 4 apartamentos, sobre los primeros pisos construidos. Los apartamentos constan de tres alcobas, salón comedor, cocina, baño, un patio de ropas, escaleras y áreas comunes y terraza para futura ampliación. Las especificaciones de construcción constan en el anexo No. 2 que hace parte de este acuerdo.*

Finalmente, a título de obligaciones a cargo del ente contratante se pactaron las que siguen:

“QUINTO: OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO. - EL MUNICIPIO se obligó en virtud de este acuerdo a:

“1).-Transferir los lotes a los compradores beneficiarios del proyecto, otorgándolos como subsidio en especie, mediante escritura definitiva de propiedad. Vigilará para que todos los ingresos depositados por los interesados en adquirir los inmuebles que integren el proyecto sean entregados al CONSTRUCTOR, con destinación específica para cubrir los gastos y costos del desarrollo y construcción del proyecto y para el pago de los eventuales beneficios que pueda obtener con dicho proyecto.

“(..).

“6). - Velar por el pago oportuno de las cuotas iniciales de la compra de las viviendas por parte de los adjudicatarios de estas”.

Una lectura detenida e integrada de las cláusulas transcritas permite a la Sala de entrada extraer dos premisas fundamentales:

La primera alude al hecho de que su celebración en modo alguno involucró aspectos relativos a la tipología contractual de fiducia¹⁴, empezando porque

¹⁴ La fiducia mercantil se encuentra regulada entre los artículos 1226 y 1244 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1226. CONCEPTO DE LA FIDUCIA MERCANTIL. *La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.*

“Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

“Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

“ARTICULO 1227. OBLIGACIONES GARANTIZADAS CON LOS BIENES ENTREGADOS EN FIDEICOMISO. *Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida.*

“ARTICULO 1228. CONSTITUCIÓN DE LA FIDUCIA. *La fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. La constituida mortis causa, deberá serlo por testamento.*

ninguno de los extremos ostentaba la condición de fiduciaria, ni se aludió a transferencia de bienes para administración o enajenación, como tampoco a la conformación de algún patrimonio autónomo.

En segundo término, se aprecia que tampoco se identificó con un convenio de asociación como el previsto en el artículo 355 de la Constitución Política y desarrollado por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en tanto que para que así fuese resultaba indispensable que el extremo de derecho privado lo conformara una entidad sin ánimo de lucro, lo cual en el caso no ocurrió, habida consideración de que la demandante¹⁵ no ostentaba esa naturaleza. Igualmente se desconoce si el objeto del proyecto a ejecutar hacía parte del plan de desarrollo municipal de Apartadó.

Lo advertido basta para concluir que el convenio bajo estudio no se encuadró en alguna de las tipologías contractuales que se amparaban en la aplicación del régimen normativo exceptuado de la cobertura del Estatuto de Contratación Estatal, pues es claro que no se trató ni de un contrato de fiducia ni de un convenio de asociación como el que, según quedó consignado en la motivación de ese acuerdo, se pretendía celebrar.

Sobre la aparición de esta última figura en la ejecución de proyectos de vivienda de interés social, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado en pronunciamiento del 2015 se ocupó de realizar algunas precisiones que ilustran la materia para efectos de diferenciarla con el contrato de obra pública:

“Para determinar cuándo se está frente a un convenio de asociación, debe establecerse en primer lugar si la prestación a cargo del contratista se encuentra encaminada a beneficiar directamente a la comunidad, más no a la entidad pública contratante ya sea ésta de orden nacional, departamental o municipal, pues teniendo en cuenta que el objeto principal de este tipo de

“(...)”.

“ARTÍCULO 1233. SEPARACIÓN DE BIENES FIDEICOMITIDOS. Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”.

¹⁵ De conformidad con el certificado de existencia y representación de la Constructora Medina y Palacio, se observa que es una sociedad creada bajo la forma de compañía limitada.

convenciones es impulsar programas y actividades de interés público con sujeción al plan nacional y a los planes seccionales de desarrollo, es evidente que la prestación a cargo del contratista debe encaminarse directamente al beneficio de la comunidad.

“Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que un establecimiento público de orden municipal celebra un contrato con una sociedad anónima, bajo la denominación de un convenio de asociación por virtud del cual ésta se obliga en favor de aquél a construir unas viviendas para el desarrollo de un proyecto de vivienda de interés social, es evidente que éste no se constituye en un convenio de asociación sino que su verdadera naturaleza es la de ser un contrato de obra, pues la prestación a cargo del contratista consiste en la construcción de unas viviendas y esa construcción no la hace directamente en favor de la comunidad sino en favor de la Entidad contratante.

“En efecto, según lo dispone el Numeral 1º del artículo 32 de la ley 80 de 1993 son contrato de obra aquellos que ‘celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes muebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago’.

“De otro lado, de acuerdo con el artículo 355 superior los convenios de asociación deben ser celebrados con personas jurídicas sin ánimo de lucro y las sociedades anónimas se caracterizan precisamente por el ‘ánimo de lucro’.

“En conclusión, cuando un establecimiento público celebra un contrato con una sociedad anónima cuyo objeto consiste en la construcción de un número determinado de viviendas que hacen parte de un proyecto para el desarrollo y construcción de viviendas de interés social, debe entenderse que se está frente a un contrato de obra, mas no frente a un convenio de asociación y por ende se rige por las normas previstas en la Ley 80 de 1993”¹⁶.

Siguiendo ese derrotero jurisprudencial, igualmente en el caso habría que descartarse la configuración de un contrato de obra pública.

Se tiene que la Ley 80 de 1993 prescribe esta tipología como “*los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago*”.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de mayo de 2015, Exp. 36881, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Para la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el concepto de obra pública no se limita por su destinación a la prestación de un servicio público, o por la naturaleza de los recursos empleados en su ejecución “*sino por razón de su afectación a fines de utilidad general y la titularidad del dominio de quien la emprende o a cuyo nombre se ejecuta*”¹⁷.

Con todo, en el sublite no se evidencia que la prestación a cargo del constructor se hubiera dirigido directamente hacia la entidad pública contratante o hubiera recaído en ella su titularidad al obtener el producto de la misma. Por el contrario, la ejecución de las obras, en este caso de unidades de vivienda de interés social, se haría en favor de los particulares que resultarían beneficiados con el subsidio en especie otorgado por el municipio de Apartadó, y estos, a su vez, pagarían directamente al constructor el valor acordado para adquirir cada una de las viviendas.

En esa medida, no se observa una relación directa sinalagmática de conmutatividad prestacional entre el Municipio contratante y la sociedad demandante. Es un hecho que el municipio no se obligó a desembolsar dinero alguno en favor del contratista como pago de la obra ejecutada, bajo la comprensión de que su aporte al proyecto fue en especie y se ciñó a la entrega de los inmuebles en donde se construirían las obras.

Continuando con la labor de identificación de la tipología contractual sometida a análisis, la Sala estima necesario señalar que a pesar de que en su contenido se indicó que el constructor construiría bajo su responsabilidad con recursos propios y los de las 170 familias beneficiarias de las obras, lo que podría dejar entrever, en principio, un elemento análogo a la cuenta y riesgo con se asume un contrato de concesión de obra pública, manifiesto es que, se reitera, la titularidad de la obra no descendería en el ente territorial, de tal suerte que al no ser procedente el ejercicio de su reversión, se desnaturalizaría la configuración del mencionado tipo contractual¹⁸. En el mismo sentido, se destaca la ausencia de su vocación de

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 17 de mayo de 1979, M. P.: Jaime Betancur Cuartas, Radicación: 1288.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 1 de agosto de 2016, Exp. 2000-01778, C.P. Danilo Rojas Betancourth. “*Un rasgo distintivo de esta clase de contratos y que lo hace diferente del contrato de obra pública, es su forma de financiación; en el contrato de concesión de obra, el concesionario asume por su cuenta y riesgo la construcción*”

permanencia en el tiempo para estructurar un modelo financiero que permitiera recuperar la inversión y derivar provecho de su explotación.

En síntesis, al no encajar en alguna de las tipologías analizadas propio es concluir que el acuerdo obedece a un contrato innominado o atípico, en cuya virtud el municipio de Apartadó y la Constructora Medina Palacio y Cía. Ltda. se unieron para brindar a terceros beneficiarios una solución de vivienda de interés social.

En desarrollo del mismo, el ente territorial se obligó a entregar a los beneficiarios un subsidio en especie, consistente en los inmuebles sobre los cuales se construirían las casas y el demandante se obligó a ejecutar bajo su responsabilidad y con recursos propios la construcción pero como contraprestación recibiría el valor que por cada de las viviendas pagara cada uno de los beneficiarios de la obra. Con todo, el municipio mantendría a su cargo la supervisión del proyecto y procuraría que los recursos aportados por los beneficiarios se destinaran a la construcción de las casas.

Así pues, teniendo en cuenta que el contrato señalado fue suscrito por el municipio de Apartadó y que sus elementos no encuadran dentro de aquellos tipos negociales que en materia de proyectos de vivienda de interés social se encuentran excluidos de la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal, se concluye que su régimen jurídico corresponde a las normas de la Ley 80 de 1993. Al respecto, se pone de presente que su cobertura no se restringe a los tipos contractuales enunciados en el artículo 32, dado que se extiende a los actos jurídicos generadores de obligaciones, previstos en el derecho privado, en disposiciones especiales o derivados de la autonomía de la voluntad.

Despejado como está el terreno normativo en el que descansó el convenio celebrado entre los extremos del litigio, procede la Sala a pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos proferidos con ocasión del mismo.

de la obra -que una vez finalizado el contrato pasa a ser de propiedad de la entidad-, lo que quiere decir que en principio recae sobre él la obligación de aportar todos los recursos necesarios para su culminación, obteniendo como contraprestación el derecho de explotación del bien durante un determinado período”.

4.4.- De la nulidad de la Resolución No. 071 de 2004 que terminó unilateralmente el convenio de 2003

Para el recurrente, a través de la expedición de la Resolución en comento el municipio de Apartadó transgredió lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, con sujeción al cual, cuando se ejerciera la potestad excepcional de terminación unilateral del contrato, la entidad debía proceder al pago de las compensaciones e indemnizaciones que tuvieran lugar en favor del contratista. Sin embargo, a su juicio, dicha disposición fue inobservada por el ente territorial.

Agregó que se presentó una falsa motivación en la producción del acto, por cuanto las razones expuestas no se compadecían con la realidad y tampoco se encuadraban en los supuestos de procedencia regulados en el artículo 17 de la Ley 80, dado que el interés general que pretendía proteger mediante su terminación había servido de fundamento para la celebración del convenio, de acuerdo con los lineamientos trazados en el plan de desarrollo que se proponía ejecutar la anterior Administración. Añadió que las supuestas afectaciones a terceros –quienes se disputaban legalmente la propiedad del lugar- constituían molestias propias e inherentes a cualquier obra que a lo sumo podrían dar lugar a las indemnizaciones del caso, pero no a suspender definitivamente la ejecución del contrato.

Igualmente, indicó que existía falta de competencia del funcionario, tras advertir que si el convenio fue suscrito por el Director de Planeación Municipal y Valorización que ejercía la representación legal del FOVISA, ello conducía a que tanto el acto de terminación unilateral como el de liquidación también debían ser suscritos por ese mismo funcionario y no por el Alcalde Municipal.

Con el propósito de resolver los argumentos de inconformidad planteados por el apelante, la Sala examinará el contenido del acto acusado:

El 20 de febrero de 2004, el Alcalde Municipal de Apartadó, invocando las facultades conferidas por los artículos 17 y 44 de la Ley 80 de 1993, expidió la Resolución No. 071, por medio de la cual terminó unilateralmente el acta de convenio suscrita el 2 de octubre de 2003 entre Fovisa y la sociedad Constructora

Medina Palacio y Cía. Ltda., con fundamento en las siguientes razones (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

“Que mediante acta convenio de fecha 02 de octubre de 2003, la administración municipal de Apartadó a través del Director Administrativo del Fondo de Vivienda de Interés Social - Fovisa- suscribió acta de convenio con la constructora Medina Palacio Compañía Limitada cuyo objeto sería continuar con el desarrollo del proyecto de vivienda denominado Serranía, en la construcción de 170 viviendas de Interés Social en la Urbanización la Serranía.

“Que analizando el proyecto de vivienda correspondiente a la Serranía se observa que el proyecto y su ejecución se contempló para 170 familias únicamente y que su ejecución se agotó con la construcción y entrega de las 170 soluciones de vivienda realizada en el año 2003, proyecto y ejecución que se llevó a cabo con recursos de cofinanciación a través de los convenios y mediante las obras contratadas con la empresa Ecovivienda.

“Que la situación generada con el acta de convenio para la construcción de 170 soluciones de vivienda sobre las terrazas de las viviendas de la Urbanización la Serranía, ha creado malestar en la comunidad, intranquilidad y ha desatado un conflicto que ha turbado el orden público en el municipio de Apartadó.

“Que analizados los procesos que conllevaron a la celebración del acta convenio se ha podido concluir que no se cumplieron a cabalidad los presupuestos normativos que impone la Ley 80 de 1993 y que por consiguiente hay evidencia de la transgresión de los principios de la contratación en lo que tiene que ver con la transparencia, economía y responsabilidad.

“En virtud de lo anterior no hay soporte ni actuaciones que muestren a la Administración actual la escogencia de la Constructora Medina Palacio Compañía Limitada se efectuó siguiendo un proceso de selección objetiva, sin que existan las situaciones que permitieran la contratación directa.

“Que al no darse aplicación a las normas de los procedimientos contractuales se dio lugar a trámites distintos y a defectos de forma o de inobservancia de requisitos que conllevaron a violentar la protección y garantía debida a los derechos de los administrados.

“Que en este mismo orden de ideas, se atentó contra el principios de la economía al permitir la ejecución de un contrato o convenio, o mejor la suscripción del mismo, sin haber definido la disponibilidad real de la administración de las terrazas ya entregadas a sus beneficiarios.

“Que de acuerdo al seguimiento de todo el proceso se puede concluir que no se realizó con antelación el proceso de selección de la constructora y de la firma del mismo convenio la conveniencia o inconveniencia del objeto y las autorizaciones y apropiaciones para ello.

“Que en el cumplimiento y en la ejecución del convenio se vieron afectados terceros, por lo que el principio de la responsabilidad obliga a tomar los correctivos necesarios.

“Que analizados los cometidos estatales en sus proyecciones de bien común, que involucra satisfacción de necesidades colectivas, dentro de la concepción de conveniencia y oportunidad, tiene mayor incidencia prioritaria intereses colectivos como objeto para contratar.

“Que las condiciones técnicas en las que se encuentran las viviendas del primer piso sobre las cuales se pretende construir el proyecto de vivienda objeto del contrato no hace posible continuar con la ejecución del acta de convenio suscrito con la Constructora Medina Palacio Ltda.

“Por estas razones resulta conveniente y necesario decretar la terminación del convenio. Identificada la necesidad social y el sentir de la comunidad en su preeminencia y supremacía.

“Que las anteriores circunstancias encajan perfectamente, según criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en la causal de terminación unilateral del contrato “cuando las exigencias del servicio lo requieran”, que determina el numeral 17 de la Ley 18 de 1993, en correspondencia con las necesidades o requerimientos específicos por resolver”.

Como se aprecia, el sustento jurídico al que acudió el ente territorial para fundamentar la decisión acusada se afincó, por un lado, en lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, mediante el cual se reguló el ejercicio de la terminación unilateral del contrato como potestad excepcional y, de otro lado, en lo consagrado por el artículo 44 de ese mismo compendio normativo, por cual se establecieron las causales de nulidad absoluta del contrato, cuya ocurrencia en los casos allí señalados, en los términos del artículo 45 daría lugar al surgimiento del deber de dar por terminado unilateralmente el contrato por parte de la entidad pública.

Ante la combinación normativa empleada por el ente territorial para instrumentar la terminación unilateral del convenio de 2003, la Sala considera necesario referirse a las diferencias existentes entre uno y otro tipo de culminación de vínculo negocial:

La facultad consagrada en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 ha sido concebida de manera expresa por el legislador como una potestad excepcional asignada a la entidad estatal para evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, y en esa medida, impedir que se frustre el fin perseguido.

Por oposición, su naturaleza en modo alguno se identifica como un acto represivo que pueda ejercerse en contra del contratista¹⁹, menos aún si se tiene en consideración que dicha declaratoria, eventualmente podría dar lugar al derecho indemnizatorio en favor de aquel, siempre que se demuestre la causación de perjuicios por cuenta de su implementación y principalmente cuando su ejercicio se fundamente en la causal prevista en el numeral 1) del artículo 17 de la Ley 80²⁰, con arreglo a la cual la terminación procede cuando las razones del servicio lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

Igualmente, ha de advertirse que su procedencia se halla sujeta a la constatación de unos supuestos establecidos por la ley²¹ y a la observancia previa de un procedimiento reglado para su declaratoria. Además, su ejercicio se encuentra restringido a determinados tipos contractuales.

¹⁹ Sección Tercera del Consejo de Estado, 18 de marzo de 2010, expediente: 14390, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁰ En esa misma providencia se indicó: *“Si bien es cierto que la configuran cinco causales, es la primera de ellas la que dio origen y la que le imprime su real dimensión y características al fundarse en razones sobrevinientes a la celebración del contrato que aconsejan, en aras de no afectar el interés público, la terminación inmediata del contrato. No obstante, requerirse inicialmente el objeto del contrato, motivo por el cual se celebró, durante su ejecución aparecen circunstancias que niegan toda necesidad del contrato, de tal manera que la afectación del mismo se transforma en atentatorio de las necesidades y fines colectivos.*

²¹ **“Artículo 17º.- De la Terminación Unilateral.** La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

“1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

“2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

“3o. Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista.

“4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

“Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

“La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio”.

De otro lado, la facultad de terminación unilateral del contrato consignada en el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, al igual que en el evento anterior, constituye una facultad deber conferida exclusivamente a la Administración. Con todo, a diferencia de la figura precedente, su finalidad se dirige a la conservación del orden jurídico, en cuanto apunta a culminar un contrato viciado de nulidad absoluta, por haber incurrido en alguna de las causales taxativamente consagradas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 del mismo Estatuto²².

Es claro así que esta facultad no se erige como un mecanismo orientado a evitar la parálisis en la prestación del servicio que se pretende satisfacer con el contrato, en tanto lo que persigue es poner fin anticipadamente a una relación obligacional inmersa en un negocio jurídico inválidamente celebrado y así impedir que continúe produciendo efectos, en todo caso nocivos, hasta la terminación del plazo estipulado.

De cualquier modo, la utilización de esta herramienta debe ceñirse a la ocurrencia de los vicios de nulidad absoluta que señala la norma, sin que resulte factible hacer extensiva su implementación a la configuración de vicios distintos a los contemplados en los tres citados numerales del artículo 44 en referencia.

En secuencia con lo anotado, la norma señala que habiendo evidenciado la configuración de cualquiera de esas tres causales, el jefe o representante legal de la entidad, mediante acto administrativo motivado deberá declarar la terminación unilateral del negocio jurídico y deberá ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre.

²² “**Artículo 44º.-** De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

“(…).

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten”.

En relación con los efectos económicos de esta declaratoria, cabe precisar que su ejercicio no conduce al reconocimiento de derechos indemnizatorios en favor del contratista, como sí puede ocurrir en el caso de la terminación prevista en el artículo 17 del Estatuto de Contratación Estatal²³. Sucede, sin embargo, que en caso de reunirse los supuestos del artículo 45 para proceder a su declaratoria se deberá reconocer al contratista lo que ha ejecutado hasta ese momento.

Continuando con el análisis comparativo, conviene anotar que el ejercicio de esta facultad-deber de terminación unilateral no se encuentra limitado a que su procedencia opere únicamente respecto de determinados tipos contractuales, como acontece en el caso de la prerrogativa consagrada en el artículo 17, de tal suerte que su utilización resulta jurídicamente ajustada en relación con cualquier tipología contractual, siempre que para acudir a la misma se reúnan los supuestos normativos que la regulan, sin perjuicio de que se pueda acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para solicitar la nulidad del acto administrativo y para demandar la nulidad absoluta del contrato.

Descendiendo al estudio del caso concreto, se evidencia que si bien el municipio de Apartadó aludió indistintamente a la aplicación de ambas figuras como apoyo jurídico del acto, ciertamente la razón fáctica que, en esencia, impulsó dicha declaratoria estribó en la supuesta inobservancia de los principios que debieron informar la etapa de formación del vínculo contractual, tales como los de economía, transparencia, selección objetiva y responsabilidad.

Todo ello en atención a que la administración municipal del período anterior, según se plasmó en el acto, no adelantó el procedimiento de selección de licitación pública para la escogencia del contratista, debiendo hacerlo; además, no se dispuso previamente la disponibilidad de las terrazas sobre las cuales se construirían las viviendas contratadas y no se realizaron los estudios y análisis de conveniencia sobre el objeto a contratar.

²³ Las consecuencias derivadas de la instrumentación de la potestad excepcional de terminación unilateral del contrato, puede dar lugar al reconocimiento y orden de pago de las indemnizaciones y compensaciones a que tengan derecho las personas, en aquellos eventos en los cuales su ejercicio se sustenta en la causal prevista en el numeral 1) del artículo 17 de la Ley 80, con arreglo a la cual la terminación procede cuando las razones del servicio lo requieran, pero siempre que los mismos se acrediten.

Así pues, de lo anotado se desprende que la motivación expuesta por el ente territorial dejó entrever que su intención radicaba en preservar el orden jurídico que habría podido resultar eventualmente alterado con la celebración de un contrato en contravía de las normas y principios regentes de la fase precontractual que antecedió el nacimiento del acuerdo negocial, cuestión que sitúa el fundamento de su ejercicio en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

En ese orden, de aceptarse que las razones aducidas en mayor medida se concretaron en la vulneración del orden jurídico por cuenta de la inobservancia de los principios que debieron gobernar el nacimiento del vínculo contractual, no podría concluirse que el municipio de Apartadó acudió válidamente al ejercicio de la potestad reglada en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

Aun cuando examinado el acto administrativo acusado no se observa a cuál de las causales de nulidad del artículo 44 de la Ley 80 se refirió como cimiento legal para su declaratoria, incluso en el evento de entender, como lo comprendió el a quo, además porque no cabría invocar una distinta a esa²⁴, que la causal a la que se estaba apelando era aquella según la cual el contrato será nulo “*cuando se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal*”, tal circunstancia, de cara a lo ocurrido en el caso concreto, tampoco habría viabilizado su decreto.

En cuanto a la vulneración de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, sostuvo el municipio que su transgresión se concretó en la etapa precontractual por no haber definido las disponibilidades de los inmuebles en los cuales se ejecutaría la obra, por no realizar las apropiaciones presupuestales para el proyecto ni los estudios de conveniencia en que debía soportarse y que en su ejecución se afectaron intereses de terceros. Añadió que se había violentado el principio de selección objetiva, por cuanto no se daban los supuestos para optar

²⁴ Como lo serían las dos causales de nulidad restantes en el artículo 44, cuya configuración faculta al representante legal de la entidad a dar por terminado unilateralmente el contrato, consistentes en 1o. *Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; (...)* 4o. *Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten*”.

por la contratación directa del constructor.

Sobre este asunto cabe anotar que en tanto la celebración de un contrato estatal se justifica en la necesidad de satisfacer el fin público, su surgimiento a la vida jurídica debe estar antecedido de un conjunto de pasos y acciones encaminadas a encauzar de manera eficiente y eficaz los recursos tanto materiales como humanos dispuestos para lograr el cometido esperado, actuaciones que en todo caso están llamadas a realizarse con apego al ordenamiento jurídico que regula la materia, pues no de otra forma es posible cristalizar el catálogo de reglas y principios que informan cada una de las etapas de la dinámica contractual.

Con todo, debe tenerse en consideración que aun cuando la infracción de los principios que rigen la contratación del Estado constituye una conducta del todo censurable que, de acreditarse la efectiva y constatable ocurrencia de hechos que se oponen a la concreción de esos mandatos de optimización, así como de los perjuicios desencadenados por esa conducta, podría dar lugar eventualmente a la declaratoria de responsabilidad de quien incurra en ese comportamiento, la Sala considera que tal acontecimiento por sí solo no conlleva automáticamente a la configuración de un vicio anulatorio que empañe la legalidad del negocio jurídico celebrado.

En efecto, para establecer la invalidez del acuerdo negocial se impone identificar con precisión el supuesto fáctico transgresor y merecedor del reproche, verificar su ocurrencia y una vez determinado aquello debe indagarse acerca de su correspondencia con el precepto normativo condensando en la causal cuya aplicación se invoca, dado que por su carácter sancionatorio dichos supuestos son taxativos y de interpretación restrictiva.

En lo que hace a la transgresión de principios, entre ellos de selección objetiva por pretermitir la licitación pública, entendida como una circunstancia con la virtualidad de activar la aplicación de alguna de las causales de nulidad del contrato estatal previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esta Corporación ha discurrido acerca de la existencia de múltiples hipótesis dirigidas a dar una respuesta acertada desde la óptica jurídica.

En pronunciamiento de 2007, en relación con el principio de selección objetiva la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo que la prohibición de eludir los procedimientos de selección comportaba una situación que se ubicaba en el supuesto de desviación de poder, causal a la cual debía darse un efecto útil²⁵.

En providencia posterior, la Subsección A de la Sección Tercera advirtió que para la configuración de la causal de desviación de poder en ese mismo contexto no bastaba con que se esquivara el procedimiento de selección aplicable, habida consideración de que resultaba indispensable acreditar que el contrato se celebró con una finalidad distinta a aquella que la ley perseguía²⁶.

Igualmente, en lo atinente a la infracción de principios en la etapa pre-contractual esta Subsección en sentencia del año siguiente, concluyó que *“si bien en este caso particular se alega la vulneración a los principios de contratación consignados en la Ley 80, específicamente el principio de planeación, transparencia y selección objetiva, tal acontecer no resulta suficiente para configurar la causal de nulidad de que trata el numeral 2 del artículo 44 del referido cuerpo normativo, pues aun cuando claramente su inobservancia constituiría una transgresión a las normas de orden público y, por contera, según los mandatos del artículo 1519 del Código Civil, ello comportaría un objeto ilícito y en tal virtud se configuraría una causal de nulidad prevista en el derecho común, lo cierto es que la misma no guarda identidad o correspondencia con aquella consagrada en el numeral 2 del artículo 44 del Estatuto de Contratación Estatal, pues esta última supone indefectiblemente que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal, prohibición que en el sublite está del todo ausente”*²⁷.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de marzo del 2007, Exp: 28.010, C.P: Alier Eduardo Hernández.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de octubre del 2013. Exp.21.487. C.P: Hernán Andrade Rincón.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de junio del 2014, Exp. 34.649 C.P.(e) Hernán Andrade Rincón.

En sentencia ulterior, proferida en el 2015 por la Subsección C de esta Sección, se declaró la nulidad absoluta de un contrato de obra por haber sido suscrito con abierta violación a los principios de planeación, transparencia, igualdad y selección objetiva, tras evidenciar que no se adelantó el procedimiento de licitación pública. En esa ocasión, se estimó que el negocio adolecía de nulidad por celebrarse contra expresa prohibición legal²⁸.

Como se aprecia, el asunto no ha tenido un tratamiento jurisprudencial uniforme y pacífico, toda vez que lo que en unos casos ha sido considerado como un hecho constitutivo de desviación de poder, en otros ha encajado en “*celebración contra expresa prohibición constitucional o legal*”.

En esta ocasión, sin embargo, la Sala considera que la calificación jurídica de los motivos que fungieron como génesis de la expedición el acto de terminación unilateral sometido análisis no estarían llamados a encuadrarse en la mencionada causal, en atención a que, aunado a que no fue invocada expresamente, en su contenido no se estableció de manera concreta la norma de contenido prohibitivo que permitiera ubicar el supuesto hipotético consistente en la inobservancia de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva dentro de la causal prevista en el numeral 2) del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, consistente en la celebración de contratos “*contra expresa prohibición constitucional o legal*”.

En relación con este tópico, además, resulta necesario observar que no reposan en el expediente los antecedentes administrativos que precedieron la celebración del convenio, de tal suerte que no es posible establecer las supuestas falencias presentadas durante esa fase.

Así, la Sala concluye que aunque en este caso particular se alegó la vulneración a los principios de contratación consignados en la Ley 80, tal acontecer no resulta suficiente para configurar la causal de nulidad de que trata el numeral 2²⁹ del

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de abril del 2015, Exp. 28.039. C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

²⁹ La literalidad de la norma ofrece, dos conclusiones: la primera de ellas consiste en que la prohibición debe estar consagrada en una norma, ya sea de rango constitucional o legal, sin que resulte posible hacer extensiva esta causal a una disposición de inferior rango normativo. La segunda se refiere al hecho de que la prohibición debe constar de manera expresa.

artículo 44 del referido cuerpo normativo, en atención a que se echa de menos la mención de la expresa prohibición legal en el caso sometido a examen. Es así como no fue invocado, ni se acreditó que el contrato se hubiera suscrito en oposición a alguna norma constitucional o legal de contenido prohibitivo.

De conformidad con el orden trazado, la Sala observa que en el caso de que el municipio de Apartadó hubiese expedido el acto administrativo acusado al amparo del inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, con sustento en la transgresión de algunos de los principios orientadores de la Contratación Estatal, como se colige de su intención, habría de concluirse que la decisión que en ese sentido se hubiere proferido estaría viciada de nulidad por falta de competencia, aunque por distintas causas a las anunciadas por el impugnante.

Al respecto, no puede soslayarse el hecho de que dicho artículo otorgó facultad al jefe o representante legal de la entidad para terminar unilateralmente el contrato cuando evidenciara, entre otras, la causal de nulidad consistente en haberlo celebrado “*contra expresa prohibición legal*”, la cual en el caso no se configuró; de ahí que si la causal de nulidad del negocio jurídico que se vislumbró correspondía a una distinta a las consagradas de forma taxativa en los numerales 1, 2 y 4 del citado artículo 44, el jefe de la entidad carecía de competencia para terminar unilateralmente el contrato, debiendo en este evento acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en procura de su declaratoria de nulidad.

Siguiendo el orden argumentativo trazado, no desconoce la Sala que simultáneamente y de manera genérica y abstracta se expuso en el acto que los

Sobre el alcance de la causal de nulidad contenida en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, de tiempo atrás la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que: “*De modo que no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato “... contra expresa prohibición constitucional o legal.” Es necesario analizar, en cada caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente*” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006; Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Expediente: 31480.

supuestos descritos en su motivación encajaban en la disposición legal del artículo 17 con arreglo a la cual la terminación unilateral procedía “*cuando las exigencias del servicio lo requirieran*”, a lo cual se añadió que se había presentado perturbación del orden público.

Acerca de este punto se anticipó en precedencia que las potestades excepcionales consagradas en el artículo 14³⁰ del Estatuto de Contratación Estatal deben ejercerse de manera restringida, atendiendo a que su implementación tiene cabida en los tipos contractuales en los que su incorporación es obligatoria, incluso si no se pacta expresamente, y en aquellos en los cuales se autoriza su inclusión. Consecuencialmente, no será válidamente admisible su pacto en las tipologías contractuales en las que se prohíba de forma manifiesta su introducción, como tampoco, según lo ha precisado la jurisprudencia³¹ del Consejo de Estado,

³⁰ “Artículo 14 de la ley 80 de 1993. (...) “2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

“Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

“En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

“Parágrafo.- *En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”.*

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de noviembre 30 de 2006, exp. 30832, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

“En este contexto, y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales.

“Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones:

en los cuales el legislador hubiere guardado silencio sobre la procedibilidad de su instrumentación.

Continuando con esta línea argumentativa, de cara a la atipicidad del convenio de 2003 y por no identificarse su objeto con alguno de los tipos contractuales en los cuales la norma prescribió la viabilidad de su utilización, ha de concluirse que el municipio carecía de competencia para ejercer la potestad excepcional de terminación unilateral del contrato, pues no obstante no haberse convenido su ejercicio en el texto contractual, incluso en el evento de que así se hubiere procedido, tampoco en ese caso habría sido válido jurídicamente su ejercicio, en la medida en que no existía autorización expresa del legislador que viabilizara la incorporación de esta potestad al negocio jurídico y dotara de competencia al contratante para dar uso legítimo a ese instrumento.

Con apego a lo expuesto, al ser dictado el acto de terminación acusado con fundamento en la potestad excepcional contemplada en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, forzoso resulta concluir que esa decisión se encuentra viciada de nulidad absoluta por falta de competencia.

Al margen de lo expuesto y si en gracia de discusión se aceptara que el tipo contractual con el que se identificó el contrato en estudio habría correspondido a alguno de aquellos en los cuales la Ley 80 expresamente autorizó la inclusión de esta potestad excepcional, en todo caso la Sala advierte que las piezas probatorias obrantes en el expediente, lejos de dotar de vigor acreditativo las aseveraciones que apuntan a que su expedición se fundamentó en que las exigencias del servicio lo requerían y que se presentó perturbación de orden público, en realidad las desvirtúan.

En efecto, de conformidad con los argumentos de la contestación de la demanda, se tiene que los propietarios de los pisos sobre los cuales se iniciaría la

“De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.

“De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios”.

construcción de la segunda etapa del proyecto mostraron su malestar acerca de la obra, lo cual turbó el orden público y originó la presentación de varias demandas de tutela contra el municipio demandante.

Sobre el particular, se encuentra demostrado que al inicio del plazo contractual, varias personas, actuando en calidad de propietarios de las losas o terrazas encima de las cuales se habrían de construir las viviendas contratadas, presentaron múltiples demandas, en ejercicio de la acción de tutela, contra el municipio de Apartadó, con el fin de que se ampararan sus derechos fundamentales a la propiedad y al debido proceso, entre otros.

Dichos litigios fueron resueltos en primera instancia por los Juzgados Primero y Segundo Penal Municipal de Apartadó, despachos judiciales que protegieron los derechos invocados y al tiempo ordenaron al alcalde municipal que suspendiera la ejecución de las obras.

Sin embargo, luego de que el municipio accionado impugnara las decisiones adoptadas por los jueces constitucionales, los Juzgados Primero y Segundo Penal del Circuito de Apartadó, en providencias de fecha 6 de febrero y 11 de febrero de 2004³², resolvieron revocar el amparo concedido y dejar sin efecto la medida provisional de suspensión de las obras adelantadas en la Urbanización Serranía II por parte de la administración municipal de Apartadó, consistentes en la construcción de la segunda planta en cada una de las viviendas.

Se deriva de lo anotado que para el momento en que se expidió el acto acusado -20 de febrero de 2004-, ya se había ordenado reanudar la ejecución de las obras, cuestión que pone en evidencia que para entonces ya había desaparecido el supuesto de hecho que dio lugar a su suspensión que, en este caso, fueron las órdenes de tutela, por manera que las circunstancias fácticas que se oponían a la satisfacción del objeto contratado ya se habían superado.

Según lo expuesto, resulta claro que el fundamento fáctico que, en parte, fungió como soporte de la terminación unilateral del convenio, prevista en el artículo 17,

³² Fls. 44- 51 C1.

no se encuadró en alguno de los supuestos consagrados para su procedencia, dado que las razones sobre conveniencia del servicio que impedían el cabal cumplimiento de su objeto ya no existían.

A lo señalado se impone agregar que la situación narrada tampoco implicaba una perturbación de orden público³³, o por lo menos no quedó así demostrado, que ameritara la ruptura del vínculo negocial, habida consideración de que no se acreditó la alteración de la tranquilidad y seguridad que debe permear la cotidianeidad de la vida en comunidad.

Lo anotado lleva a que, de convalidar la interpretación según la cual la terminación unilateral se ejerció con fundamento en la potestad conferida por ese precepto legal, por las razones expuestas, debe concluirse que el acto se encontraría viciado de falsa motivación, en tanto las relatadas razones de orden público y conveniencia del servicio, que por demás no se demostraron, no correspondían con la realidad fáctica.

Derívase de lo expuesto que, al encontrarse acreditada la falta de competencia y falsa motivación del acto administrativo demandado contenido en la Resolución No. 071 del 20 de febrero de 2004, por medio del cual la entidad demandada terminó unilateralmente el convenio de 2003, la Sala declarará su nulidad.

4.5.- De la pérdida de fuerza ejecutoria del acto que liquidó unilateralmente el Convenio de 2003 como consecuencia de la nulidad del acto que lo terminó unilateralmente

Se itera que la presente demanda impetrada en ejercicio de la acción contractual fue promovida en procura, entre otras pretensiones, de obtener la declaratoria de

³³ Frente al concepto de orden público en el contexto del ejercicio de esta potestad, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera en fallo del 6 de junio de 2007, dictado dentro del expediente No. 17.253, con ponencia de la doctora Ruth Stella Correa Palacio reflexionó: "(...) alude a ese orden material y exterior considerado como una situación fáctica que está llamada a mantener la autoridad en orden a garantizar las condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad y cuyos elementos constitutivos son **la tranquilidad³³, la seguridad y la salubridad públicas** y, por lo mismo, más que una facultad de la que puede o no hacer uso a su libre albedrío, es un mandato que impele a la entidad a adoptar esta medida extrema, como que este imperativo deriva claramente de la preeminencia del interés público. Aunque, como ya se advirtió, no se trata de un poder ilimitado en tanto sólo puede invocarse en casos excepcionales y su uso impone de parte del juez un riguroso control de esta prerrogativa".

nulidad de la Resolución No. 0576 del 7 de septiembre de 2004 por la cual el municipio de Apartadó liquidó unilateralmente el convenio de 2003, cuestión que de entrada impone la necesidad de precisar que la declaratoria de nulidad del acto que lo término unilateralmente, como consecuencia del cual fue expedido el acto que ahora se examina, en principio, habría conducido a su decaimiento.

Ha de destacarse que la Resolución No. 071 de 20 de febrero de 2004, por la cual el municipio de Apartadó terminó unilateralmente el convenio celebrado con la Constructora Medida Palacio y Cía. Ltda., en cuya nulidad se concentró en el acápite inmediatamente anterior, en el numeral segundo de la parte resolutive ordenó la liquidación del contrato.

Concatenado con lo dicho, al proferirse la Resolución No. 0576 del 7 de septiembre de 2004, por la cual el municipio de Apartadó liquidó unilateralmente el convenio de 2003, se consignó en su contenido que *“que el acto de terminación unilateral fue legalmente notificado, sin que se interpusieran recursos por parte de la firma Constructora, procediendo como consecuencia de ello, la Administración a proceder a las negociaciones para la liquidación de mutuo acuerdo del convenio en mención....que agotada la etapa de arreglo directo no se logró acuerdo ninguno frente a la liquidación del mencionado convenio”*.

Emerge como un hecho indiscutible que la liquidación del convenio se expidió con fundamento, tanto fáctico como jurídico, en el acto de que lo terminó unilateralmente, circunstancia que de suyo lleva a sostener que al declarar la nulidad del acto de terminación, por contera se desvanece el sustento en cuya virtud se realizó unilateralmente el balance final de cuentas.

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria, entre otros casos, cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho, supuesto que bien puede concretarse cuando el acto de terminación con ocasión del cual se profiere en secuencia su liquidación es anulado por la jurisdicción competente.

Una vez ocurre el decaimiento de un acto administrativo, la consecuencia jurídica que se produce consiste en la pérdida de fuerza ejecutoria, es decir, queda despojado de su vocación para hacer exigible los derechos y obligaciones que constan en su contenido. Sin embargo, dicha consecuencia opera sin que se requiera un pronunciamiento judicial expreso en ese sentido, dado que la norma que regula esta figura no lo contempla, razón por la cual en la parte resolutive no se hará alusión explícita a esta circunstancia. Basta con que se anule el acto que le sirve de fundamento, como en este caso ocurre en relación con la decisión que terminó unilateralmente el convenio de 2003.

Con todo, dicha circunstancia no obsta para que se indague acerca de su legalidad, como en efecto se analizará enseguida a la luz de la pretensión de nulidad invocada en la demanda en contra del acto de liquidación unilateral.

Se precisa al respecto que aun cuando en algunos pronunciamientos esta Corporación ha estimado que en eventos en los que opera el decaimiento del acto acusado de nulidad no es procedente entrar a dictar fallo de fondo, por considerar inocuo analizar la legalidad de actos que han perdido su vigor para ser cumplidos, actualmente el Consejo de Estado³⁴ sostiene que el decaimiento del acto administrativo no se opone a que se emprenda el juicio de legalidad del mismo, por cuanto este debe realizarse de acuerdo con las circunstancias que se encontraban vigentes al momento de la expedición del acto, sin que impacte aquello acaecido en el pasado, teniendo en cuenta que el efecto del decaimiento opera hacia el futuro.

A la par con lo expuesto, debe tenerse en consideración que el desvanecimiento de los fundamentos de hecho o de derecho de los actos acusados no comporta un efecto anulatorio, pues no fue esa la consecuencia concebida por el legislador al regular ese supuesto.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de julio 5 de 2006. Radicado 21.051. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Sobre el particular, ver también la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 29 de abril de 2015, Exp. 31.818, C.P: Hernán Andrade Rincón. Sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 26 de noviembre de 2015, Exp. 30.252, C.P: Stella Conto Díaz del Castillo.

En lo pertinente al caso concreto se pone de presente que si bien la nulidad del acto de terminación unilateral con fundamento en el cual se expidió la liquidación habría desencadenado su pérdida de fuerza ejecutoria, no puede dejarse de lado el hecho de que el acto que contuvo el balance final de cuentas generó un efecto económico autónomo para la época de su expedición, en la medida en que allí se hicieron constar unos saldos en contra del contratista y al tiempo, según afirma el demandante, se omitió el reconocimiento de los sobrecostos que se le adeudaban de conformidad con lo convenido en el contrato.

Esto último fue precisamente lo que dotó de sustento fáctico a la pretensión de nulidad que se formuló expresamente en contra del acto de liquidación unilateral acusado de ilegalidad por falsa motivación y por violación del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y en mérito de lo cual igualmente se impone un pronunciamiento expreso por parte de esta instancia.

Así pues, con sustento en lo anotado, se concluye que aunque en el sublite habría operado el decaimiento del acto administrativo por medio del cual se liquidó el Convenio de 2003, tal situación no se erige como obstáculo para resolver la pretensión de nulidad elevada expresamente en su contra, con arreglo a las circunstancias imperantes al momento de la expedición de la Resolución No. 0576 del 7 de septiembre de 2004 y con sujeción a los cargos de nulidad invocados por el demandante, por lo que a continuación se procede a indagar sobre su validez.

4.6.- De la nulidad de la Resolución No. 0576 del 7 de septiembre de 2004 por la cual el municipio de Apartadó liquidó unilateralmente el convenio

La parte demandante esgrimió que al liquidar unilateralmente el convenio, el municipio de Apartadó incurrió en falsa motivación y se apartó de las normas en que debió fundarse, concretamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que ordenaba el pago de las indemnizaciones debidas cuando se ejerciera la potestad de terminación unilateral.

Para el libelista, el ente territorial obró de manera arbitraria y sin fundamento fáctico alguno al imponerle al contratista la obligación de devolver a la comunidad la suma de \$89'900.000. A la par con lo anotado, afirmó que en el contenido del

acto de liquidación debieron incluirse los perjuicios causados por el incumplimiento imputable al municipio, al no honrar la cláusula octava que disponía su procedencia.

En orden a pronunciarse sobre su validez, observa la Sala el contenido de la Resolución acusada fue el siguiente (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

“1.- Que el Municipio de Apartadó suscribió el convenio con la Constructora Medina Palacio para continuar con el desarrollo del programa de la administración del proyecto inmobiliario Serranía, en la Construcción de 170 soluciones de vivienda de interés social en la Urbanización Serranía representada legalmente por el señor Andrés Medina Torres.

“2.- Que el mencionado convenio fue terminado unilateralmente mediante resolución No. 071 del 20 de febrero de 2004 por las causas que se enuncian en la misma.

“3.- Que el acto administrativo de terminación unilateral fue legalmente notificado, sin que se interpusieran recursos por parte de la firma Constructora, procediendo como consecuencia de ello, la Administración a procederá las negociaciones para la liquidación de mutuo acuerdo del convenio en mención.

“4.- Que el compromiso del Municipio es de transferir los lotes a los compradores beneficiarios del proyecto, otorgándoles como subsidio en especie y por parte del constructor la correspondiente obligación de velar por el desarrollo del proyecto en tiempo y demás tal como se desprende del convenio suscrito.

“5.- Que el plazo previsto para la terminación de las obras se fijó para el 20 de diciembre del 2003, plazo que no se adicionó y mucho menos se cumplió por parte del constructor, además que se presentaron los defectos constructivos señalados en el acta de interventoría suscrita por el entonces secretario de obras públicas del Municipio, señor José Luis Aldana Arrieta.

“6.- Que una vez agotada la etapa de arreglo directo no se logró acuerdo alguno frente a la liquidación del mencionado convenio, lo que incluía la devolución de los dineros a la comunidad por parte de la Constructora Medina Palacio.

“7.- Que la disponibilidad del municipio solo es hasta el monto de sus aportes, es decir, otorgar un subsidio en especie, procede la administración a responder a los beneficiarios del subsidio a otorgar el mismo en otro proyecto de vivienda que el municipio desarrolle de iguales características.

“RESUELVE:

“ARTICULO PRIMERO: Líquidese el convenio celebrado, de conformidad con los motivos expuestos en la parte considerativa de esta Resolución.

*“SALDO A FAVOR DE LA CONSTRUCTORA\$0
“SALDO A DEVOLVER A LA COMUNIDAD POR PARTE DE LA
CONSTRUCTORA MEDINA PALACIO
.....\$89'900.000.*

“PARAGÁFO: Estos dineros no incluyen intereses e indemnizaciones a que haya lugar por parte de la constructora y a favor del Municipio.

“ARTÍCULO SEGUNDO: La Constructora MEDINA PALACIO, en cabeza de su representado deberá proceder a la devolución de los dineros consignados por las personas beneficiarias del proyecto dentro de los (diez) 10 días hábiles siguientes de ejecutoriado el presente acto administrativo sin perjuicio de la acciones civiles, penales y fiscales a que haya lugar”.

Los cuestionamientos en los cuales se edificó la discrepancia estribaron en dos aspectos: i) la improcedencia de ordenar la devolución de la suma de \$89'900.000 a la comunidad; ii) la no inclusión de los perjuicios causados al contratista durante la ejecución, omisión con la cual se incumplió el pacto insertado en la cláusula octava del acuerdo.

i). - Para determinar la viabilidad de ordenar al contratista la devolución de la suma de \$89'900.000 a los beneficiarios del proyecto, la Sala estima necesario analizar en conjunto el clausulado contractual y las pruebas que militan en el plenario acerca de la ejecución del contrato.

En desarrollo del cometido propuesto, la Sala parte de precisar que el objeto del convenio se pactó en las cláusulas primera y segunda en los siguientes términos (las transcripciones que en adelante se realicen se efectuarán de manera literal, incluso con posibles errores):

En cuanto valor, del contrato se pactó

“TERCERA: El valor de cada una de las viviendas es la suma de DIECISIETE MILLONES CUATROCIENTOS NUEVE MIL PESOS (\$17'409.000), que los compradores pagarán así: DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS en calidad de cuota inicial; UN MILLÓN QUINIENTOS TREINTA Y SEIS MIL PESOS (\$1'536.000) representados en el VALOR PROPORCIONAL DEL LOTE ENTREGADO POR EL MUNICIPIO a título de subsidio en especie, el saldo restante TRECE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MIL PESOS (\$13'373.000) con recursos propios o con crédito otorgados por entidades financieras o de economía solidaria, en el plazo y condiciones que

se definirán más adelante, y se harán constar en el anexo número 1, que hace parte de este acuerdo”.

A título de obligaciones a cargo del ente contratante se pactaron las que siguen:

“QUINTO: OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO. - EL MUNICIPIO se obligación en virtud de este acuerdo a:

“1).-Transferir los lotes a los compradores beneficiarios del proyecto, otorgándolos como subsidio en especie, mediante escritura definitiva de propiedad. Vigilará para que todos los ingresos depositados por los interesados en adquirir los inmuebles que integren el proyecto sean entregados al CONSTRUCTOR, con destinación específica para cubrir los gastos y costos del desarrollo y construcción del proyecto y para el pago de los eventuales beneficios que pueda obtener con dicho proyecto.

“(..).

“6). - Velar por el pago oportuno de las cuotas iniciales de la compra de las viviendas por parte de los adjudicatarios de estas” (destaca la Sala).

El clausulado contractual que se deja transcrito muestra que aunque a la suscripción del convenio concurren dos extremos, a saber, el municipio de Apartadó en calidad de contratante y la constructora demandante en condición de contratista, lo cierto es que es que los beneficiarios de las viviendas de interés social objeto del contrato serían terceros particulares, quienes, a su turno, pagarían el valor de la construcción de las obras a la sociedad demandante.

En ese contexto, la gestión comercial del municipio se ceñiría, por un lado, a aportar, a título de subsidio de vivienda en especie, los inmuebles sobre los cuales se realizaría el proyecto y, por otro lado, a vigilar que el pago de las cuotas por parte de los beneficiarios en favor del constructor para adquirir las viviendas se realizara en la forma pactada y se destinara a cubrir los gastos y costos del desarrollo del proyecto.

Subyace a lo dicho que el rol asumido por el municipio, en lo relativo al pago del valor del contrato, lo situó en una posición de guardián frente a su correcta destinación en la ejecución de las obras. Este deber, en criterio de la Sala, podría dar lugar correlativamente a que en caso de que los dineros entregados por los beneficiarios a la constructora no se reflejasen en la ejecución de la obra

contratada, procediera la orden de su devolución, dado que no resultaba jurídicamente ajustado retener el pago de una obra que al cabo no se ejecutó.

En secuencia con lo advertido, no se observa que dentro del expediente repose prueba alguna dirigida a establecer si la obra contratada se ejecutó y de ser así se desconoce qué porcentaje de avance alcanzaron los trabajos realizados. No se allegaron actas parciales de obra o informes rendidos por la interventoría del proyecto que dieran cuenta del desarrollo de la construcción de las viviendas.

A lo indicado se suma que, si bien el convenio se celebró el 2 de octubre de 2003 y, de conformidad con la cláusula séptima, ese mismo día iniciaría la construcción de las viviendas y su ejecución duraría 120 días, se tiene que al menos desde el 3 de diciembre³⁵ del mismo año, la ejecución de las obras se suspendió como consecuencia de la orden impartida por el Juzgado Penal que conoció de la demanda de tutela entablada por varios de los supuestos propietarios de las terrazas sobre las cuales se realizarían las obras, quienes acudieron al mecanismo constitucional en procura de su protección al derecho de propiedad, suspensión que se extendió hasta el 11 de febrero de 2004, cuando el Juez Penal del Circuito al desatar la segunda instancia levantó la medida provisional.

Así pues, es claro que por espacio de más de dos meses la ejecución de las obras estuvo paralizada por cuenta de la decisión judicial que en ese sentido se profirió, cuestión que funge como una razón adicional para reforzar el desconocimiento que se tiene acerca de la real y efectiva construcción de las viviendas pagadas y sobre la improcedencia de retener el dinero pagado por su ejecución. Tampoco se tiene noticia de lo ocurrido entre el 11 y el 20 de febrero de 2004, fecha en que se profirió el acto de terminación unilateral del contrato y sobre si dentro de ese lapso se desplegó alguna actividad por parte del contratista.

Atendiendo a los términos expuestos, no puede dejarse de lado el hecho de que a instancias del proceso contencioso administrativo, la carga de la prueba se asigna, en primer lugar, a la demandante, respecto de los hechos que, según afirmó, se

³⁵ Del contenido de la sentencia proferida el 11 de febrero de 2004 en segunda instancia por el Juzgado Penal del Circuito de Apartadó se extrae que la primera tutela en decidirse en relación con este asunto fue fallada el 3 de diciembre de 2003.

encontraban orientados a desvirtuar las consideraciones del acto administrativo impugnado, apreciación que resulta indiscutible con apoyo en lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con el cual *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. No obstante, esa carga fue desatendida en consideración a que no se demostró haber ejecutado la obra pagada en cuantía de \$89'900.000; simplemente se alegó que dicha orden fue arbitraria, sin soportar su dicho en elementos de prueba que desvirtuaran su legalidad.

Como consecuencia, la decisión contenida en el acta de liquidación concerniente a la orden de devolución de la suma de \$89'900.000 en favor de los beneficiarios del proyecto se mantendrá incólume.

ii) En lo atinente a la falta de reconocimiento de los perjuicios causados al contratista durante la ejecución de la obra, a cuyo pago, según la cláusula octava del convenio se obligó el municipio, la Sala evidencia lo siguiente:

De la revisión de las estipulaciones contractuales, la Sala advierte que en dos de sus apartados se insertaron obligaciones a cargo del municipio de Apartadó, consistentes en el reconocimiento de los costos causados al contratista durante la suspensión de la obra, cuando la misma no se hubiere producido por causas imputables al constructor.

Así, se observa en el párrafo de la cláusula tercera en el cual se dispuso:

“PARÁGRAFO: En caso de incurrir en un sobre costo en el valor de la vivienda por eventos que no sean responsabilidad del CONSTRUCTOR, este será acordado con el MUNICIPIO, el INTERVENTOR, el CONSTRUCTOR y el comité de veeduría de los beneficiarios, el cual será directamente asumido por los beneficiarios. Los sobrecostos que se generen por caso fortuito o fuerza mayor ajena al contratista que dé lugar a suspensión de la obra, en cuyo caso los costos generados por día de suspensión serán a cargo del Municipio”.

Similar obligación se incorporó en la cláusula octava al estipularse:

“OCTAVO: SUSPENSIÓN TEMPORAL DE LA CONSTRUCCIÓN. Por Circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito las partes podrán de común acuerdo, mediante la suscripción de un acta en la cual conste tal evento

suspender total o parcialmente la ejecución del proyecto sin que para los efectos del término de duración del mismo se compute el tiempo de suspensión cuando cesen los motivos que dieron lugar a la suspensión (...). Si esta suspensión es por causa ajena al contratista el Municipio reconocerá el sobrecosto en la ejecución del proyecto".

La literalidad de las estipulaciones en comento deja ver que aun cuando existió un tratamiento ambivalente al concepto de costo y sobrecosto tratado en las dos cláusulas transcritas, lo que resulta indiscutible es que en los eventos en que se produjera la suspensión de la obra por causas no atribuibles al contratista, el municipio estaría obligado a reconocer en su favor el perjuicio derivado de esa circunstancia.

Ahora, el entendimiento que, en criterio de esta instancia, merece la naturaleza del rubro a reconocer a título de perjuicio, en los términos de las estipulaciones, corresponderá al concepto de costo en atención a que en este caso no se presentó propiamente un sobrecosto entendido como el incremento del monto previsto inicialmente, en consideración a que no se demostró que se hubiera ejecutado obra alguna y menos aún que su valor hubiese superado la cuantía prevista primigeniamente por unidad de vivienda.

El privilegio de esta interpretación se justifica igualmente en el hecho de que, a pesar de no demostrarse la ejecución de las obras contratadas, sí existe en el plenario evidencia probatoria con apoyo en la cual es posible tener por cierto que el contratista emprendió la realización de actos enderezados a su ejecución, en la medida en que incurrió en costos directos asociados al objeto del contrato, tales como alquiler de equipos, aspecto sobre el cual la Sala volverá ulteriormente.

Es de importancia así mismo subrayar que, tal cual se evidenció en párrafos precedentes, en la suspensión de la obra no concurrió conducta alguna atribuible al contratista. La circunstancia que desencadenó su parálisis por espacio superior a dos meses tuvo como génesis la orden emanada de la autoridad judicial como resultado de varias demandas de tutela formuladas por los supuestos propietarios de las terrazas donde se realizarían las obras.

A su turno, las razones que originaron esas controversias radicaron en que no existía claridad acerca de la titularidad de los predios en los cuales se construirían

las viviendas, siendo la determinación de esta circunstancia una carga del resorte exclusivo del municipio contratante, en cuanto una de las obligaciones por este contraídas al celebrar el convenio estribó precisamente en transferir, como aporte en especie, la propiedad de los lotes a los compradores beneficiarios del proyecto.

Siguiendo ese esquema argumentativo, surge con nitidez que, al haberse presentado una suspensión de la obra por causas no imputables al contratista, se materializó el supuesto fáctico en cuya virtud se imponía al municipio de Apartadó la obligación de honrar el pacto insertado en el contrato y en cumplimiento del mismo debía reconocer en cabeza del contratista los costos generados durante la suspensión de la obra.

A pesar de existir claridad sobre la existencia de esa obligación, otra fue la conducta observada por el ente territorial al suscribir el acto de liquidación unilateral, debido a que, lejos de atender el compromiso adquirido en cuanto al reconocimiento de los costos en que incurrió el contratista durante la suspensión de la obra, ni siquiera hizo mención a dicho pacto ni motivó las razones en que soportaba la improcedencia de su reconocimiento; sencillamente decidió registrar que el saldo en su favor ascendía a \$0.

Ahora bien, para acreditar la efectiva causación de los costos cuyo reconocimiento se solicita, la parte actora allegó al plenario varios documentos probatorios correspondientes a facturas, recibos de caja, consignaciones, comprobantes de contabilidad y comprobantes de pago de nómina.

Con todo, aun cuando varias de las piezas probatorias aludidas datan del período en que se presentó la suspensión de la obra -3 de diciembre de 2003 al 11 de febrero de 2004-, hacen referencia a la erogación de costos asociados a la construcción de obras, se identifica el deudor y el acreedor y se hace mención tanto al concepto del costo como a su valor, lo cierto es que respecto de la inmensa mayoría no se evidencia información suficiente que permita establecer con plena certeza un criterio de causalidad entre la erogación que allí se hace constar y el proyecto Serranía II, que constituyó el objeto del presente negocio.

En adición, es preciso destacar que si bien no desconoce la Sala que en la cláusula en que se apoya la procedencia del pago reclamado se hace expresa referencia a los costos generados durante la suspensión, igualmente la interpretación que prevalece sobre su literalidad tiene que acompañarse con el hecho de que los rubros a reconocer deben guardar relación directa con las circunstancias que rodearon el cese de labores.

De ahí que si la parálisis de la obra se debió a una orden judicial emitida con ocasión de varias demandas de tutela, en las cuales se discutía la titularidad de los inmuebles en donde se habrían de ejecutar las obras, al margen de que ello no hubiere resultado imputable a la conducta del actor, no resultaría ajustado a los deberes de cooperación exigibles al contratista, en su calidad de colaborador de la Administración y a la buena fe contractual, que en el entretanto y mientras se definía la situación descrita el constructor continuara solicitando el despacho de materiales cuya inversión en el proyecto por demás no está demostrada.

Precisado lo anterior, en procura de establecer el costo que debe ser reconocido en favor del contratista, se atenderá a las reflexiones que anteceden y en ese sentido se tendrá en consideración únicamente el contrato suscrito entre la sociedad Metalex Internacional S.A. EMA y la constructora Medina Palacio y Cía. Ltda., cuyo objeto lo constituyó el alquiler de una formaleta para el proyecto la Serranía, ubicada en el municipio de Apartadó Antioquia, por valor de \$61'419.648 y por un plazo de cuatro meses, término que coincide con el período del convenio bajo análisis.

Sobre el particular, reposa en el plenario el texto del contrato³⁶ de alquiler en referencia, en el cual se indican textualmente las partes, el objeto, el precio y el nombre del proyecto al cual sería destinada la formaleta. Igualmente milita el comprobante de contabilidad No. 00011 del 15 de febrero de 2004, en el cual se registró un desembolso realizado por la Constructora Medina Palacio y Cía. Ltda. en favor de Metalex Internacionales, por concepto de pago de alquiler de maquinaria, en cuantía de \$27'992.013.

³⁶ Fls. 122-127 C1

También obra un oficio³⁷ suscrito el 17 de febrero de 2005 por el Grupo Consultores Andinos Abogados, a través del cual se comunicó al demandante sobre el inicio del proceso jurídico contra la Constructora Medina Palacio y Cía. Ltda., en el que se pretendía el pago de la obligación contraída con Metalex Internacional S.A., por razón de capital insoluto y los intereses moratorios.

Con arreglo a lo expuesto, de las anteriores probanzas la Sala desprende que durante la ejecución del convenio celebrado entre el municipio de Apartadó y la demandante, esta a su turno alquiló una formaleta destinada a las obras que debían realizarse en el proyecto la Serranía, por un plazo de cuatro meses, acuerdo en cuya virtud la demandante efectuó un pago parcial y quedó debiendo el resto del valor pactado. De todo lo anotado, se deduce que el alquiler tuvo causa directa en la ejecución del convenio y que, no obstante que el mismo fue suspendido durante dos meses y ocho días, el contratista en todo caso se vio compelido a cumplir el pago del precio estipulado por el uso de ese equipo de obra.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala procederá a calcular el valor diario del alquiler del equipo y una vez obtenida la cifra correspondiente será multiplicada por el número de días que duró la suspensión del convenio. El producto que se obtenga de esa operación corresponderá al valor a reconocer por concepto de costo en que incurrió el contratista por el tiempo que transcurrió la suspensión.

Para ese efecto, se tomará el valor del contrato de alquiler \$61'419.648 y se dividirá por 120 días que equivalen a cuatro meses del plazo contractual. Se tiene de lo anterior que el valor diario por concepto de alquiler de formaleta ascendió a \$511.830. Al multiplicar por el número de días que duró la suspensión, esto es, 68 días (3 de diciembre de 2003 a 11 de febrero de 2004) se obtiene un valor de \$34'804.440.

Esta suma será actualizada desde el momento en que se liquidó unilateralmente el convenio (septiembre de 2004), a la fecha en que se dicta el presente fallo.

³⁷ FI. 13 C1

$$Vp = \frac{Vh \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Vp: Corresponde al valor presente

Vh: Es el valor histórico o inicial (\$34'804.440.)

Índice Final: 137,99 agosto de 2017

Índice inicial: 79,76 septiembre de 2004

$$Vp = \frac{\$34'804.440. \times 137,99}{79,76} = \$ 60'213.950$$

En síntesis, atendiendo a que en el acto de liquidación unilateral no se introdujo consideración alguna en relación con ese reconocimiento, la Sala concluye que dicho acto se encuentra viciado de nulidad parcialmente por el cargo de falsa motivación elevado por el demandante, toda vez que en su contenido se advirtió que el saldo adeudado al contratista equivalía a \$0, sin que esa aseveración se compadeciera con la realidad contractual y en desconocimiento del contenido obligacional del Convenio de 2003 al que se hizo anterior alusión.

Una precisión adicional que en relación con este aspecto merece la pena destacar, es que si bien existe un saldo en contra del contratista por valor de \$89'900.000, se hace notar que el beneficiario de su devolución no es el ente territorial, sino los compradores de la viviendas que constituyeron el objeto del proyecto, razón por la cual, en criterio de esta Sala, no resulta viable acudir a una eventual compensación entre la sumas consignadas en el acto de liquidación como tampoco a la posible aplicación de la excepción de contrato no cumplido, dado que no se presenta una identidad absoluta entre los extremos que conforman la parte deudora y la parte acreedora, ni una relación bilateral directa de reciprocidad en las cargas asumidas.

Se reitera que aunque los compradores de las viviendas no concurrieron a la suscripción del convenio, ciertamente las estipulaciones allí insertadas daban

cuenta de su condición de beneficiarios de las obras y de encargados de pagar el valor de las unidades de vivienda, luego de resultar favorecidos con el subsidio en especie que aportaría el ente territorial para la ejecución del proyecto.

Así las cosas, con independencia de que en todo caso respecto del mismo opere la pérdida de su fuerza ejecutoria por haberse presentado su decaimiento, la Sala procederá a declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0576 del 7 de septiembre de 2004, por la cual el municipio de Apartadó liquidó unilateralmente el convenio, en cuanto consignó que el saldo a favor del contratista ascendía a \$0 y, en su lugar, se ordenará al municipio de Apartadó que reconozca al contratista la suma de **\$60'213.950**, por concepto de los costos en que incurrió durante la suspensión de la obra, con arreglo a lo convenido en las cláusulas tercera y octava del convenio de 2003. Al mismo tiempo, la decisión contenida en el acta de liquidación concerniente a la orden de devolución de la suma de \$89'900.000 en favor de los beneficiarios del proyecto se mantendrá incólume.

Sobre la suma obtenida, la Sala se abstendrá de reconocer intereses moratorios, con arreglo a la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación³⁸, de conformidad con la cual en los eventos en que la condena es consecuencia directa de la nulidad de un acto administrativo expedido por la entidad estatal contratante, resulta improcedente el reconocimiento de intereses moratorios, en cuanto ha de tenerse en cuenta que hasta antes del momento en que la decisión es anulada por la autoridad judicial competente, no podría predicarse la mora de la entidad, en atención a que la decisión se hallaba revestida de la presunción de legalidad.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, 12 de julio de 2012, expediente: 15024, C.P. Danilo Rojas Betancourth. *“En relación con los intereses moratorios sobre esta cifra, la Sala considera que no hay lugar a condenar a la entidad territorial por tal concepto. Al respecto es conveniente recordar la tesis expuesta con anterioridad –párrafo 21.4– acerca de que el acto administrativo a través del cual se impone una multa o se hace efectiva una cláusula penal pecuniaria está amparado con la presunción de legalidad, y que por tal motivo solo a partir de la sentencia que lo anula se causan los intereses moratorios, pues es entonces cuando nace la obligación de pago correspondiente a cargo de la entidad. En el caso concreto, la Sala encuentra que el acto a través del cual la entidad territorial declaró la caducidad del contrato, resolución n.º 44 del 21 de julio de 1994 –párrafo 9.3–, se presume ajustada al ordenamiento jurídico hasta que la presente sentencia que declarará su nulidad se halle en firme y, en tal virtud, también la inhabilidad con la que legalmente se sancionó al demandante para contratar con las entidades estatales por espacio de cinco años está amparada con la presunción de legalidad. Así, solo a partir de la ejecutoria de esta providencia, en los términos correspondientes del Código Contencioso Administrativo, la entidad se encontrará en mora del pago de la suma reconocida a título de lucro cesante, puesto que la fuente de esta obligación dineraria es la sentencia”.*

Aplicado lo dicho al caso concreto, se tiene que solo a partir de la declaratoria de nulidad del acto que liquidó unilateralmente el convenio en el cual se consignó que el saldo a favor del contratista ascendía a \$0, se desvanece el supuesto que le sirvió de fundamento a la entidad para no pagar el saldo adeudado al contratista por concepto de costos sufragados durante la suspensión de la obra.

Finalmente, debido a que las razones fácticas en que se fundamentó la pretensión de declaratoria de incumplimiento endilgado al ente contratante hallaron correspondencia con los cargos de nulidad expuestos en contra del acto de liquidación unilateral que ya fueron materia de estudio, las mismas consideraciones que acaban de exponerse merecen hacerse extensivas a este punto.

Conclusión

Según lo expuesto, la Sala revocará la sentencia impugnada para, en su lugar, declarar, la nulidad de la Resolución No. 071 del 20 de febrero de 2004, que terminó unilateralmente el convenio de 2003; declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0576 del 7 de septiembre de 2004, por la cual el municipio de Apartadó liquidó unilateralmente el convenio de 2003, únicamente en cuanto consignó que el saldo a favor del contratista ascendía a \$0 y en reemplazo se ordenará al municipio de Apartadó que reconozca al contratista la suma de **\$60'213.950** por concepto de los costos en que incurrió durante la suspensión adicional de la obra, con arreglo a lo pactado en las cláusulas tercera y octava del convenio de 2003 y se mantendrá incólume la decisión contenida en el acta de liquidación concerniente a la orden de devolución de la suma de \$89'900.000 en favor de los beneficiarios del proyecto; y, por último, se negarán las demás pretensiones de la demanda.

5. Costas

De conformidad con lo previsto en la Ley 446 de 1998, en este asunto no hay lugar a la imposición de costas, por cuanto no se evidencia en el subexamine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

1.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el catorce (14) de noviembre de dos mil catorce (2014), por las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia y en su lugar se dispone:

*“**PRIMERO:** Declarar la nulidad de la Resolución No. 071 del 20 de febrero de 2004 mediante la cual el municipio de Apartadó terminó unilateralmente el convenio suscrito el 2 de octubre de 2003, por las razones que anteceden.*

*“**SEGUNDO:** Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0576 del 7 de septiembre de 2004, por la cual el municipio de Apartadó liquidó unilateralmente el convenio suscrito el 2 de octubre de 2003 únicamente en cuanto consignó que el saldo a favor del contratista ascendía a \$0 y en reemplazo se ordenará al municipio de Apartadó que reconozca al contratista Constructora Medina Palacio y Cía. Ltda. la suma **de SESENTA MILLONES DOSCIENTOS TRECE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA PESOS (\$60'213.950)**, por concepto de los costos en que incurrió durante la suspensión adicional de la obra, con arreglo a lo convenio en las cláusulas tercera y octava del convenio de 2003. En todo caso, la decisión contenida en el acta de liquidación concerniente a la orden de devolución de la suma de \$89'900.000 en favor de los beneficiarios del proyecto se ha de mantener incólume.*

*“**TERCERO.** - Negar las demás pretensiones de la demanda.*

*“**CUARTO.** - Sin condena en costas.*

*“**QUINTO.** - La condena impuesta se sujetará a lo dispuesto en el artículo 177 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.*

*“**SEXTO.** - Por Secretaría, expídanse las copias del presente fallo y las constancias que ordena la ley”.*

2.- Sin condena en costas en esta instancia.

3.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA