

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009)

RADICACIÓN: 850012331000199600307 01
EXPEDIENTE: 16.106
ACTOR: LUZ MARINA GONZALEZ V. Y OTRO
DEMANDADO: GOBERNACION DE CASANARE
REFERENCIA: CONTRACTUAL – APELACIÓN SENTENCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, el Departamento del Casanare y el señor Emiro Sossa Pacheco, contra la sentencia del 5 de noviembre de 1998, dictada por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

“SEGUNDO: Declarar nulo el contrato interadministrativo de mandato distinguido con el No. 056/95, celebrado en Yopal, entre el Departamento de Casanare y la Cooperativa Interregional de Colombia Ltda. (COINCO LTDA) el día 10 de noviembre de 1995.

“TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, las cosas deben volver al estado que tenían antes de la suscripción del precitado contrato; se harán las compensaciones del caso por trámite incidental, como se dijo en la parte motiva.

“CUARTO: Condénese solidariamente a la Cooperativa Interregional de Colombia Ltda. (COINCO LTDA.) y al doctor Emiro Sossa Pacheco, al pago de los perjuicios, que también habrán de liquidarse en forma incidental.

“QUINTO: Si esta sentencia no fuere apelada, consúltese con el H. Consejo de Estado.” (fl. 241 y 242 cdno. ppal.)

I. ANTECEDENTES :

1. La demanda.

El día 16 de octubre de 1997, la presidenta y el vicepresidente de la Asamblea Departamental de Casanare, como representantes de esa Corporación y en ejercicio de la acción contractual, formularon demanda con el fin de que se declarara la nulidad absoluta del convenio interadministrativo No. 056 de 1.995, celebrado el primero de noviembre de ese año entre el Departamento de Casanare y la Cooperativa Interregional de Colombia Ltda., COINCO LTDA., para el suministro de maquinaria pesada y equipos; también solicitaron que se declarara la responsabilidad de COINCO LTDA., y del señor Emiro Sossa Pacheco, quien celebró el convenio como gobernador del Departamento, por el detrimento patrimonial causado a ese ente territorial, con la ejecución del contrato; consecuentemente pidieron que se les condenara al pago de los perjuicios correspondientes. En subsidio solicitaron solamente la anulación del convenio (folios 2 al 11 del cuaderno principal).

En la demanda se expusieron las siguientes pretensiones:

*“**PRIMERA.** Que es nulo de Nulidad Absoluta el convenio interadministrativo Nr. 056 de 1995, celebrado entre el Departamento de Casanare y la Cooperativa Interregional de Colombia Ltda., COINCO LTDA., el 1 de Noviembre de 1995, para el suministro de maquinaria pesada y equipos.*

*“**SEGUNDA.** Que la Cooperativa Interregional de Colombia Ltda. y el señor EMIRO SOSSA PACHECO, quien en su calidad de Gobernador del Departamento de Casanare celebró el Convenio Interadministrativo Nr. 056 de 1995, son responsables del detrimento patrimonial causado al Departamento de Casanare, por razón de la ejecución del mismo y en consecuencia son condenados al pago de los perjuicios correspondientes, en la cuantía que resulte probada en el proceso.*

“COMO PETICION SUBSIDIARIA:

“PRIMERA: *Que es nulo de Nulidad Absoluta el convenio interadministrativo Nro. 056 de 1995, celebrado entre el Departamento de Casanare y la Cooperativa Interregional de Colombia Ltda., Coinco, el 1 de Noviembre de 1995, para el suministro de maquinaria pesada y equipos.”*

El apoderado de la Asamblea Departamental adicionó su demanda para incluir directamente al doctor Emiro Sossa Pacheco como demandado, toda vez que en el libelo original se limitó a pedir pronunciamiento en su contra, pero no lo incluyó como parte del mismo (folio 81 cuaderno principal).

Por otra parte, el señor José Alberto Vélez Martínez, en escrito presentado el 18 de abril de 1.997, también demandó la anulación del convenio interadministrativo 056/95 y consecuentemente solicitó que se ordenara que las partes del mismo fueran restituidas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el convenio nulo (folios 1 al 5 del primer cuaderno). En su demanda formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: *Que es nulo de Nulidad Absoluta el convenio interadministrativo No. 056 de 1995, celebrado entre el Departamento del Casanare y la Cooperativa Interregional de Colombia Ltda., COINCO LTDA., el 1 de Noviembre de 1995, para el suministro de maquinaria pesada y equipos.*

“SEGUNDA: *Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene que las partes sean restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el Convenio Nulo, de suerte que los contratantes sean obligados a responder por los frutos o intereses, mejoras útiles, necesarias o voluptuarias y actualizando los valores a la fecha en que se verifiquen las restituciones, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 1746 del C.C., ante la ausencia de norma administrativa que reglamente en forma especial la materia.”*

2. Los hechos.

En las demandas, en síntesis, se narró lo siguiente:

- Que el convenio interadministrativo de mandato número 056 de 1995 fue celebrado con el objeto de que la Cooperativa COINCO suministrara al Departamento de Casanare, maquinaria pesada y

equipos por un valor de \$10.000'000.000,00.

- Que el valor del contrato se pagaría con los recursos arbitrados por la Ordenanza 042 de 7 de abril de 1.995, mediante la cual la Asamblea Departamental de Casanare autorizó al Gobernador para la compra, operación y mantenimiento de maquinaria y equipos para la Secretaría de Obras Públicas y, dispuso que la adjudicación de los proyectos autorizados se hiciera mediante licitación y audiencia pública, de conformidad con el estatuto de contratación vigente.
- Que para la ejecución del convenio interadministrativo de mandato, la Cooperativa COINCO LTDA., contrató directamente con la Compañía General de Equipos de Colombia S.A. GECOLSA S.A., la compra de la maquinaria con destino al Departamento.

3. Normas violadas.

Afirmaron los demandantes que con la celebración del convenio en esas condiciones se violaron las siguientes normas:

- Artículos 13, 23, 24, 25, 26, 29 y 30 de la Ley 80 de 1.993, en tanto se eludió el procedimiento de licitación pública, lo cual implicaba una violación a las normas de contratación relacionadas con la selección del contratista, dado que para que realizara las compras que el Departamento podía hacer por sí mismo, contrató a la Cooperativa COINCO LTDA., con el fin de que ésta comprara directamente.
- Artículo 4 de la Ordenanza 42 de 7 de abril de 1.995, porque en ella se autorizó un cupo de crédito por diez mil millones de pesos para compra, operación y mantenimiento de maquinaria y equipos para la Secretaría de Obras Públicas del Departamento del Casanare y se dispuso que la contratación de todos los proyectos autorizados se hiciera mediante licitación y audiencias públicas, de conformidad con la Ley 80 de 1.993.

4. Actuación procesal.

El día 25 de octubre de 1996, el Tribunal Administrativo de Casanare admitió la demanda y ordenó la notificación personal al Gobernador del Departamento, al gerente de COINCO LTDA., y al Agente del Ministerio Público y dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo; en el mismo acto el Tribunal a quo reconoció personería al apoderado de la parte demandante (folios 66 a 67 del cuaderno principal).

El 27 de enero de 1997 el representante del Ministerio Público solicitó al Tribunal a quo llamar en garantía al señor Emiro Sossa Pacheco, quien en calidad de Gobernador del Departamento de Casanare celebró el convenio interadministrativo No. 056 de 1995 con la Cooperativa Interregional de Colombia Ltda., COINCO LTDA. (folios 96 a 99 del cuaderno principal); el día 31 de enero de 1997 el Tribunal admitió la solicitud y ordenó la citación del señor Sossa Pacheco mediante notificación personal (folios 101 y 102 cuaderno principal).

Dentro del término de fijación en lista, la actora presentó corrección de la demanda con el fin de enmendar el nombre de la gerente de COINCO LTDA., y de solicitar la vinculación, como parte, del señor Emiro Sossa Pacheco (folio 81 cuaderno principal); la corrección fue admitida por el Tribunal Administrativo de Casanare el día 7 de marzo de 1997 y en la misma fecha ordenó su notificación al Gobernador de Casanare, al gerente de COINCO LTDA., al señor Emiro Sossa Pacheco, llamado en garantía y al representante del Ministerio Público (folio 119 cuaderno principal).

El 18 de julio de 1997 el Tribunal Administrativo de Casanare reconoció personería a los apoderados del Departamento del Casanare, de la Cooperativa Interregional de Colombia COINCO LTDA., y del señor Emiro Sossa Pacheco (folios 156 y 157 cuaderno principal).

De otro lado, el día 9 de mayo de 1997, el Tribunal de Casanare admitió la demanda presentada por el señor Jorge Alberto Vélez Martínez y ordenó la notificación personal al Gobernador del Departamento, al gerente de

COINCO LTDA., y al Agente del Ministerio Público y dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo; en el mismo acto, el Tribunal Administrativo de Casanare reconoció personería al abogado Jorge Alberto Vélez Martínez en calidad de demandante (folios 13 y 14 del primer cuaderno).

5. Contestación de la demanda.

El Departamento de Casanare dio respuesta oportuna a la demanda presentada por la Asamblea Departamental de Casanare, aceptó algunos de los hechos, manifestó que no le constaban otros, exigió la prueba de ellos y expresó que se atendería a lo que resultare probado dentro del expediente (folios 83 a 86 del cuaderno principal).

La demanda del señor Jorge Alberto Vélez no fue contestada por el Departamento de Casanare.

COINCO LTDA., no contestó el libelo presentado por la Asamblea Departamental; se pronunció en relación con el libelo del señor Vélez Martínez y en su escrito aceptó algunos de los hechos, aceptó parcialmente unos de ellos y negó otros; se opuso a las peticiones de la demanda y propuso las excepciones de falta de fundamento legal, falta de título y de causa del demandante (folios 30 al 36 del cuaderno principal).

El señor Emiro Sossa Pacheco, vinculado doblemente, tanto por solicitud del primer accionante como por petición del representante del Ministerio Público, contestó el libelo original (folios 108 a 116 del cuaderno principal), aceptó algunos de los hechos, aclaró otros y manifestó que el contrato celebrado entre la Cooperativa COINCO LTDA. y GECOLSA S.A., era ajeno a la acción judicial incoada. Se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando entre otros temas, los siguientes:

Que con la celebración del convenio interadministrativo no se había violado el principio de la transparencia porque la ley permitía celebrar contratos interadministrativos con entidades de derecho público, lo cual –dijo– según el artículo 24 de la Ley 80 expedida en el año de 1993, se constituía en una

excepción a la licitación pública; también advirtió que la Ordenanza número 42 de abril de 1995 no era una apropiación presupuestal y que simplemente autorizaba al gobierno departamental para un endeudamiento y que la apropiación para dicho gasto se encontraba en la Ordenanza número 55 del mismo año.

Que al contratar directamente con COINCO LTDA., se dio cabal cumplimiento al principio de economía, toda vez que el Departamento de Casanare afrontaba el reto de combatir el subdesarrollo con sus crecientes recursos petroleros, por lo cual necesitaba en forma urgente la construcción y mantenimiento de una adecuada red vial; también advirtió que si las actividades que cumplía el mandatario debían ajustarse a las normas de la contratación pública, era un tema muy diferente a la materia que se trataba en la acción incoada y que su juzgamiento en nada incidiría sobre el convenio interadministrativo glosado; que el Departamento, en aras de cumplir con el principio de responsabilidad, vigiló la correcta ejecución del convenio por medio de un interventor y que por esa razón los derechos e intereses de la entidad nunca estuvieron en peligro ni resultaron afectados y que, además, los equipos y la maquinaria fueron recibidos por el Departamento.

6. Audiencia de conciliación.

El Tribunal a quo no hizo citación a la audiencia de conciliación en tanto consideró que por tratarse de una nulidad absoluta tal figura no tenía cabida.

7. Alegatos de conclusión.

El 30 de abril de 1998 el Tribunal a quo ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentasen sus respectivos alegatos de conclusión (folio 175 del cuaderno principal).

7.1. La parte actora.

La accionante reiteró las súplicas de la demanda, insistió en la nulidad absoluta del contrato 056 de 1995 e hizo una exposición detallada sobre la

legitimación procesal de la Asamblea Departamental de Casanare para demandar la nulidad del convenio y concluyó que tales entes podían comparecer directamente a juicio cuando lo estimaran conducente, máxime cuando acreditaran un interés jurídico directo.

Sostuvo que el contrato celebrado era violatorio de la ley y de los fines del estatuto de contratación porque vulneró el principio de la transparencia, por cuanto, aseveró, estaba demostrado que en el término de 24 horas se celebraron dos negociaciones, el convenio interadministrativo entre el Departamento y COINCO LTDA. y el contrato de suministro entre COINCO LTDA. y Gecolsa, lo cual era casi imposible, teniendo en cuenta que el convenio de mandato cuestionado era sumamente vago en cuanto al objeto del mismo.

Objetó la declaración del testigo Jairo Bosué Pérez, en tanto este último dijo que él acompañó a COINCO LTDA., en el proceso de selección del contratista, escuchando las ofertas que habrían presentado tres empresas para la adquisición de esa maquinaria, lo cual consideró poco creíble, toda vez que el contrato interadministrativo se firmó el 1 de noviembre de 1995 y el contrato de suministro con GECOLSA S.A., se celebró al día siguiente, de tal suerte que, según el actor, era físicamente imposible que hubiera ocurrido la selección y estudio de las propuestas a las cuales había hecho referencia el testigo.

También dijo que como el mandato no había sido definido, era imposible su cumplimiento y que todo parecía indicar que lo que en realidad ocurrió fue que las partes convinieron, por fuera de su clausulado, todo lo concerniente al objeto del mismo, los valores unitarios, las especificaciones técnicas de la maquinaria y otros acuerdos indispensables para poder cumplir con el objeto principal, circunstancias que demostrarían la violación del principio de transparencia (folios 176 a 177 y 207 a 215 del cuaderno principal).

7.2. El Departamento de Casanare.

El apoderado del Departamento de Casanare expresó que se atendería a lo que resultare probado en el proceso (folios 176 a 177 y 206 del cuaderno principal).

7.3. El llamado en garantía.

El llamado en garantía sostuvo que el convenio 056 de 1995 no se celebró contra expresa prohibición constitucional o legal; que no se violó el principio de la transparencia; que tampoco se celebró con abuso o desviación de poder por cuanto ese convenio se hizo con el fin de atender las necesidades de los habitantes del Departamento de Casanare; que dicho contrato fue una herramienta jurídica válida utilizada para solucionar los problemas de la región; que los actos administrativos que autorizaron esa contratación, Ordenanzas 042 y 055 de 1995, no fueron anulados ni suspendidos, por lo cual estarían plenamente vigentes; que la negociación además de ser lícita resultó de alta conveniencia para el Departamento porque los precios a los cuales se adquirió dicha maquinaria correspondían a los del mercado y fueron entregados con todos los soportes y garantías necesarias, razón por la cual no existiría causal válida para anularlo (folios 197 a 199 cuaderno principal).

8. Concepto del Ministerio Público en la primera instancia.

El Procurador Judicial ante el Tribunal Administrativo de Casanare, después de hacer un recuento de los hechos, concluyó que el acto demandado no estaba viciado de nulidad porque si bien era cierto que la Ordenanza 042 de 1995 había exigido que la adjudicación de los contratos que allí se autorizaban se hiciera por medio de la licitación o audiencia pública, también era verdad que la Ley 80 expedida en el año de 1993 había previsto en su artículo 24 que para la celebración de los contratos interadministrativos no era necesario acudir a dicho procedimiento, razón por la cual conceptuó que en el caso bajo estudio era válido celebrar tal convenio para la adquisición de esos bienes (folios 193 a 196 del cuaderno principal).

9. Acumulación de procesos.

El apoderado de la Asamblea Departamental de Casanare solicitó al Tribunal a quo la acumulación de procesos, por cuanto en el mismo Tribunal cursaba otro proceso ordinario instaurado por el abogado Jorge Alberto Vélez Martínez, radicado con el número 0396, en el cual se pretendía la nulidad absoluta del convenio interadministrativo número 056 celebrado entre el Departamento de Casanare y la Cooperativa Interregional de Colombia Ltda. COINCO LTDA., el 1 de noviembre de 1995 y que, además, se encontraban reunidos los requisitos exigidos por el artículo 157 del C. de P.C., aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A. (folio 200 cuaderno principal).

El Tribunal Administrativo de Casanare, por considerar que se reunían los requisitos de ley, decretó la acumulación de los procesos radicados bajo los números 0307 y 0396 y ordenó que se siguieran tramitando de manera conjunta (folios 202 y 203 del cuaderno principal).

El Tribunal a quo corrió traslado a las partes del proceso acumulado para que presentasen sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiese su concepto.

Las partes presentaron sus alegatos de conclusión en el mismo sentido formulado respecto del proceso radicado con el número 0307.

10. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Casanare profirió sentencia -en el presente asunto- el 5 de noviembre de 1998 (folios 218 a 242 del cuaderno principal).

Después de concluir que la Asamblea de Casanare estaba legitimada en la causa para adelantar la acción, dado el control político que ejerce sobre los gastos e inversiones que hace el Gobernador, anuló el convenio 056 por violación al principio de transparencia, con el argumento de que debió contratarse previo procedimiento de licitación pública; además condenó solidariamente y en abstracto a la Cooperativa COINCO LTDA., y al doctor Emiro Sossa Pacheco al pago de los perjuicios derivados del contrato.

El Tribunal a quo, para fundamentar la decisión, explicó que la imposición de la Asamblea Departamental de contratar a través de licitación pública no era ilegal porque tal ordenanza correspondía a un acto administrativo plenamente válido, al cual el Gobernador debía respeto; señaló que no existía justificación frente al hecho de haberse utilizado un intermediario que no poseía los bienes a adquirir y que los debió obtener a través de un concesionario; dedujo que el Departamento, para realizar este convenio, dispuso de un dinero oficial para que otra entidad, a la cual el estatuto de contratación le dio el carácter de oficial, saliera al mercado a adquirir la maquinaria, omitiendo el requisito de la licitación pública; también dijo que no se había demostrado por ningún medio que los precios de adquisición hubiesen sido los mejores, sino que, por el contrario, era evidente la existencia de un sobrecosto correspondiente al pago de la comisión del 1% de administración para la contratante, por lo cual no se presentó la economía que se reclamaba.

Salvó voto el magistrado Alfonso Barrera Zambrano para quien el convenio se ajustaba a la ley, aduciendo que cuando la Ordenanza dispuso que la contratación de los proyectos autorizados en ella se hiciera por licitación pública se refería a aquellos casos en los cuales, de conformidad con la ley de contratación, era necesario tal procedimiento, pero que no comprendía los casos en los cuales se podía contratar directamente (folios 243 a 245 del cuaderno principal)

11. El recurso de apelación.

La sentencia proferida por el a quo fue apelada por el Departamento del Casanare (folio 256 y ss. del cuaderno principal), por el señor Emiro Sossa Pacheco (folios 251 a 252 del cuaderno principal) y por el Ministerio Público (folio 249 del cuaderno principal).

11.1. Apelación del Departamento.

El apoderado del Departamento defendió la legalidad del convenio con fundamento en los argumentos expuestos en el salvamento de voto y

expresó que el fallo apelado, además de no ajustarse a derecho, resultaba nocivo para el Departamento por cuanto sus consecuencias eran gravosas, teniendo en cuenta que los costos de adquisición de tales equipos eran muy altos.

Agregó que si bien el Departamento podía contratar sin tener que acudir al procedimiento de licitación, no podía predicarse lo mismo de la Cooperativa COINCO LTDA., quien sí tenía la obligación de adelantar tal procedimiento para seleccionar a su contratista.

Expuso que el Tribunal a quo no podía afirmar válidamente y, sin demostración procesal alguna, cuáles fueron los motivos del Gobernador de la época para celebrar el contrato, que se trataba de simples conjeturas por cuanto en el expediente no había demostración alguna de que hubiese actuado con dolo o culpa grave como para declarar su responsabilidad.

11.2. Apelación del señor Emiro Sossa Pacheco.

El señor Sossa Pacheco expresó que el convenio celebrado no era violatorio de la ley, con el argumento de que no podía acusarse al Departamento de haber violado la norma ordenanzal, porque, si ella fuera contraria a la ley, debía primar esta última; reclamó por la condena proferida en su contra, aduciendo la ausencia de la prueba de dolo o de culpa grave en su actuación, así como la falta de prueba de la existencia de algún perjuicio.

11.3. Apelación del Ministerio Público.

El Procurador Judicial 53 en Asuntos Administrativos apeló en nombre del Ministerio Público y en defensa de los intereses de la comunidad, en los mismos términos del concepto emitido en la primera instancia, al considerar que la actuación del ente departamental se ajustó a las normas de contratación tanto en el trámite como en la celebración del contrato. Así se expresó el Procurador (folio 249 cuaderno principal):

“De conformidad con las funciones asignadas al suscrito, en defensa de los intereses de la comunidad y por no compartir la decisión contenida en la sentencia proferida en desarrollo del proceso No. 307 (Acumulado), encontrándome dentro del término legal a ustedes con

todo respeto manifiesto que interpongo recurso de apelación contra la decisión proferida, recurso que sustento exactamente en los mismos términos del concepto emitido por el suscrito dentro del proceso de la referencia, al cual me remito para los efectos aludidos, por considerar que el ente departamental se ajustó, tanto en el trámite como en la celebración del contrato cuya nulidad se decreta, a las normas de contratación que rigen la materia.”

12. Actuación en segunda instancia.

Los recursos de apelación interpuestos por el Procurador Judicial 53 Judicial, por el llamado en garantía Emiro Sossa Pacheco y por el Departamento de Casanare fueron admitidos por el Consejo de Estado mediante auto de abril 16 de 1999 (folio 265 del cuaderno principal).

El recurso de apelación interpuesto por COINCO LTDA., fue declarado desierto por extemporáneo (folio 305 del cuaderno principal).

12.1. Alegatos de conclusión.

A través de auto de enero 21 de 2000 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que se rindiera el respectivo concepto (folio 325 del cuaderno principal).

12.1.1. Del llamado en garantía.

El apoderado del llamado en garantía, señor Emiro Sossa Pacheco, en memorial presentado el 3 de febrero del año 2000 (folios 327 a 329 del cuaderno principal), solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia para que en su lugar se denegaran las pretensiones de la demanda y se condenara en costas a los actores, en favor del llamado en garantía.

Argumentó que apeló la condena proferida en contra del llamado en garantía por la ausencia de prueba del dolo o la culpa grave en su actuación, en los términos del artículo 90 de la Constitución Nacional, así como por la falta de prueba de la existencia del perjuicio ocasionado al Departamento.

12.1.2. Del Departamento de Casanare.

El apoderado del Departamento de Casanare, en memorial presentado el 8 de febrero del año 2000 (folios 330 a 331 del cuaderno principal), manifestó que guardaba silencio *“sobre la revocatoria o no de la sentencia impugnada, ante la paradoja procesal que se plantea entre los intereses del Departamento, favorecidos por una sentencia aparentemente en su contra, y la lealtad procesal que debo observar en mi calidad de representante judicial de la entidad demandada”* y pidió a la Sala que profiriera sentencia *“en el sentido en que su leal saber y entender, en aplicación de la ley 80 de 1993, quedan a salvo los intereses de la entidad que represento judicialmente”*.

12.2. Concepto del Ministerio Público.

La representante del Ministerio Público rindió concepto de fondo (folios 333 a 353 del cuaderno principal), mediante el cual solicitó la confirmación de la sentencia apelada en cuanto anuló el convenio interadministrativo demandado y la revocatoria de la misma en el punto relacionado con la condena en abstracto impartida en contra de COINCO LTDA., y del señor Emiro Sossa Pacheco.

Cabe anotar que la señora Procuradora Delegada ante esta Corporación sólo hizo referencia a los recursos de apelación impetrados por el Departamento del Casanare y el llamado en garantía; nada dijo sobre el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Judicial en la primera instancia.

Respecto de la capacidad de la Asamblea Departamental para ser parte en el proceso, consideró que tanto sus directivos, en sus propios nombres, invocando la calidad que ostentaban, como en nombre de la Corporación, podían presentar la demanda para que se definiera la legalidad del convenio, toda vez que *“frente a las funciones que competen a la Asamblea Departamental, tales organismos, son titulares de los derechos y obligaciones que de su ejercicio surjan, titularidad que lleva aparejada, la capacidad para reclamar en juicio tales derechos o para que se les reclame en juicio el cumplimiento de obligaciones, sin que haya lugar a la afectación del presupuesto del Departamento, como quiera que posee un patrimonio*

propio”.

Sobre la legitimación en la causa por activa, consideró que tanto la Asamblea Departamental como el señor Vélez Martínez estaban legitimados para ejercer la acción, por cuanto las demandas que originaron el proceso fueron presentadas antes de la expedición de la Ley 446 de 1998 y en vigencia del artículo 45 de la Ley 80 expedida en el año de 1993, sin que tuvieran que demostrar interés para ser titulares de la acción para demandar la nulidad absoluta del contrato.

Solicitó la inaplicación del artículo 4 de la Ordenanza 42 del 7 de abril de 1995, en tanto tal acto no fue demandado, porque consideró que era incompatible con la Ley 80 al disponer que la contratación de todos los proyectos autorizados debía hacerse mediante licitación o audiencia pública de conformidad con la misma Ley, sin tener en cuenta que desde la expedición de esta Ley las Asambleas Departamentales carecían de competencia para establecer reglas sobre formación y adjudicación de contratos en el respectivo Departamento.

En cuanto a la nulidad absoluta del convenio 056 de 1995, entendió el Ministerio Público que el cargo podía subsumirse en la causal de nulidad absoluta de los convenios consagrada en el artículo 44 numeral 3 de la Ley 80, porque consideró que el fin perseguido por esa contratación era burlar el mecanismo de contratación establecido en esta Ley. Así lo expresó:

“La desviación de poder radica en el hecho de que la administración departamental convino un contrato de mandato, con la única finalidad de burlar el estatuto de contratación en cuanto a la formación y adjudicación de contratos se refiere, y así lo logró como quiera que la Cooperativa contratista, actuando contra legem, contrató directamente la adquisición de los bienes que le habían sido encargados, y el Departamento, aceptó pacíficamente tal situación y recibió los bienes.

“Es esa ilegalidad que afecta el convenio demandando, la que permite a esta Delegada solicitar su anulación, y que se ordene, como consecuencia la restitución de las partes al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el contrato nulo, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 1.746 del Código Civil y 48 de la Ley 80 de 1993, es decir que los bienes sean devueltos a la Cooperativa, quien a su vez deberá reembolsar, debidamente actualizada, la suma que le fue pagada por tales bienes, previo el descuento correspondiente a la depreciación que hayan sufrido la maquinaria y vehículos, como

consecuencia de su uso y del paso del tiempo, cuantificación que puede lograrse en incidente posterior, en los términos del artículo 172 del C. Contencioso Administrativo.”

Finalmente, solicitó que el llamado en garantía fuera absuelto por la falta de demostración en el sub-exámine de la existencia de un detrimento patrimonial para el Departamento de Casanare como consecuencia de la celebración del convenio cuya anulación se solicitó.

12.3. Impedimento.

La señora Consejera de Estado Ruth Stella Correa Palacio manifestó su impedimento para conocer del proceso en segunda instancia por haber intervenido en el proceso como Procuradora Delegada ante esta Sección, en cuya calidad rindió concepto (folio 377 del cuaderno principal).

La Sala aceptó el impedimento manifestado por la Magistrada Correa Palacio mediante auto del 31 de marzo de 2005 (folio 381 del cuaderno principal), razón por la cual se deja constancia de que la mencionada Magistrada ha sido apartada del conocimiento del asunto y no participa ni interviene en el estudio y decisión de este fallo.

II. CONSIDERACIONES :

Para adelantar el estudio de los distintos temas que constituyen materia de la litis, se avanzará en el siguiente orden: 1) Cuestión previa; 2) Competencia del Consejo de Estado; 3) Hechos probados; 4) El objeto de los contratos; 5) Nulidad e inexistencia; 6) El caso concreto.

1. Cuestión previa.

Antes de abordar el análisis de los asuntos sometidos a conocimiento de la Sala, resulta pertinente efectuar algunas advertencias en relación con algunas actuaciones del Departamento de Casanare y del Ministerio Público en este proceso.

1.1. Departamento del Casanare.

Si bien el recurso de apelación interpuesto por el Departamento fue adecuadamente presentado y en él se expresaron los motivos de inconformidad para con la sentencia proferida por el a quo, no puede dejar de destacarse la grave incongruencia y la evidente contradicción que afecta la actuación impulsada por esa institución en cuanto que en los alegatos de conclusión ante esta instancia manifestó que guardaría silencio *“sobre la revocatoria o no de la sentencia impugnada, ante la paradoja procesal que se plantea entre los intereses del Departamento, favorecidos por una sentencia aparentemente en su contra, y la lealtad procesal que debo observar en mi calidad de representante judicial de la entidad demandada”* y pidió a la Sala que profiriera sentencia *“en el sentido en que su leal saber y entender, en aplicación de la ley 80 de 1993, quedan a salvo los intereses de la entidad que represento judicialmente”* (folios 330 a 331 del cuaderno principal).

Así pues, no resulta explicable que el Departamento de Casanare interponga o formule un recurso ante el Consejo de Estado pero que, de manera paradójica, sea el mismo Departamento el que a la vez, mediante una actuación posterior dentro del mismo proceso manifieste que se abstiene de pronunciarse sobre el objeto mismo de su propio recurso, esto es la revocatoria de la sentencia cuestionada, para pedirle al Consejo de Estado que profiera sentencia en el sentido en el cual la Corporación considere que los intereses del Departamento *quedan a salvo*, como si el máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa fuere vocero, agente o defensor de oficio de los derechos e intereses de una de las partes en contienda y no, como constitucional y legalmente se encuentra instituido como juez que debe proceder de manera imparcial, neutral e independiente con sujeción exclusivamente a la ley (artículo 230 C.P.).

1.2. El Recurso del Ministerio Público.

La Sala también estima necesario señalar que el Ministerio Público no sustentó en debida forma el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia, comoquiera que no señaló las razones y

fundamentos de su inconformidad respecto de la sentencia de primera instancia, en cuanto se limitó a enunciar que lo sustentaba *“exactamente en los mismos términos del concepto emitido por el suscrito dentro del proceso de la referencia, al cual me remito para los efectos aludidos, por considerar que la actuación del ente departamental se ajustó, tanto en el trámite como en la celebración del contrato cuya nulidad se decreta, a las normas de contratación que rigen la materia.”*

Se trata entonces de un recurso de apelación que tendría por objeto desvirtuar la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada que fue decretada en el numeral primero de la sentencia y que constituiría el fondo del asunto, pero de cuyos fundamentos y contenido nada se dijo, lo cual impide a la Sala hacer pronunciamiento alguno en relación con ese recurso de apelación, porque carece de elementos para realizar dicho análisis, por cuanto, si en el presente caso se asumiera que se entiende incorporado al recurso de alzada lo alegado antes de la expedición de la sentencia, esa referencia no podría ser válida, dado que aquello que se alegó o dijo antes se hizo en un momento en el cual no se conocía el fallo del Tribunal a quo y, en tanto la apelación se formula contra la sentencia, no es posible asumir que lo que se dijo ex ante también sea válido a posteriori.

Ahora bien, el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil establece que el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante, razón por la cual el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no fue objeto de recurso.

En el presente caso, teniendo en cuenta que el Ministerio Público debe ser imparcial y defensor de los intereses de la comunidad, debe advertirse que no resulta claro qué podría entenderse por favorable o por desfavorable en un fallo que decretó la nulidad absoluta de un contrato, máxime si en la celebración de dicho vínculo contractual no intervino ese órgano constitucionalmente autónomo lo cual corrobora que como recurso resulta inadmisibles la actuación cumplida en primera instancia contra el fallo correspondiente.

Si bien el Ministerio Público se encuentra legalmente facultado para interponer recursos en contra de las providencias proferidas en primera instancia, resulta imperativo tener presente que la imparcialidad es una de las características del ejercicio de su función de intervención en los procesos judiciales, al punto de que tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Corporación distinguen a tal sujeto procesal como “*parte imparcial*”¹.

Aunque existe norma legal que dice otorgarle el carácter de “*parte*” al Ministerio Público², esta Corporación se ha ocupado de distinguir las características de sus actuaciones, bien sea que actúe como parte propiamente dicha o como sujeto procesal en su función de intervención; al respecto la Sala se ha expresado en los siguientes términos³:

“(...) basta recordar que frente al proceso contencioso administrativo los agentes del ministerio público son, por un lado, partes imparciales forzosas no técnicamente principales ni secundarias, y que está justificada su intervención en todos los procesos para la salvaguarda del orden jurídico; y por otro, pueden ser partes demandantes en defensa de los intereses de la Nación o cuando piden la nulidad de los actos administrativos o la nulidad absoluta de los contratos administrativos o privados con cláusula de caducidad (artículo 127 del C.C.A.).

“Es obvio que este doble carácter tiene alcances y matices diferentes según el papel que asuma. Cuando interviene como parte imparcial (primera hipótesis) el interés de su accionar está orientado exclusivamente a la defensa del ordenamiento jurídico. Por eso entiende

¹ Esta Corporación mediante Auto de febrero 27 de 1997, hizo referencia a la condición de “*parte imparcial*” que le corresponde al Ministerio Público cuando el mismo ejerce sus funciones de intervención. Se expresó en los siguientes términos:

“Por su parte el artículo 277 de la misma Carta Constitucional atribuye al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, entre otras, las funciones de vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes; defender los intereses de la sociedad; intervenir en los procesos ante las autoridades judiciales y administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del público, o de los derechos y garantías fundamentales.

“El Ministerio Público como parte imparcial en los procesos en que según la ley ha de intervenir, velará por el estricto cumplimiento de las normas legales y constitucionales, fuere quien fuere la parte interesada que resulte favorecida con su intervención. Dicho de otra manera, en cada caso, tal funcionario optará por abogar en favor de la parte demandante o de la parte demandada, pero en todo caso conforme a la legalidad” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de febrero 27 de 1997. Expediente 12.679.

² Artículo 35 de la Ley 446 de 1998.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 14 de 1993. Expediente 6995.

que puede conceptuar aun contra los intereses de la entidad pública involucrada como parte principal dentro del proceso.

“En cambio, cuando formula una demanda, procesalmente su accionar no difiere del que cumple cualquier demandante dentro del proceso”.

Así pues, de conformidad con el artículo 127 del Código Contencioso Administrativo, cuando se dice que el Ministerio Público es parte en los procesos que se tramitan ante esta Jurisdicción, ha de entenderse que tal intervención la cumple como “... *mero veedor por la “defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales”* en tanto no actúe en calidad de demandante.

Retomando el asunto, es necesario concluir que el Juez no puede suplir los vacíos que en sus actuaciones dejen los recurrentes y, por ello, mal puede adivinar o suponer las razones que pretendía esgrimir el impugnante y menos asumir de oficio el examen de todos los asuntos que en el fallo de primera instancia podrían ser objeto de reproche, de censura y de inconformidad o de cuestionamiento, como si se tratase del grado jurisdiccional de consulta, porque con ello estaría trastocando diversas figuras procesales y dándoles aplicación cuando ello no es procedente, amén de que por esa vía se alteraría el equilibrio que el Juez está obligado a mantener entre los sujetos en contienda y, naturalmente, por esa vía podría resultar lesionando gravemente el debido proceso en perjuicio de alguna de las partes de la litis.

Por si fuera poco, dicho recurso de apelación impetrado por el Ministerio Público resulta abiertamente contrario al concepto que posteriormente presentó el mismo Ministerio Público ante el Consejo de Estado, toda vez que en esta instancia consideró que se debía confirmar *la sentencia apelada en cuanto anuló el convenio interadministrativo demandado*, mientras que en el recurso interpuesto se solicitó la revocatoria de la sentencia, razón por la cual se procede a reafirmar lo dicho por la Sala en octubre 16 de 2007, a través de la Sentencia radicada con el número 16.647⁴:

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de Octubre de 2007, expediente 16.647.

“Como se observa, las actuaciones adelantadas por los Agentes de una misma y única institución, esto es del Ministerio Público, en las diferentes instancias del proceso, resultan abiertamente contradictorias y opuestas entre sí, cuestión que no puede pasar inadvertida para la Sala.

“Al respecto conviene precisar que la función de intervención en los procesos y ante las autoridades judiciales, que el numeral 7º del artículo 277 de la Carta Política consagra a favor del Ministerio Público, está radicada en cabeza de una sola y única autoridad: el Procurador General de la Nación, quien por virtud de esa misma norma suprema se encuentra facultado para ejercer tales atribuciones “... por sí o por medio de sus delegados y agentes”.

*“Lo anterior evidencia, en consecuencia, que se trata de una intervención de carácter institucional, razón por la cual los Agentes del **Ministerio Público** que sucesivamente participen en un mismo proceso, han de hacerlo en forma unívoca y coordinada, pues esa función y su ejercicio no pueden entenderse “a título personal”, sino que, muy por el contrario, ha sido consagrada expresamente en la Constitución Política en cabeza del Supremo Director (artículo 275 C.P.), de una misma y única institución, jerárquicamente organizada.*

*“Así pues, en virtud del principio constitucional de coordinación –para cuya comprensión resulta suficientemente ilustrativo el desarrollo legal consignado en el artículo 6º de la Ley 489 de 1998-, las autoridades (incluidas las del **Ministerio Público**) “deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales”.*

“Este principio ha de orientar las funciones de intervención atribuidas al Procurador General de la Nación, independientemente de que el ejercicio de las mismas se realice en forma directa por él mismo o a través de sus Delegados o Agentes, tal como en reiteradas oportunidades lo ha puesto de presente la Corte Constitucional, según lo evidencian los pronunciamientos en los cuales esa Corporación puntualizó:

“La suprema dirección del Ministerio Público en cabeza del Procurador General de la Nación necesariamente implica que los diferentes órganos y funcionarios que lo conforman se encuentran articulados y subordinados orgánica, funcional y técnicamente a dicha institución y concretamente al referido funcionario, quien orienta, dirige y señala las directrices o pautas generales que deben ser observadas por los referidos órganos a efecto de asegurar la coordinación de las funciones y la unidad en las correspondientes acciones y decisiones”⁵.

“Es lógico que todos los funcionarios llamados a ejercer las funciones asignadas al Ministerio Público deban estar coordinados entre sí y esa coordinación, de acuerdo con la

⁵ “Corte Constitucional, sentencia C-245 de 1995.”.Cita original del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de Octubre de 2007, expediente 16.647.

preceptiva constitucional, se construye a partir de la estructura jerarquizada de la Procuraduría y de la unidad de mando que se radica en cabeza del Procurador General de la Nación que es “el supremo director del Ministerio Público” y que ejerce sus funciones “por sí o por medio de sus delegados o agentes” (CP arts. 275 y 277).

“.....

“De ahí que los delegados y agentes del Procurador actúen en su representación y que además de las funciones que les asigne la ley, cumplan las que siendo propias del Jefe del Ministerio Público, a quien están subordinados, les sean delegadas por éste”⁶.

“En el mismo sentido, la Corte Constitucional volvió sobre esa materia para efectos de puntualizar:

“Esta Corporación ha señalado que el Ministerio Público es un órgano de control autónomo cuya dirección suprema corresponde al Procurador General de la Nación. Esta dirección del Procurador, así como el hecho de que éste ejerza sus funciones constitucionales, por sí o por medio de sus agentes o delegados, implica que la Procuraduría tiene una estructura jerarquizada y una unidad de mando.

“.....

“Esta estructura jerárquica no impide que la ley atribuya una cierta autonomía a los delegados y agentes del Procurador, pero esta autonomía es relativa, ya que estos funcionarios actúan en representación del Procurador y ejercen atribuciones que en principio están en cabeza del jefe del Ministerio Público”⁷.

“De manera que las actuaciones de los Procuradores Judiciales en primera instancia y de los Procuradores Delegados ante la segunda instancia, debe ser coordinada en virtud de los fines de la institución que representan y, por ello, hace un llamado al Ministerio Público para que encauce sus esfuerzos en esa dirección evitando así que sus actuaciones resulten generadoras de un desgaste innecesario de la Jurisdicción.

“En circunstancias diferentes, esto es si actuaciones contradictorias como las que aquí se han destacado se radicaren en cabeza de una de las específicas partes del proceso –demandante o demandado–, y no del Ministerio Público, tal proceder podría llegar a interpretarse incluso

⁶ “Corte Constitucional, sentencia C-569 de 1997.”. Cita original del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de Octubre de 2007, expediente 16.647.

⁷ “Corte Constitucional, sentencia C-399 de 1995.”. Cita original del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de Octubre de 2007, expediente 16.647.

como un desistimiento –al menos tácito–, de la actuación, de la pretensión o de la solicitud correspondiente que inicialmente se hubiere formulado pero que posteriormente el mismo peticionario solicita rechazar o desestimar, alcance que no le será atribuido en esta oportunidad a la situación que aquí se examina, porque estima la Sala que el Ministerio Público carece de facultades para desistir en un proceso contencioso administrativo en cuanto no es el titular de los intereses en cuya defensa actúa, como quiera que los mismos forman parte del interés general y superior puesto que únicamente pueden responder, en los términos del citado numeral 7 del artículo 277 constitucional, a la “... defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales”.

“Lo anterior permite concluir que el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público debe ser objeto de pronunciamiento de la Sala.”

*“Así pues, aunque por las razones antes expuestas la Sala no examinará y decidirá de fondo el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el **Ministerio Público**, no puede dejar de destacarse la grave incongruencia y la evidente contradicción que afecta la actuación impulsada por esa institución, la cual genera un derroche injustificado de Jurisdicción, puesto que no resulta admisible y ni siquiera explicable que sea el **Ministerio Público** el que interponga o formule un recurso para ante el Consejo de Estado pero que, de manera sorprendente y paradójica, sea el propio **Ministerio Público** el que a la vez, mediante una actuación posterior dentro del mismo proceso, le pida al Consejo de Estado que desestime las pretensiones del recurso que esa misma institución formuló, que no acoja sus súplicas y que, por tanto, proceda a fallarlo de manera desfavorable.”*

2. Competencia del Consejo de Estado.

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, teniendo en cuenta que el DEPARTAMENTO DE CASANARE es una entidad estatal con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente y, también, es del conocimiento de esta Corporación por cuanto la Ley 80 de 1993 en su artículo 75⁸ prescribe, expresamente, que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

⁸ 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.”

3. Hechos probados.

3.1. Autorización de la Asamblea Departamental.

Mediante la Ordenanza número 042 del 7 de abril de 1.995, la Asamblea del Departamento de Casanare autorizó al Gobernador para la utilización de un cupo de endeudamiento, con destinación específica y, además, lo facultó para celebrar los contratos necesarios para el desarrollo de los proyectos a realizar con el crédito autorizado (folios 18 y ss. cuaderno principal). Se dispuso en ese acto:

"POR MEDIO DE LA CUAL SE AUTORIZA AL SEÑOR GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE CASANARE PARA UTILIZAR UN CUPO DE ENDEUDAMIENTO, CON DESTINO A INVERSIÓN SOCIAL EN SERVICIOS PÚBLICOS, EDUCACIÓN Y SALUD, Y OBRAS DE INFRAESTRUCTURA VIAL Y ELÉCTRICA.

"ARTICULO PRIMERO: Autorízase al Gobernador de Casanare para utilizar un cupo de endeudamiento hasta por la suma de CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$49.800'000.000,00).

"ARTICULO TRECERO: El crédito tendrá como fin adelantar las siguientes inversiones en las cuantías que se señalan, así:

"...15. Compra, operación y mantenimiento de maquinaria y equipos para la Secretaria de Obras Públicas con destino a los Distritos de Desarrollo Departamental.....\$ 10.000'000.000.00.

"...PARÁGRAFO SEGUNDO: La adjudicación de los proyectos que por esta Ordenanza se autorizan, se hará mediante licitación y audiencia pública, de conformidad con el Estatuto de Contratación Nacional vigente.... "

3.2. El contrato celebrado.

Invocando como fundamento la Ordenanza 042 de 1995, el Gobernador del Departamento celebró directamente con la Cooperativa Integral de Colombia COINCO LTDA., el convenio interadministrativo 056 de 1995, bajo el título de "CONVENIO INTERADMINISTRATIVO DE MANDATO No. 056/95", no obstante que en su objeto hizo alusión al tipo contractual de suministro, en los siguientes términos:

"PRIMERA. OBJETO.- En desarrollo del presente Convenio Interadministrativo de mandato EL CONTRATISTA se obliga para con el

contratante a suministrar maquinaria pesada y equipos.”

Los bienes o los servicios que la Cooperativa debía "suministrar" al Departamento no fueron concretamente determinados, comoquiera que ni en la cláusula referente al objeto, ni en la segunda titulada *ESPECIFICACIONES*, se precisaron exactamente sus características técnicas o de calidad. Así se expresó esta última cláusula:

“La maquinaria pesada y equipos, que se determinan en la cláusula anterior se ceñirán a las siguientes especificaciones mínimas: 17 tractores sobre oruga, 2 excavadoras sobre orugas, 14 motoniveladoras, 15 retroexcavadoras, 3 vibrocompactadores, 43 volquetas diesel, 19 camperos.”

El valor del convenio se estableció así:

“Para todos los efectos legales y fiscales, las partes han fijado el valor del presente convenio en la suma de DIEZ MIL MILLONES DE PESOS (\$10.000'000.000.00) MICTE., valor que incluye transportes.”

El 27 de noviembre de 1.995 se suscribió un otrosí al convenio para aclarar, entre otras, la cláusula primera, insistiendo en la tipificación del contrato, como de mandato sin representación, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA PRIMERA: Se aclaran los considerandos y el clausulado del presente convenio en el sentido de que se trata de un Mandato sin Representación, por tanto los negocios jurídicos que celebre EL CONTRATISTA con terceros producen consecuencias entre éstos y aquél. PARÁGRAFO: Es obligación del CONTRATISTA transferirle al CONTRATANTE todo el beneficio que obtenga de los negocios encomendados... ”

3. 3. Las partes del convenio interadministrativo 056 de 1995.

El convenio demandado fue celebrado entre dos entidades estatales, de un lado el Departamento de Casanare, entidad estatal descentralizada territorialmente y, de otro, una cooperativa conformada por entidades estatales⁹ que a su vez tiene el carácter de entidad estatal, de conformidad

⁹ El artículo 1 de los estatutos de COINCO LTDA., determina que es requisito para ser asociado a la Cooperativa “ser entidad de derecho público de las indicadas en el Decreto 1482 de 1989 y normas concordantes.”

con lo preceptuado por el párrafo del artículo 2 de la Ley 80 expedida en el año de 1.993; en efecto, la contratista Cooperativa Interregional de Colombia Ltda., COINCO LTDA., es una cooperativa conformada por los Departamentos del Meta, Casanare, Amazonas, Putumayo, Arauca, Vaupés, San Andrés y Providencia y, Vichada, cuyo objeto, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, es el siguiente (folio 38 cuaderno principal):

“EN DESARROLLO DEL ACUERDO COOPERATIVO COINCO LIMITADA TIENE COMO OBJETIVO GENERAL, PRESTAR SERVICIOS A SUS ASOCIADOS Y AL PUBLICO EN GENERAL PARA LOGRAR EL DESARROLLO ECONOMICO Y SOCIAL DE LOS MISMOS EN CUYO PROPOSITO PODRÁ ASESORAR, ADMINISTRAR, GESTIONAR, EJECUTAR PLANES, PROGRAMAS, PROYECTOS Y ACCIONES DE AREAS QUE LO REQUIERAN, VELANDO PRINCIPALMENTE POR EL PROGRESO INTEGRAL DE SUS ASOCIADOS, DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS Y DE LAS ZONAS DE FRONTERAS.”

4. El objeto de los contratos.

Para que pueda predicarse la existencia de un acto jurídico o de un contrato no es suficiente con cualquier manifestación de voluntad, sino que es preciso que el agente o los agentes involucrados hagan referencia a un objeto jurídico consistente en la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas.

El Código Civil Colombiano (artículos 1502, 1517, 1518, 1523) incluye al objeto dentro de los elementos constitutivos del contrato:

- i) El artículo 1502 exige que todo acto o declaración de voluntad recaiga sobre un objeto lícito;
- ii) En el artículo 1517 se determina que *"toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer"*¹⁰;

¹⁰ *“La lectura de este texto legal demuestra que en su redacción se incurrió en la impropiedad de la doctrina tradicional y de la legislación francesa, las cuales confunden el objeto de las obligaciones provenientes de los contratos con el objeto de éstos: dar, hacer o no hacer algo es el objeto de las obligaciones. De suerte que, solamente por elipsis e incurriendo en inexactitud, el citado artículo 1517 atribuye a los actos jurídicos el objeto*

iii) De conformidad con el artículo 1518 *“no solamente las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan...”*¹¹;

iv) Preceptúa el artículo 1523 que *“hay asimismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes”*¹²;

Así mismo para que el objeto del contrato o prestación contractual tenga plena eficacia jurídica se exige: a. que sea lícito¹³; b. que exista al momento de celebrarse el contrato o que el mismo sea posible¹⁴ y c. que sea determinado o determinable¹⁵.

propio de las obligaciones que de algunos de ellos se derivan. De todas maneras, con lo anteriormente dicho queda declarado que el requisito de tener todo acto jurídico un objeto lícito consiste, según este artículo, en que las prestaciones estipuladas por las partes sean lícitas, y así tales prestaciones influyen en la formación y la validez del acto.” OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2000. Pág. 238.

¹¹ *“según este artículo, ya no se entiende que el objeto está constituido por las prestaciones propias de las obligaciones provenientes del acto jurídico, sino por las cosas que son materia de tales prestaciones y de la operación jurídica que el acto tiende a realizar. En este sentido y haciendo entonces una elipsis de segundo grado, se dice que la casa o el caballo materia de un contrato de compraventa es el objeto de dicho contrato”.* OSPINA FERNANDEZ y OSPINA ACOSTA. Op. Cit. Pág. 238

¹² *“Dicha tercera acepción legal [se refiere al artículo 1523 del C.C.], que tan repugnante se muestra desde el punto de vista lógico, encuentra su explicación en el propósito de someter al control jurisdiccional aquellos actos que siendo lícitos en sus prestaciones y en la finalidad que persiguen, son actos ilícitos en su conjunto. Por ejemplo, la convención en cuya virtud una persona se obliga a pagar a otra una suma de dinero para que esta se abstenga, a su vez, de realizar un hecho ilícito, v. gr., de cometer un homicidio, es un acto jurídico lícito en sus prestaciones aisladamente consideradas, porque pagar una suma de dinero y no cometer un crimen son prestaciones del todo conformes a la ley, al orden público y a las buenas costumbres. De la propia manera, la finalidad a que apunta dicha convención no es ilícita, porque con ella se trata precisamente de asegurar el respeto al orden jurídico y moral de la sociedad. Sin embargo, es contrario a las buenas costumbres el aseguramiento del orden jurídico y moral mediante el pago de dinero a las personas obligadas a respetarlo, lo que le imprime un sello de ilicitud al conjunto de la negociación”.* OSPINA FERNANDEZ y OSPINA ACOSTA. Op. Cit. Pág. 238.

¹³ Código Civil. Artículo 1502-3. *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. Que consienta en dicho acto o declaración de voluntad y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita”.*
[...]

¹⁴ Código Civil. Artículos 1517 y 1518.

¹⁵ Código Civil. Artículo 1518. Sobre los requisitos que se exigen para que pueda hablarse propiamente de objeto contractual existe véase: [ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo](#), [SOMARRIVA U. Manuel](#) Y [VODANOVIC H., Antonio](#). Tratado de las obligaciones. V. I.

De esta manera la existencia de los actos jurídicos se encuentra atada a la existencia, bien sea real o potencial, de sus prestaciones y de aquellas cosas a las cuales se refieren, que si bien pueden faltar al momento de la celebración de tales actos, es menester que ellas sean posibles “*solo que en este caso el acto respectivo se entiende celebrado sub condicione: si el objeto así entendido llega a existir, el acto también existirá y producirá sus efectos; pero si el objeto es o se hace imposible, el acto se reputará como no celebrado y, por tanto, no producirá efecto alguno.*”¹⁶

La posibilidad del objeto debe ser entendida tanto en sentido físico o material, como jurídico. Se considera que el objeto del contrato es posible, desde el punto de vista físico o material, cuando es, en abstracto, susceptible de realización¹⁷; a la posibilidad del objeto hace referencia expresa el artículo 1518 del Código Civil.¹⁸

Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2001. Pág. 1175. BIANCA, Massimo C. Derecho civil. El contrato. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007. Págs. 337 y ss. HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Págs. 107 y ss. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2000. Págs. 237 y ss.

¹⁶ OSPINA FERNANDEZ y OSPINA ACOSTA. Op.Cit. Pág. 239

¹⁷ “(...) el juicio de posibilidad, precisamente, no se refiere a la aptitud concreta de las partes de absolver el compromiso adquirido, sino a la posibilidad de realizar, en abstracto, ese compromiso, así sea haciendo un esfuerzo diligente superior al normal.

“Cuando el compromiso es posible, en abstracto, el contrato es válido, aun cuando la parte, de hecho, no tenga los medios para cumplir. En este caso la ineptitud de la parte se traducirá en incumplimiento de la prestación.” BIANCA, Massimo C. Derecho civil. El contrato. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007. Pág. 344.

¹⁸ “Lo primero que tenemos que notar al respecto es que el citado artículo 1518, incurriendo en casuismo, no exige expresamente la posibilidad del objeto sino en relación con las prestaciones de hacer. ‘Si el objeto es un hecho —dice— es necesario que sea física y moralmente posible’. Pero es claro que tal requisito siempre es necesario, cualquiera que sea la especie a que pertenezcan las prestaciones producidas por el acto, porque, como ya quedó dicho, siendo el objeto un elemento esencial de todo acto jurídico, queda entendido que dicho objeto debe ser posible; si no lo es, no hay objeto, porque lo imposible no existe ni puede existir. Por consiguiente, si el acto versa sobre obligación de dar cosa contraria a las leyes de la naturaleza, v. gr., un ser mítico, como un hipocentauro, o una cosa perecida con anterioridad a la celebración de aquel, la dación es imposible y el acto carece de objeto. Y lo propio sucede respecto de las prestaciones de hacer y de no hacer: si una persona promete tocar el cielo con la mano o no volver a respirar en un mes, se obliga a lo imposible y semejante acto carece de objeto (ad impossibilium nulla obligatio est). En conclusión: no pudiendo existir prestaciones imposibles, cualquiera que sea su naturaleza, los actos jurídicos respectivos no pueden existir cuando las prestaciones que producen se refieren a daciones, hechos o abstenciones imposibles.” OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA. Op. Cit. Pág. 239.

Ahora bien, para que la imposibilidad del objeto incida sobre la existencia de los actos jurídicos, ésta debe ser absoluta *-erga omnes-* y permanente, insubsanable con el transcurso del tiempo.

La determinación del objeto dice relación con la necesidad de que la prestación o prestaciones estipuladas por los agentes involucrados en un acto jurídico deben sean lo suficientemente claras y precisas como para permitirles conocer con exactitud a qué se obligan las partes y qué pueden exigir, bien sea que se trate de prestaciones de hacer o de dar¹⁹; el acuerdo de voluntades debe contener las suficientes indicaciones que posibiliten que las relaciones contractuales sean determinadas o determinables, sin perjuicio de que tal determinación pueda ser directa o indirecta, es decir, establecida directamente por las partes o referida a la determinación de factores externos²⁰.

¹⁹ *“Cuando se trata de prestaciones que consistan en ejecutar un hecho o en cumplir una abstención, la determinación del objeto se debe realizar mediante la expresión clara del hecho positivo o negativo, según el caso, con indicación de la extensión del mismo hecho, bien sea en forma expresa, bien sea por medio de datos suficientes para establecerla. Así, si una persona se obliga contractualmente a realizar un trabajo de contabilidad, además de la indicación de la naturaleza de éste, es preciso que se estipulen sus términos y condiciones para que el acreedor sepa qué puede exigir al contabilista y para que este conozca qué es lo que debe hacer. Dicha determinación puede verificarse diciendo, por ejemplo, ‘A se obliga a trabajar dos horas diarias en las cuentas del establecimiento mercantil de B’. De esta suerte queda expresamente fijado el objeto de la obligación. Pero si el contrato contiene datos suficientes para inferir dicha extensión, como cuando se estipula que ‘A se obliga a llevar las cuentas del establecimiento mercantil de B’, tampoco se peca por falta de determinación del objeto, porque una cláusula semejante a esta permite inferir sin duda que el trabajo de A debe tener la extensión necesaria para que las cuentas por llevar marchen en debida forma.”*

“LA DETERMINACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE DAR Y DE ENTREGAR. La cuestión es más compleja tratándose de estas clases de prestaciones, porque la respectiva determinación del objeto no solamente implica la determinación de la naturaleza misma de la prestación por realizar (dación o simple entrega), sino que también requiere, por mandato de la ley, que la cosa materia de dicha prestación se encuentre claramente determinada en cuanto a su naturaleza y en cuanto a su cantidad.” OSPINA FERNANDEZ y OSPINA ACOSTA. Op. Cit. Pág. 241.

²⁰ *“De la relación contractual se puede decir que es determinable cuando los criterios convencionales y legales permiten fijar el contenido. La determinabilidad de la relación contractual, dejada a elementos externos al acuerdo, no puede, sin embargo, ser total, pues el núcleo esencial de la relación contractual exige que él se establezca directamente por las partes. A este respecto es necesario poner de presente que el requisito de la determinación o de la determinabilidad del objeto expresa una exigencia elemental de concreción del acto contractual, esto es, la exigencia de que las partes sepan fundamentalmente cuál es el compromiso que asumen. No basta pues que el contrato indique los criterios para la determinación de la relación, es necesario que resulte la causa y que resulte también la naturaleza de las prestaciones principales. En relación con los derechos futuros es necesario además que haya una determinación actual, que surja de la especificación de su entidad o su título o de las operaciones a las que ellos se refieren (se considera indeterminada, por ej.,*

Tratándose de obligaciones de dar, es indispensable que se determine en forma precisa la naturaleza de las cosas que son objeto de la prestación; en un acto jurídico no puede expresarse que el deudor debe entregar “*cualquier cosa*” por cuanto el deudor de la obligación podría liberarse con el pago de cosas sin valor o interés para el acreedor, pues “*una declaración concebida en semejantes términos destruye completamente el vínculo obligatorio*”.²¹

La determinación de las cosas que son objeto de una obligación admite diversos grados de intensidad y de precisión, los cuales pueden ir desde la perfecta individualización hasta su sola indicación genérica, al punto que ello permite distinguir entre las *obligaciones de especie o cuerpo cierto*²² y las *obligaciones de género*²³. En las primeras se señala el objeto por sus

la cesión que una parte haga de todos sus créditos futuros.” BIANCA, Massimo C. Op. Cit. Pág. 348.

²¹ OSPINA FERNANDEZ y OSPINA ACOSTA. Op. Cit. Pág. 242.

²² La obligación de especie o cuerpo cierto es aquella cuyo objeto se encuentra perfectamente individualizado, a manera de ejemplo, la obligación de entregar el caballo Palomo. De acuerdo con el artículo 1627 del C.C., en las obligaciones de cuerpo cierto el acreedor no puede exigir ni el deudor pagar cosa distinta de la constitutiva de la prestación, por cuanto fue precisamente a esa a la cual se encaminó la voluntad de las partes al celebrar el contrato.

²³ De conformidad con el artículo 1565 del Código Civil, las obligaciones de género son aquellas “*en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado*”.

La Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente sobre las obligaciones de género (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de julio 30 de 2008. Exp: 01458-01. M. P. William Namén Vargas):

“Caracteriza al género su determinación por su número, clase, peso, cuenta o medida ‘con relación a la categoría a la cual pertenece un determinado objeto’ (LONGO, Dir. rom., Dir. delle obbl. I, cit., p. 23), es decir, su naturaleza fungible, sustituible e intercambiable y, por tanto, su homogeneidad, debiéndose ‘indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado’ (artículo 1565 C.C. Sala de Negocios Generales, sentencia 6 de febrero de 1936, XLIII, 277).”

En cuanto las obligaciones de género son aquellas en las cuales se debe en forma indeterminada una prestación de una clase o género determinado, resulta difícil concebir que se tornen físicamente imposibles de cumplir. El tratadista René ABELIUK MANASEVICH, en su texto “Las obligaciones” (T. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2001. Pág. 335) se ha referido al objeto en las obligaciones de género, en los siguientes términos:

“(…) ‘obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado’.(…) Como se advierte, no es que en las obligaciones de género exista absoluta indeterminación, porque ello se traduciría en la ausencia de objeto, y nulidad absoluta de la obligación. Y así, no podría deberse un animal, un árbol, etc. El género debe estar determinado, y además la cantidad del mismo que se debe, y así si se dijera que se debe trigo sin señalar la cuantía, podría pretenderse cumplir la obligación

caracteres individuales que lo hacen inconfundible con otros de la misma especie; en las segundas, la determinación del objeto se hace por el género determinado al cual éste pertenece²⁴.

Ahora bien, la posibilidad expresamente contemplada en el ordenamiento positivo vigente, consistente en que las partes de un contrato puedan convenir válidamente obligaciones de género no excluye la necesidad imperativa de que tales obligaciones se encuentren perfectamente determinadas –no en el sentido de individualizar con tanto detalle las características del objeto material sobre el cual recaiga la manifestación de voluntad, al punto de convertirla en obligación de cuerpo cierto-, puesto que la vaguedad, la amplitud, la imprecisión o, si se quiere, la indeterminación del objeto puede afectar la existencia misma de la obligación pretendida, en cuanto las partes no logren tener claridad acerca del contenido de sus prestaciones y derechos, al punto de no poder alcanzar certeza en relación con aquello que deben cumplir con exactitud y/o con aquello que podrán exigirle a su co-contratante.

entregando un grano del mismo. Por ello no es enteramente correcto el precepto al hablar de "un individuo", pues pueden ser varios, con tal que se determine o sea determinable la cantidad."

²⁴ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, SOMARRIVA U. Manuel y Vodanovic H. Antonio. Tratado de las obligaciones. V. I.Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2001. Pág. 175.

Respecto de la determinación del objeto de acuerdo con la clasificación de las obligaciones como de género y de cuerpo cierto, han afirmado los profesores OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, lo siguiente:

*"Esta clasificación de las obligaciones y prestaciones, consagrada por la ley colombiana y que obedece a indiscutibles razones de utilidad práctica, no permite que se establezca una forma única para la determinación de las cosas que son materia de los actos jurídicos, por ejemplo, que se establezca que dichas cosas deban estar siempre determinadas con la máxima exactitud, o sea, como individuos o cuerpos ciertos. Por esto, el artículo 1518 del Código Civil se limita a exigir que las cosas estén determinadas en cuanto a su género. **Pero hay que advertir que, aunque el acto solamente se refiera a cosas de género, estas no pueden ser dudosas.** De suerte que la expresión género empleada por el texto legal, debe ser entendida siempre en el sentido filosófico de género próximo. De no ser así, podría ocurrir que no fuera posible conocer el contenido del acto jurídico ni estimar su valor económico. Por ejemplo, si en la compraventa de un caballo solamente se hablara de "un animal" o de un mamífero", el objeto quedaría indeterminado, a pesar de que el caballo pertenece efectivamente al género animal y al más próximo de los mamíferos, a lo que se agrega que el vendedor podría liberarse de su obligación entregando al acreedor cualquier animal o cualquier mamífero, v. gr., un gato."²⁴ (Negrillas por fuera del original). OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA. Op. Cit. Pág. 242.*

Precisamente en relación con la importancia de que aun en el terreno de las obligaciones de género el objeto de las mismas se encuentre determinado en forma precisa y clara, haciendo para ello puntualizaciones significativas acerca del alcance que en materia jurídica tienen algunos vocablos o expresiones a las cuales se les pueda atribuir significado distinto en el lenguaje común o más aún en el campo de otras ciencias o disciplinas, la Corte Suprema de Justicia, ya desde el año de 1936, señaló²⁵:

*“En el lenguaje de los juriconsultos y de nuestro código, género es lo que los filósofos llaman especie, por ejemplo un caballo, un vestido; y especie es para los juriconsultos y nuestro código, lo que los filósofos llaman individuo, por ejemplo, el vestido negro, el caballo blanco. Cantidad en el lenguaje de nuestro código viene a ser el género señalado por un número, como diez vacas. **De modo que no habría objeto en un contrato si el deudor se obligase a entregar una cosa señalada únicamente por el género; es necesario que ésta esté determinada, por su especie, que viene a ser una limitación del género, limitación que debe ser precisa porque así, aún cuando el deudor tiene cierta amplitud para el cumplimiento de su obligación, existen sin embargo, ciertas reglas legales que permiten la determinación. Pero además de la fijación del género es indispensable saber la cantidad para que haya objeto del contrato: las cosas indeterminadas de clase determinada deben designarse por su número, peso o medida. Así, la obligación carecería de objeto si se dice que el deudor debe caballos, sin determinar su cantidad, sin fijar reglas para determinarla.**”* (Negrillas por fuera del original).

Ahora bien, las obligaciones de género admiten una clasificación interna según su nivel de determinación; así, la obligación de género cuyo objeto tiene un nivel de determinación muy amplio es denominada por la doctrina *genérica corriente u ordinaria (generis generalissimi)*²⁶, la cual se presenta cuando no existe elemento alguno que adjetive o califique el objeto material de la obligación, v. gr. X se ha obligado a dar a Y un caballo, sin especificar su raza, color, procedencia o tamaño, frente a lo cual Y podría recibir cualquier tipo de figura que se denomine caballo, sin importar si es de juego, de carga o de carreras; igualmente están las obligaciones de *género delimitado (generis subalterni, aut generis limitati)*²⁷ en las cuales se presenta

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de febrero 6 de 1936. G.J. XLIII, 277.

²⁶ POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las obligaciones. Buenos Aires: Editorial Heliasta. 1993. Pág, 171.

²⁷ POTHIER. Op, cit. 171. En igual sentido: LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. T. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1958. Pág, 165.

un nivel de determinación más cerrado, pues el género aparece adjetivado o calificado, v. gr. X se obliga a dar a Y el automotor de determinadas características.

Sobre los principales efectos de las obligaciones de género corriente u ordinario y de género delimitado, la doctrina ha dicho lo siguiente²⁸:

“La importancia de distinguir entre la obligación de género corriente y la de género limitado consiste en que muchas normas de las primeras no son aplicables a las segundas. Por ejemplo, la pérdida de la cosa por caso fortuito no es un modo de extinguir las obligaciones genéricas, sino las de especie o cuerpo cierto (artículo 1670); sin embargo, resulta evidente que si perecen por caso fortuito todas las cosas del género delimitado, la obligación del deudor se extingue como si se tratara de la deuda de un cuerpo cierto. Si por epidemia mueren todos los caballos del fundo X, la obligación que tenía el deudor de entregar diez de ellos, se extingue.

“Sabido es que en las obligaciones genéricas hay que elegir las cosas con las que se va a pagar (...). Pero no necesita ninguna explicación el afirmar que en las obligaciones de género delimitado, la elección debe circunscribirse a éste; las cosas que deben darse o entregarse son las que caben en ese marco.

“En la práctica suele presentar dificultades esta distinción teóricamente tan clara entre obligación genérica ordinaria y obligación genérica delimitada. El antiguo Tribunal Supremo de Justicia alemán resolvió un caso interesante. Un agricultor se comprometió a entregar diariamente cierta cantidad de leche a un negocio que se dedicaba a su expendio. Sobrevino una epizootia y los animales no alcanzaron a proporcionar siquiera dicha cantidad. El comerciante presentó demanda y sostuvo que el agricultor debía cumplir su obligación íntegra, adquiriendo el déficit propio en el mercado libre. El tribunal vio en la especie una obligación de género delimitado que, según el sentido del contrato, comprometía al vendedor a entregar la leche producida en su explotación, de existencias limitadas, y rechazó la pretensión del demandante de extender a cualquier leche el género objeto de la prestación debida.”²⁹

Así pues, es necesario tener presente que al determinar el objeto, cuando éste hace referencia a la dación o a la entrega de especies o de cuerpos ciertos, es preciso *individualizarlos* de forma tal que no sea posible confundirlos con otros de la misma especie; más si las cosas sobre las

²⁸ ALESSANDRI RODRIGUEZ. Op, cit. pág 178-179.

²⁹ Larenz, ob. cit., tomo I, página 166

cuales recae la manifestación de voluntad son de género, deberán determinarse con la mayor claridad y concreción mediante la enunciación del *género más próximo* al cual pertenezcan.

En cuanto a la determinación de la cantidad, ésta podrá realizarse en el respectivo acto o mediante *“un guarismo o en forma equivalente: cien hectolitros de trigo, doce botellas de vino”*. El mencionado artículo 1518 del Código Civil establece que *“La cantidad puede ser incierta, con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla”*.³⁰

De acuerdo con la legislación civil colombiana, la licitud del objeto dice relación directa con el imperativo de que tanto los actos jurídicos como sus prestaciones estén de acuerdo con la ley, el orden público y las buenas costumbres; la ilicitud, por el contrario, permite inferir que los actos o las prestaciones correspondientes han de estar en contradicción con aquellos (artículos 1518 del Código Civil y 104 del Código de Comercio).³¹ La ilicitud será apreciada, valorada y decidida por el juez en cada caso concreto.

En tanto el objeto es un elemento esencial de los actos jurídicos, su falta, bien sea por imposibilidad o por indeterminación, acarrea la *inexistencia* del respectivo acto, en el último evento porque no será posible saber en qué consiste, lo cual se desprende de la aplicación de los principios generales sobre la formación de los actos jurídicos, consagrados por el Código Civil; cuando el objeto, a pesar de ser posible y estar determinado, presenta una

³⁰ OSPINA FERNANDEZ y OSPINA ACOSTA. Op. Cit. Pág. 243

³¹ *“En virtud del postulado de la autonomía de la voluntad privada, que desempeña papel muy principal en nuestro sistema legal, los particulares están autorizados para arreglar por sí mismos gran parte de sus relaciones mediante el otorgamiento de actos jurídicos y, especialmente, mediante la celebración de contratos. Pero esta autonomía de la voluntad privada está limitada por el interés general de la sociedad, ante el cual deben ceder siempre los intereses particulares. El Código Civil colombiano trata de mantener tal límite, condenando los actos jurídicos que en sus prestaciones aisladamente consideradas, o en su conjunto, o en su fin, sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Para el efecto, dicha obra legislativa consagra las instituciones del objeto ilícito y de la causa ilícita, sancionadas ambas con la nulidad absoluta. Así, en este sistema positivo se dice que un acto jurídico tiene objeto ilícito cuando sus prestaciones aisladas (art. 1518) o su conjunto (art. 1523) son contrarias al orden público o a las buenas costumbres; y se dice que tiene causa ilícita cuando la contravención a estos últimos tiene lugar en razón de la finalidad perseguida por los agentes (art. 1524).”*. OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA. Op. Cit. Pág. 244.

ilicitud, se sanciona con la nulidad absoluta, en tanto el acto jurídico sí existe pero se encuentra viciado (artículo 1741 C. C. y artículo 104 del C. de Co.).

El objeto de los contratos estatales.

Los aspectos examinados respecto del objeto de los contratos también son válidos para los contratos que celebra el Estado, dado que al régimen de los contratos estatales se integran también aquellas reglas del Derecho Privado que hacen referencia a aspectos no previstos en el estatuto de contratación estatal; los artículos 13 y 40 de la Ley 80, proferida en el año de 1993, establecen que los contratos estatales se rigen por las disposiciones contenidas en dicho estatuto y por aquellas regulaciones comerciales y civiles en los asuntos no previstos de manera especial por la propia Ley 80, al tiempo que faculta a las entidades estatales para celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y que se requieran para el cumplimiento de los fines estatales.

Por su parte, el Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, establece en su artículo 8° que en las materias no reguladas por la ley "se aplicará la legislación comercial cuando el contrato tenga el carácter de mercantil de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 20, 21 y 22 del Código de Comercio. En caso contrario se aplicará la legislación civil".

La Corte Constitucional ha hecho referencia a las normas aplicables a los contratos estatales, en los siguientes términos³²:

"(...) el régimen de contratación del Estado no se nutre únicamente de las orientaciones normativas que sobre la materia aparecen desarrolladas en los Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que integra a este régimen aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, que para el Derecho Administrativo son de gran importancia y trascendencia en cuanto que, como ya se explicó, cumplen el objetivo de trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular.

³² Corte Constitucional. Sentencia C- 892 de 22 de agosto de 2001, M.P Rodrigo Escobar Gil.

“Así las cosas, se tiene que los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales son: (i) el principio de la autonomía de voluntad, en virtud del cual la Administración pública está en capacidad de celebrar todos los contratos que resulten necesarios para satisfacer los intereses de la comunidad; (ii) el principio de la prevalencia del interés público, que le reconoce a la Administración una prerrogativa especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad; (iii) el principio de la reciprocidad de prestaciones, según el cual, lo importante y relevante en el régimen de contratación es la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, y no la mera equivalencia formal y subjetiva con la que se llega a la simple satisfacción de los intereses individuales considerados por las partes cuando se formalizó el contrato; y, finalmente, (iv) el principio de la buena fe, que obliga a la Administración Pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos.”

Por su parte la Jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que a los contratos estatales les son aplicables tanto reglas propias del Derecho Público como las que aquel integra del Derecho Privado, según los siguientes términos³³:

“El estatuto contractual reconoce e incorpora regímenes provenientes de otras áreas diferentes del derecho público, como son el derecho civil y comercial o de naturaleza especial, e igualmente lo pactado en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes contratantes, siempre y cuando no vayan contra ley o derecho ajeno.”

“Sin menoscabo del interés público y de los fines estatales que todo acto contractual está llamado a cumplir, razón por la cual la entidad contratante está investida de una posición especial y privilegiada en la relación contractual, el contrato estatal es en esencia una institución que se inscribe dentro de los negocios jurídicos bilaterales: éstos se constituyen en fuentes generadoras de derechos y obligaciones, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes para obligarse recíprocamente. Por esta razón le son aplicables principios y regulaciones provenientes del derecho privado, siempre y cuando no entren en contradicción con el régimen público”.

Ahora bien, en virtud de la mencionada integración de reglas del Derecho Privado al Estatuto de la Contratación Estatal, es necesario tener presente que la aplicación e interpretación de aquellas debe hacerse a la luz de los

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de agosto 20 de 1998. Rad. 14202 C.P. Juan de Dios Montes. En el mismo sentido ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de octubre de 2005. Rad. 14579. C. P Germán Rodríguez Villamizar.

finés propios de la contratación pública, de sus principios y de sus métodos de interpretación a los cuales se refieren algunas disposiciones de la Ley 80, como por ejemplo los artículos 3, 23, 26 y 28, cuyo tenor literal se transcribe a continuación:

“Artículo 3º (modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) - *De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.*

“Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales, que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”

“Artículo 23º.- *De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”*

“Artículo 26º.- *Del Principio de Responsabilidad. En virtud de este principio:*

“1o. *Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.*

“4o. *Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.*

“Artículo 28º.- *De la Interpretación de las Reglas Contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.”*

También importa destacar que los artículos 32 y 40 de la Ley 80, consagran, de manera expresa, a favor de la Administración Pública el postulado de la autonomía de la voluntad, el cual se concreta en la posibilidad de celebrar los contratos que resulten convenientes y necesarios cuyos fines, de manera genérica, se confunden con los fines del Estado.

Así pues, si bien el objeto de los contratos estatales debe ser lícito, posible y determinado, es necesario, además, que se adecue a los fines de la contratación estatal, los cuales coinciden con los fines del Estado³⁴, condición ésta que no se constituye en la causa de los contratos celebrados entre particulares, en tanto su finalidad no es la de asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la satisfacción del interés general, pero que sí debe estar presente en la estructuración de la causa de los contratos que celebra la Administración Pública.

La exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 da cuenta de la importancia que el legislador atribuye a la aplicación de los fines de la contratación y los principios de la función administrativa, en los siguientes términos³⁵:

[...] la administración pública no puede actuar sino para el cumplimiento de finalidades de interés público, para la satisfacción de las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado. Los servidores públicos, al celebrar y ejecutar un contrato deben tener siempre presente esa finalidad. Extrañas a esa intención resultan las motivaciones de índole personal, político o de cualquier otra condición que conduzcan a desdibujar las muy claras razones que determinan la contratación de los organismos del Estado. Aun cuando los organismos del Estado ejecuten actividades industriales y comerciales a semejanza de los particulares, la finalidad de interés público no puede ser ajena a ellos.”

La Corte Constitucional se ha referido a los límites de la autonomía de la voluntad, en los siguientes términos³⁶:

“El grado de autonomía está limitado frente a las reglas del derecho público en materia de contratación. Así, por ejemplo la decisión de contratar o no, no es una opción sino una necesidad del servicio. De igual modo la decisión de con quién se contrata debe corresponder a un procedimiento de selección objetivo. También el precio, plazo y condición no pueden pactarse de forma caprichosa ya que deben

³⁴ Afirma el tratadista Héctor Jorge Escola:

“Finalmente, cabe tener presente que el objeto de los contratos administrativos, como en el contrato de derecho privado, debe ser cierto, determinado y lícito, conceptos que en el ámbito administrativo adquieren mayor significación, por estar vinculados al accionar de la administración pública, sujeta a reglas propias, orientadas a la gestión final del interés público.” ESCOLA, Hector Jorge. Compendio de derecho administrativo. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1990. Pág. 621.

³⁵ BETANCUR CUARTAS, Jaime. Estatuto general de la contratación pública. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké. 1998. Págs, 126-127.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-154 de abril 18 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

ajustarse a la naturaleza y finalidad del contrato y las que resulten más convenientes para la entidad”.

La jurisprudencia de esta Corporación, al referirse a los fines y principios que orientan la actividad contractual del Estado, ha señalado³⁷:

“Todas y cada una de las competencias que se encuentran asignadas a las distintas autoridades del Estado, deben ejercerse en la forma, términos y finalidad señalados en la Constitución y la ley, que, en el caso específico de la función administrativa, al tenor de lo preceptuado en el artículo 209 de la Carta, dicha función está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse con arreglo, entre otros, a los principios de moralidad y eficacia, en orden a lograr el adecuado cumplimiento y realización de los fines del Estado, entre los cuales se señalan como esenciales, los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios y deberes consagrados en la Constitución; por consiguiente, dentro de ese marco las autoridades y servidores públicos están instituidos, entre otras razones, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Preámbulo y art. 2º de la Constitución Política).

“En consonancia con lo anterior, el artículo 2º del Código Contencioso Administrativo establece, como principio rector para todo servidor público, que las actuaciones administrativas tienen por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados reconocidos por la ley.

“Por su parte, la actividad contractual de las entidades y organismos del Estado, como forma y expresión que es de la ejecución del presupuesto y de los dineros públicos, que entraña el ejercicio de función administrativa, en modo alguno puede ser ajena a esos altos e ineludibles propósitos y deberes. Por eso, el artículo 3º de la ley 80 de 1993, al determinar los fines de la contratación estatal, dispone:

“Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (...)” (Resalta la Sala).

“Por consiguiente, en el ejercicio de las competencias administrativas de contratación otorgadas al servidor público, además de estar obligado a no transgredir el marco jurídico que regula la actividad contractual del Estado, ante todo, debe tener como guía y horizonte permanente, el cumplimiento de los cometidos estatales. Es por lo anterior entonces que, en el desarrollo de tal actividad, no basta con no violar la ley o el procedimiento, sino que, además, se ha de velar porque la utilización y

³⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de mayo 30 de 2000. Rad: AC-9877. C. P. Germán Rodríguez Villamizar.

ejecución de las competencias administrativas sea racional, oportuna, transparente, eficiente y eficaz, haciendo prevalecer los principios antes indicados, cuya transgresión, mutación o alteración consecucionalmente debe comprometer la responsabilidad del respectivo servidor o servidores públicos.”

El contrato estatal, en consecuencia, no puede concebirse como un fin en sí mismo sino como un medio para garantizar el cumplimiento de los fines del Estado, como una aplicación concreta de los planes de desarrollo y de los presupuestos de las entidades públicas³⁸, por lo cual, en la determinación de su objeto cobra importancia significativa el principio de planeación por cuanto resulta necesario que exista certeza acerca de la ejecución de los compromisos que puedan derivarse de cada contratación en particular. Sobre la importancia de este principio se ha pronunciado esta Corporación en los siguientes términos³⁹:

“La planeación constituye una fase previa y preparatoria del contrato, que determina su legitimidad y oportunidad para la consecución de los fines del Estado y permite políticamente su incorporación al presupuesto por cuanto la racionalidad de los recursos públicos implica que todo proyecto que pretenda emprender la Administración Pública debe estar precedido de un conjunto de estudios dirigidos a establecer su viabilidad técnica y económica, así como el impacto social que ésta tenga en la satisfacción de las necesidades públicas. Se trata de obtener una sólida justificación del gasto público con el objeto de lograr un manejo óptimo de los recursos financieros del Estado”⁴⁰.

³⁸ Sobre el contrato de la administración como mecanismo de ejecución presupuestal, ver: GASPAR ARIÑO ORTIZ. Principios de Derecho Público Económico, Granada, Comares, 1999, Pág. 33 y JOSE ROBERTO DROMI, Licitación Pública, 2ª. ed. Buenos Aires, 1995, Pág.31.

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 25 de 2009. Radicado 16.103.

⁴⁰“La falta de planeación del contrato no sólo se refleja en la etapa de formación, sino también en la fase de cumplimiento de las prestaciones recíprocas, donde las omisiones de la Administración Pública afectarán sensiblemente el interés público de la comunidad y la economía del contrato.

“Siempre, como regla general, la falta de estudios serios y completos en torno a los bienes objeto del contrato ocasiona graves obstáculos durante su ejecución, especialmente en los de obra pública y concesión de servicios públicos, donde se presentará la necesidad de paralizar el proyecto, mientras se elaboran y deciden por las instancias competentes los planes y diseños definitivos; o será necesario proceder a una modificación de las cantidades de obra y especificaciones técnicas inicialmente acordadas; o finalmente conllevará la frustración del proyecto por la aparición de dificultades que debieron preverse al momento de evaluarse la conveniencia u oportunidad del contrato.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido repetidamente⁴¹ que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable, antes de asumir compromisos específicos en relación con los términos de lo que podrá llegar a ser un contrato y por supuesto mucho antes de su adjudicación y consiguiente celebración, la elaboración previa de estudios y análisis serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos y análisis técnicos; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de los contratos, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras y servicios que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o

“La falta de los estudios técnicos previos se traduce en un mayor valor del contrato, que necesariamente se imputará al tesoro público, por las mayores erogaciones y gastos que deberá asumir el contratista, derivados de una mayor permanencia en el lugar de los trabajos, con los sobrecostos que esta situación genera en gastos de administración, mano de obra, maquinaria y equipo, incremento de los costos de los factores determinantes del precio, etc. Además, los cambios y modificaciones de los diseños y especificaciones técnicas se reflejan en la necesidad de realizar obras adicionales que encarecerán la ejecución del proyecto. Estos problemas, colocan a la administración y a su colaborador privado ante una razonable imposibilidad de ejecutar el contrato, cuando no se frustra la realización del proyecto por dificultades técnicas que pudieron conocerse anticipadamente.

“La oportuna y diligente elaboración de los estudios, es una obligación de las entidades públicas que se deriva de la ley, del principio general de la buena fe y de los postulados de economía, eficacia y eficiencia de la función administrativa, que tiene como finalidad la conformación óptima del contrato para asegurar el cabal cumplimiento de las obligaciones de las partes.” ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Editorial Legis S. A. 1999. Págs.71-72.

“Antes del conocimiento público de los procesos de selección, existe una fase preparatoria en la que interviene exclusivamente la Administración. La Ley 80 de 1993 confiere singular importancia a esta etapa pues entiende que las equivocaciones que se presentan, incidirán negativamente durante la ejecución del contrato. De lo que se trata, entonces, es de realizar lo necesario para que una vez seleccionado el contratista y celebrado el contrato, puede ejecutárselo de manera inmediata, evitando demoras por la ausencia de requisitos o condiciones necesarias para el cumplimiento de su objeto. DAVILA VINUEZA, Luís Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Aproximación crítica a la ley 80 de 1993. Bogotá: Editorial Legis S.A. 2003. Pág. 195-196.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp.14287 y Sentencia de agosto 29 de 2007.

internacional, de proveedores y constructores profesionales que estén en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.”

Así pues, todo proyecto que vaya a ser emprendido por las entidades estatales debe estar precedido de un conjunto de estudios tendientes a establecer su viabilidad técnica y económica, así como el impacto que haya de tener en la satisfacción de las necesidades públicas.

La importancia de un estudio previo por parte de la administración antes de la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato⁴² permite: (i) identificar la real necesidad de la Administración; (ii) establecer todas las características que individualicen el bien o bienes requeridos; y (iii) asignarle una partida presupuestal dentro del presupuesto de la entidad⁴³.

Es por ello que durante la fase de preparación del contrato se deben identificar de forma clara y completa los bienes y servicios requeridos por la Administración, por cuanto la identificación del objeto no puede cumplirse con la enunciación vaga o indeterminada de tales bienes y servicios, sino con toda la información necesaria que permita concretar su especie; por esta razón, los pliegos de condiciones deben contar con la suficiente información técnica, en la cual se describan de manera minuciosa las calidades, características y cantidades de los elementos requeridos por la Administración⁴⁴.

⁴² Ley 80 de 1993. Artículo 25-12.

⁴³ Sobre la importancia de los estudios previos véase: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 29 de 2007. Exp: 14854; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 29 de 2007. Exp: 15469.

⁴⁴ En el texto de la Ley 80 de 1993, existen suficientes normas que se refieren al objeto desde la etapa preparatoria del contrato, como los siguientes:

“ARTICULO 30 No. 2o. *La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta Ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.”* (Negrillas por fuera del original)

5. Nulidad e inexistencia de los contratos.

Como han puesto de presente tanto la jurisprudencia⁴⁵ como autorizados sectores de la doctrina⁴⁶, la nulidad presupone necesariamente la existencia

“Artículo 24 No .5o. *En los pliegos de condiciones o términos de referencia:*

(...)

“b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación o concurso.

“c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

(...)

“e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

(...).”

“Artículo 25 No. 12. *Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones o términos de referencia.”*

⁴⁵ Si bien la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha cuestionado, por razones de índole procesal, la utilidad práctica de la distinción entre *inexistencia* y *nulidad*, lo cierto es que ha reconocido sin ambages la diferencia conceptual que separa a tales figuras, tal como lo refleja la Sentencia fechada en mayo 3 de 1984 en la cual, con ponencia del Magistrado Humberto Murcia Ballén, entre otras cuestiones de importancia, se puntualizó:

“... en verdad que, como al unísono lo pregonan doctrinantes y jurisprudencias, la nulidad y la inexistencia son conceptos jurídicos diferentes”.

⁴⁶ El ilustre tratadista Luis Claro Solar al comentar los textos del Código Civil Chileno, que en lo pertinente resultan iguales a los del Código Civil Colombiano puesto que es sabido que aquél constituyó la guía y modelo para la adopción de nuestro estatuto civil, en su obra *“EXPLICACIONES DE DERECHO CIVIL CHILENO Y COMPARADO, Volumen VI, De las Obligaciones”*, edición publicada conjuntamente por Editorial Temis S.A., y Editorial Jurídica de Chile, entre muchas cuestiones significativas sobre la materia, sostiene:

“1913.- ... EL Código ha sabido distinguir la inexistencia del acto o contrato, por falta de algún requisito exigido por la ley para su perfeccionamiento, de la nulidad del acto o contrato por la falta de algún requisito prescrito por la ley para el valor del mismo acto o contrato; y por eso al referirse a los requisitos necesarios para el valor del acto o contrato da por establecido que el acto o contrato existe.

“Esta distinción entre la inexistencia y la invalidez o nulidad aparece de manifiesto en muchos artículos del Código. (...).”

“.....

“Los requisitos que la ley prescribe para el valor de un acto o contrato no son los necesarios para que el acto exista según su especie, sino condiciones que deben concurrir en el acto o contrato para darle el valor que como tal debe tener. (...).”

“.....

de un acto o contrato respecto del cual ha de cuestionarse o examinarse su validez o, lo que es lo mismo, en relación con el cual ha de constatarse la

“1914.- Hay pues, diferencia esencial entre actos y contratos existentes y viciados de nulidad y actos o contratos que no han adquirido existencia. El Código distingue estas dos clases de actos o contratos; y en las disposiciones en que se refiere, ya a unos, ya a otros, dicta distintamente diversas reglas que corresponden ya a aquéllos, ya a éstos. No ha establecido en parte alguna que acto o contrato nulo y acto o contrato inexistente sean la misma cosa ... Precisamente en las frases a que se alude [se refiere a diversas frases del Código Civil que previamente ha citado en su disertación] a algunas de las cuales hemos hecho antes referencia, se contemplan casos en que el acto o contrato es inexistente, no alcanza a perfeccionarse y por lo mismo no se califica de nulo, ni puede calificarse de tal por lo mismo que no existe. (...)”

También el profesor de la Universidad de Roma, Emilio Betti, en su libro “TEORIA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO”, tercera edición, traducción de A. Martín Pérez, publicado por Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1983, se refiere a la diferencia conceptual entre la inexistencia y la nulidad en los siguientes términos:

“... hemos de aclarar ahora la distinción entre nulidad e inexistencia del negocio. También esta división, aunque ha sido objeto de críticas, es conceptualmente legítima. Se ofrecen casos en los que puede hablarse de verdadera inexistencia jurídica del negocio que se ha pretendido realizar, en cuanto que no existe de él más que una vacía apariencia, la cual, si puede haber engendrado en alguno de los interesados la impresión superficial de haberlo verificado o asistido a él, no produce, sin embargo, y en absoluto, efectos jurídicos, ni siquiera de carácter negativo o divergente. Por el contrario, la estimación de un negocio como nulo presupone, por lo menos, que el negocio exista como supuesto de hecho que, por tanto, exista una figura exterior de sus elementos eventualmente capaz de engendrar algún efecto secundario, negativo o divergente, aunque esta figura se revele luego inconsistente ante un análisis más profundo. (...)”

A su turno, los profesores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, en su obra “Teoría general del contrato y del negocio jurídico”, publicada por Editorial Temis en el año 2000, sexta edición, Bogotá, D. C., al referirse a la materia mencionada señalan, entre otros aspectos:

“... Al relacionar las condiciones para la existencia y para la validez de los actos jurídicos pusimos énfasis en la distinción que la lógica jurídica y nuestros establecimientos legales imponen entre unas y otras, según que la falta de ellas impida la formación de tal clase de actos o que, permitiéndola, solo constituya un vicio que pueda afectar su viabilidad una vez formado.

“Puntualizamos allí que la falta de las condiciones esenciales de todo acto jurídico produce la inexistencia.

“.....

“... Cuando un acto reúne los elementos esenciales de todo acto jurídico, y, además, los que siendo de la misma índole esencial determinan su ubicación en cierta especie de las que en dichos actos se clasifican, la ley lo reconoce como una de esas manifestaciones de la voluntad privada jurídicamente eficaces. Pero la concesión de esta visa no es incondicional ni irrevocable, sino que su conservación está sujeta a que el acto cumpla además otros requisitos específicos que la ley prescribe con miras a la preservación del orden público y a la protección de los terceros y aun de los mismos agentes. Tales son los requisitos para el valor de los actos jurídicos a que se refiere el artículo 1740 del Código Civil, y cuya falta sanciona el propio texto con la nulidad de tales actos, sanción que los condena a ser privados de la eficacia normativa que la ley, en principio atribuye a las manifestaciones de la voluntad privada. O dicho de otro modo: la nulidad es la descalificación que el propio legislador decreta cuando la llamada ley contractual o ley particular incurre en quebranto de normas de jerarquía superior”.

presencia de vicios que pudieren afectar dicha validez, lo cierto es que aunque viciado ese acto o contrato estará llamado a generar efectos hasta el momento en que lo aniquile la declaración judicial de nulidad; por el contrario, en el caso de la inexistencia se tiene que la misma excluye el perfeccionamiento del correspondiente acto o contrato y sólo deja para el mundo jurídico una mera apariencia, sin virtualidad de producir efecto alguno, en momento alguno. Esta Corporación ha hecho la distinción en los siguientes términos⁴⁷:

“Colígese de lo dicho que la inexistencia es diferente de la invalidez o nulidad del negocio jurídico. La nulidad o invalidez se predica de un negocio existente que reunió los elementos establecidos en la ley para su relevancia, pero que el ordenamiento jurídico repudia por adolecer de un vicio que conlleva una drástica y condigna sanción, cual es su destrucción. El negocio inexistente de entrada no cuenta con efecto alguno; en cambio, el negocio inválido alcanza a existir y surte efectos, pero ellos son susceptibles de ser aniquilados por los motivos previamente establecidos en el ordenamiento jurídico”.

Como antes se afirmó, la **nulidad** supone la **existencia** previa de un negocio que se encuentra viciado, comoquiera que su declaratoria exige tanto la **existencia** de un negocio sobre el cual ha de recaer la misma, como la generación de efectos para, precisamente, poderlos aniquilar o anular, por manera que la nulidad de un negocio supone su existencia, cuestión que, obviamente, excluye por completo la posibilidad de predicar su inexistencia.

5.1. La inexistencia en el Código de Comercio.

Así aparecen definidos los elementos de esta figura, en el inciso 2º del artículo 898 del Código de Comercio:

“Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”.

Tal como lo refleja con claridad el texto legal transcrito, la ley comercial consagra causales genéricas para que proceda la sanción de *inexistencia* en relación con el que entonces, en estricto rigor, no habrá pasado jamás de ser

⁴⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de marzo 8 de 2007. Expediente 15.052. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

un 'proyecto de acto o contrato', un 'pretendido acto o contrato', un 'contrato putativo o aparente'; es decir, un 'devenir acto o contrato', así:

- i).*- La ausencia de solemnidades sustanciales que la ley exija para la formación de los correspondientes actos o contratos, exigencia que debe encontrarse establecida en atención a los mismos.
- ii).*- La falta de alguno de los elementos esenciales del respectivo acto o contrato.

Acerca de la primera causal referida hay lugar a comentar, de un lado, que a la configuración de la misma habrá lugar, exclusivamente, cuando las partes interesadas hubieren dejado de observar o cumplir aquellas formalidades *ad substantian actus* exigidas por la ley para la formación del correspondiente acto o contrato, de suerte que no será pertinente invocar la aplicación de esa norma cuando las que se echen de menos sean formalidades *ad probationem*, esto es las consagradas con fines eminentemente probatorios, mas no de existencia.

Ahora bien, en cuanto corresponde a la ausencia de formalidades sustanciales –que no *ad probationem*–, que para la formación de un determinado acto o contrato hubieren convenido las propias partes y, por tanto, no se tratare de aquellas exigidas por la **ley**, es importante precisar que si bien en ese caso también podría predicarse la inexistencia del respectivo acto o contrato, ello lo sería por la configuración de la causal segunda (ausencia de elementos esenciales del acto o contrato) y no a partir de la aquí comentada causal primera del aludido artículo 898 del C. de Co., puesto que es claro que ésta se contrae, únicamente, a la inobservancia de “... *solemnidades sustanciales que la ley exija ...*”.

Por último, acerca de la aquí denominada causal primera de inexistencia, se impone precisar que a su aplicación habrá lugar sólo en cuanto la señalada ausencia de formalidades sustanciales exigidas por la ley corresponda a aquellas solemnidades que hubieren sido establecidas en atención a la naturaleza del correspondiente acto o contrato, cuestión ésta que excluye de plano los demás requisitos que, aunque determinados por la propia ley, se

hubieren consagrado en razón al estado o calidad de las partes que intervienen en su celebración.

Por lo que se refiere a la segunda causal de inexistencia de los actos o negocios jurídicos, esto es la ausencia de alguno de los elementos esenciales del correspondiente acto o contrato, vienen a propósito dos comentarios, que no por obvios carecen de importancia, a saber:

En primer lugar es claro que a la aplicación de la figura en mención (inexistencia), habrá lugar cuando falte uno cualquiera de los correspondientes elementos esenciales, sin que para ese efecto deba predicarse la inobservancia concurrente, simultánea o sucesiva de todos los elementos esenciales o de varios de ellos.

En segundo lugar, es igualmente claro que las consecuencias de la comentada inexistencia para el mundo jurídico podrán derivarse tanto *i)* en los casos en los cuales al proyectado acto o contrato le falte uno cualquiera de los requisitos de existencia, es decir aquellos que tienen el carácter de esenciales frente a todo acto o contrato, esto es el **objeto, la voluntad o el consentimiento** o las **solemnidades sustanciales** –elemento este último cuya ausencia en buena medida el legislador mercantil instituyó como la ya referida causal primera-, como *ii)* en los casos en los cuales falte alguno de los elementos esenciales específicos del correspondiente acto o contrato, tal como ocurre con el precio para los contratos de compraventa, el carácter gratuito que tendrá el uso de las cosas para los contratos de comodato, etc., evento este último en el cual, oportuno resulta anotar, la ausencia de uno o varios de tales elementos esenciales específicos no necesariamente impedirá la generación de efectos jurídicos, puesto que la inexistencia del correspondiente acto o contrato particular cuya celebración perseguían las partes bien podría derivar, si su **conversión** fuere posible, en otro acto o contrato totalmente diferente al inicialmente contemplado⁴⁸.

⁴⁸ Acerca de las distinciones anotadas entre los requisitos de existencia o elementos esenciales de carácter general de los contratos por un lado y, por otro, los elementos de la esencia de carácter específico o sustanciales de cada acto o contrato, se ilustra adecuadamente en la obra ya citada de los profesores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, en cuya página 431, por ejemplo, se lee:

5.2. La inexistencia en el Código Civil.

En el Código Civil la inexistencia jurídica de los actos o contratos no se encuentra consagrada y menos definida en la forma expresa y sistemática en que lo hace el Código de Comercio, sin embargo ello no resulta óbice para reconocer que la misma campea y opera en la regulación de los actos y contratos de estirpe eminentemente civil.

Si bien un importante sector de la doctrina nacional estima, de manera seria y razonada, que en el Código Civil no tiene cabida la figura de la inexistencia⁴⁹, sobre la base de considerar que esa codificación se limitó a establecer, a desarrollar y a regular el régimen de nulidades de los actos o contratos como único propósito para sancionar los vicios o los defectos que pudieren afectarlos, con lo cual habría eliminado por completo cualquier espacio para la figura de la *inexistencia*, resultan más convincentes y contundentes los argumentos de quienes⁵⁰ consideran que en el ordenamiento civil hay cabida suficiente para establecer la distinción entre

“En el mismo orden de ideas, al examinar los elementos esenciales del acto jurídico, también advertimos que, además de los precisados (manifestación de voluntad, objeto jurídico y formalidad cuando esta es requerida ad solemnitatem), cada acto en particular debe reunir otros elementos igualmente esenciales respecto de él, pues de ellos depende su formación específica, y sin los cuales el acto tampoco existe o degenera en otro acto diferente. Por ejemplo, la compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero (art. 1849). Por tanto, son esenciales en el contrato de compraventa: la existencia, a lo menos potencial, de determinada cosa vendida, de la cual depende la posibilidad de la obligación a cargo del vendedor de hacer tradición de la cosa (arts. 1869 y 1870), y la determinación del precio (art. 1864). Faltando cualquiera de estos elementos esenciales el acto “no produce efecto alguno”, “no habrá venta”, según expresamente lo declara el Código Civil. (...).

“De lo expuesto se concluye que la falta de los requisitos esenciales genéricos de todos los actos jurídicos, produce, inexorablemente, la inexistencia de ellos, al paso que la falta de los requisitos, también esenciales pero específicos de cada acto en particular, si bien impide la existencia de este como tal acto particular, puede no aniquilar totalmente su eficacia, si es viable su conversión en otro acto jurídico diferente”.

⁴⁹ Entre importantes autores nacionales que consideran que la *inexistencia* resulta ajena a la regulación del Código Civil y que, por tanto, no tiene cabida dentro de sus instituciones, puede mencionarse el ilustre profesor Jaime Arrubla Paucar, tal como resulta de confrontar su obra “CONTRATOS MERCANTILES”, editada por Biblioteca Jurídica DIKÉ. Medellín 1987, páginas 179 a 190.

⁵⁰ Entre los principales partidarios de la teoría de la *inexistencia* en las instituciones contractuales del Código Civil patrio se encuentran los profesores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, según lo refleja el texto de su libro “Teoría general del contrato y del negocio jurídico”, publicada por Editorial Temis S.A., en Bogotá, D. C. año 2000, páginas 83, 84, 85 y 432 a 442.

esas instituciones, la *inexistencia* por un lado y la *nulidad* por el otro, comoquiera que dicha diferenciación surge con claridad no sólo en los terrenos conceptual y filosófico –donde tal diferencia es evidente-, sino en el sentido y en el texto mismo de las normas que, por aparte, se ocupan de tales fenómenos.

En efecto, mientras el régimen de nulidades se encuentra consignado, principalmente, en los artículos 1740 a 1756, en otros apartes totalmente distintos de la misma codificación Civil y con las consecuencias propias de la *inexistencia* jurídica, se regulan aspectos o materias diferentes de aquellas, así:

- En el artículo 1501, al determinar cuáles son los diversos elementos de cada contrato, de manera indiscutible la ley hace referencia expresa a aquellos de la *esencia* o *esenciales*, cuya identificación la realiza señalando que son aquellos “... *sin los cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; ...*”.

Esa disposición legal resulta suficiente para sostener que la ley civil consagró una causal genérica de *inexistencia* de los actos o negocios jurídicos –no prevista en los artículos 1740 y siguientes como causal de nulidad-, consistente en la ausencia de los elementos esenciales del respectivo acto o contrato, la cual, incluso, podría considerarse fuente de inspiración del comentado inciso 2º del artículo 898 del estatuto mercantil.

- El artículo 1760, al determinar que “[l]a *falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en la que ley requiere esa solemnidad*”, añade, sin lugar al menor equívoco, que en aquellos eventos en que se haya prescindido de tal solemnidad, los correspondientes actos o contratos “*se mirarán como no ejecutados o celebrados*”, lo cual evidencia entonces que si los pretendidos actos o contratos se tendrán *como no celebrados* es, precisamente, porque se tendrán *como inexistentes*.

- En el artículo 2081, al ocuparse de la regulación del contrato de sociedad, se determinaba que “[n]o hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común ...”, y se agregaba, de manera categórica, que “[t]ampoco hay sociedad sin participación de beneficios”.
- A su turno, los artículos 1857, 2150, 2222, 2237, 2292 y 2411 del citado Código Civil se encargan de determinar, con total exactitud, a partir de qué momento o con el lleno de cuáles requisitos se han de tener por perfeccionados los contratos de compraventa, de mandato, de mutuo, de depósito, de renta vitalicia y de prenda, respectivamente; así pues, si la ley señala la forma en que esos tipos contractuales se perfeccionan, es decir que la ley marca el momento preciso a partir del cual tales contratos empiezan a existir para el mundo jurídico, claro es que de igual manera esa misma ley está señalando entonces que mientras dicho perfeccionamiento no se alcance los proyectados contratos que correspondan a dichos tipos no podrán reputarse como existentes.

5.3. La inexistencia en el régimen de contratación estatal.

En el régimen de contratación estatal la acogida de la figura de la *inexistencia* constituye asunto que no reviste dificultad alguna, por cuanto ello se encuentra fuera de toda discusión, independientemente de que las normas legales que regulan la materia no la hubieren consagrado, de manera expresa y sistemática, como sí lo hizo el Código de Comercio.

Ciertamente, son varios los caminos que llevan a concluir que la figura de la *inexistencia* jurídica de los actos o contratos también resulta de recibo pleno en la contratación pública, así: en primer lugar cabe precisar que en cuanto el artículo 41 de la Ley 80, proferida en el año de 1993, determinó los requisitos indispensables para el perfeccionamiento de los contratos estatales, de manera implícita pero clara le dio cabida a la figura de la *inexistencia*, puesto que a partir de dicha disposición resulta evidente que no podrán tenerse por existentes, es decir que se reputarán como inexistentes para el mundo jurídico, los pretendidos contratos estatales que no alcancen a perfeccionarse; en segundo lugar cabe sostener que ante la ausencia de una

regulación expresa y completa acerca de la figura de la *inexistencia* de los actos o contratos en el régimen contractual de las entidades del Estado, necesariamente habrá lugar a la aplicación de los dictados del inciso 2º del artículo 898 del estatuto de los comerciantes, por cuanto los mismos fueron incorporados a la Ley 80 por orden expresa del inciso 1º de su artículo 13; por último, a este respecto, es posible sostener que idéntica razón legal cabe en relación con las normas legales comentadas que consagran o reconocen la figura de la *inexistencia* de los actos o contratos en el estatuto de contratación civil, según se dejó comentado.

Robustece el fundamento de la conclusión que se deja expuesta la consideración ya indicada de que el artículo 87 del C.C.A., determina con claridad que la acción de controversias contractuales tiene entre sus fines el de conseguir que el juez competente resuelva los litigios que pudieren surgir acerca de la existencia o inexistencia de los respectivos contratos, aspecto a propósito del cual esa norma legal señala, de manera expresa y precisa, que mediante el ejercicio de dicha acción “[c]ualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia ...”.

Ahora bien, la consagración legal de la figura de la inexistencia genera dificultades incluso en el campo filosófico, puesto que concebida en abstracto conlleva un problema ontológico insoluble que traduce su problemática incluso al terreno lingüístico, puesto que en cuanto el **ser** (existir, tener entidad, haber algo) excluye la **inexistencia** (negación del ser, del existir, no haber algo, en fin, la nada), no resulta fácil entender siquiera expresiones que aparecen contradictorias en sí mismas, como aquellas que se utilizan para explicar cuándo hay inexistencia, o como reza el transcrito inciso 2º del artículo 898 del C. de Co., “será inexistente”, por lo cual debe puntualizarse que en el sentido utilizado por la ley, la figura mencionada únicamente tiene aplicación en el campo jurídico, en el cual cobra significado importante, no sólo por el reconocimiento positivo que mereció de parte del legislador sino por su alcance conceptual, el cual, como es obvio, impide que por el sólo transcurso del tiempo pueda tenerse por saneado el vicio que determinó su configuración o que el acto inexistente pueda ser objeto de ratificación expresa con efectos retroactivos, por la sencilla pero potísima razón de que

el sólo paso del tiempo no convierte en existente lo que nunca ha existido y porque las partes no pueden ratificar en forma retroactiva un acto o contrato que jamás se ha perfeccionado.

Al margen de los interesantes y complejos debates que en la literatura especializada se han desarrollado acerca de la consagración o la aplicación de la inexistencia de los actos o negocios jurídicos, es posible indicar que a semejanza de lo que ocurre con la *ineficacia propiamente dicha*, el acto o contrato respecto del cual se predique el fenómeno de la inexistencia carecerá por ello mismo de efectos en el mundo del derecho, sin que para lograr ese cometido haga falta el pronunciamiento previo de algún juez o autoridad que lo declare, asunto que envuelve no pocas dificultades en materia procesal.

6. El Caso concreto.

Toda vez que, como antes se dijo, la Sala no puede en esta ocasión ocuparse de examinar el recurso de apelación presentado pero no sustentado por el Ministerio Público, pasará entonces a decidir los recursos interpuestos por el Departamento del Casanare y por el llamado en garantía, señor Emiro Sossa Pacheco, quienes solicitaron la revocatoria del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Casanare.

El Tribunal dispuso la nulidad del contrato interadministrativo de mandato número 056 de 1995 y como consecuencia ordenó las restituciones mutuas del Departamento del Casanare y de la Cooperativa COINCO LTDA., al tiempo que condenó solidariamente a la Cooperativa COINCO LTDA., y al exgobernador del Casanare, señor Emiro Sossa Pacheco, al pago de perjuicios que se debían liquidar mediante trámite incidental.

6.1. El objeto del contrato celebrado.

El Gobernador del Departamento de Casanare celebró directamente con la Cooperativa Integral de Colombia COINCO LTDA., el convenio interadministrativo 056 de 1995, en cuya cláusula primera se ocupó del objeto, en los siguientes términos:

*“PRIMERA. OBJETO.- En desarrollo del presente Convenio Interadministrativo de mandato EL CONTRATISTA se obliga para con el contratante a **suministrar** maquinaria pesada y equipos.”* (negritas por fuera del original)

Los bienes o los servicios que la Cooperativa debía *“suministrar”* al Departamento no fueron determinados y menos especificados con claridad y precisión, comoquiera que ni en la cláusula referente al objeto, ni en la segunda titulada *ESPECIFICACIONES*, se concretaron con exactitud sus características técnicas o de calidad. Así se expresó esta última cláusula:

“La maquinaria pesada y equipos, que se determinan en la cláusula anterior se ceñirán a las siguientes especificaciones mínimas: 17 tractores sobre oruga, 2 excavadoras sobre orugas, 14 motoniveladoras, 15 retroexcavadoras, 3 vibrocompactadores, 43 volquetas diesel, 19 camperos.”

La afirmación de que la *“maquinaria pesada y equipos”* no fueron señalados más que por su género, sin determinación alguna, se puede verificar con un rápido repaso por cada uno de ellos, partiendo de sus características, funcionalidad y clasificación, tal como pasa a mencionarse⁵¹ más adelante.

⁵¹ La Ley 769 de 2002, en su artículo 2 define la maquinaria rodante de construcción o minería, en los siguientes términos:

“Maquinaria rodante de construcción o minería: vehículo automotor destinado exclusivamente a obras industriales incluidas las de minería, construcción y conservación de obras que por sus características técnica y físicas no pueden transitar por las vías de uso público o privadas abiertas al público.”

A su vez, el Decreto 4100 agrupa los vehículos de carga de la siguiente manera:

Por su clase o tipo: camión (C2, C3, C4), tracto camión (Cx, Sx), camión con remolque (Cx, Rx), remolque (Rx).

Por el tipo de servicio: estacas, furgón, grúa, hormigonera, pick up, plachón, reparto, tanque, vacoom, volco.

La selección de la maquinaria que deberá conseguirse depende del trabajo a realizar, de sus condiciones especiales, de los materiales a movilizar (capacidad de carga necesaria) y del área disponible para realizarlo.

Según la principal actividad a desarrollar (trabajo a realizar) la maquinaria pesada se clasifica así: para manejo y trasiego de materiales, para compactación de materiales, para izaje y manipulación de cargas, para preparación de materiales, para demoliciones.

De acuerdo con la capacidad de carga, la maquinaria se clasifica en: baja, mediana y alta capacidad

Sin embargo, antes de realizar la descripción respectiva, es preciso tener en cuenta que los parámetros y las especificaciones necesarios para la adquisición de maquinaria y equipos deben estar dados por los estudios previos que en virtud del aludido principio de planeación debió realizar la respectiva entidad, en los cuales ha debido determinar con exactitud las necesidades que esperaba solventar con los mismos y las condiciones en las cuales tales necesidades deberían satisfacerse; así pues, para el caso concreto tales estudios deberían servir para determinar, entre otras cuestiones de importancia, el tipo, el tamaño, la potencia y las características técnicas de las máquinas o de los equipos a adquirir, al tiempo que deberían contener información relacionada con factores tales como los siguientes:

- La clase, tamaño y características de las obras en las cuales se habrían de emplear los equipos requeridos;
- La clase de actividades para las cuales se requerirían los equipos a adquirir: excavar, arar, almacenar, transportar, afirmar, cargar, demoler, entre otras;
- El tipo de terreno sobre el cual se realizarían las actividades correspondientes con los equipos que se buscaba adquirir;
- La firmeza, rigurosidad y pendiente del camino que recorrerían los equipos y la maquinaria en cuestión;
- La distancia de los acarreos;
- El tipo de trabajo que se debía ejecutar después de terminada la obra.

A continuación se hará una breve descripción genérica acerca de cada una de las categorías de los equipos a los cuales hacía referencia el contrato 056 de 1995⁵²:

Según el área disponible para su movimiento y operación se clasifica en: sin rotación (giro limitado), con rotación (tornameza).

Considerando el tren de propulsión su clasificación será: montaje sobre llantas, montaje sobre orugas, montaje sobre rieles, estático.

⁵² Sobre el tema de la maquinaria, cfr: VELEZ ACOSTA, Darío. Construcción Pesada: Métodos y Equipos. Universidad Eafit. Medellín, 1993, 154P.; HERNANDEZ Rafael,

El tractor.

El tractor es una máquina que convierte la energía del motor en tracción; su objeto principal es halar o empujar cargas, aunque en ocasiones puede tener otros usos; son máquinas generalmente indispensables en los trabajos de construcción de grandes obras y en la agricultura para arar la tierra, prepararla y hacer surcos para la siembra.

En la construcción de obras suele utilizarse el **tractor empujador frontal (buldózer)** que es una máquina autopropulsada sobre ruedas diseñada para ejercer una fuerza de empuje o tracción.

Mientras el buldózer va montado sobre orugas y generalmente se utiliza para explanaciones y construcción de vías en su etapa inicial, el tractor generalmente va montado sobre llantas y es usado para labores agrícolas.

Para identificar un tractor resulta necesario tener en cuenta, entre otras características: el tipo de motor (diesel o gasolina); la potencia del motor (HP o caballaje mínimo); el peso de operación (Kg mínimo); el tipo de hoja o cuchilla; la capacidad de la hoja (capacidad de corte - mínimo de metros cúbicos); el ancho de corte; el tren de rodaje (mínimo de rodillos superiores e inferiores); el tipo de transmisión (hidrostática o convencional); el tipo de dirección (hidráulica o mecánica); el tipo de cabina (abierta o cerrada); la estructura frontal (para trabajo pesado o para trabajo liviano); la velocidad (marcha de avance mínimo/máximo).

Excavadoras y retroexcavadoras.

La excavadora es una máquina auto propulsada sobre ruedas o cadenas (orugas), cuya estructura es capaz de girar 360 grados; esta máquina excava, carga, gira y descarga materiales por la acción de un balde o cuchara fijada a un conjunto de pluma y balancín, sin que el chasis se desplace.

Academia Hutte de Berlín, Manual del Ingeniero: Construcciones de Obras. Editor: Gustavo Gil, Barcelona, 1983. 1552 P.;
<http://triton.uniandes.edu.co/~depmechanica/WebSites/apinilla/documentos/revista4/articulos/Diego%20Garcia.pdf>. Consulta realizada el día 5 de mayo a las 5:00 PM.

La excavadora se emplea habitualmente para abrir brechas destinadas a la instalación de tuberías, cables, drenajes, así como también para excavar cimientos o rampas.

Las excavadoras, aunque se acomodan mejor al grupo de la maquinaria de corte, también realizan funciones de carga y arrastre de material; la eficiencia en el volumen de corte y de cargue depende de su cucharón.

Las excavadoras se utilizan en una amplia variedad de trabajos de excavación: las excavadoras hidráulicas pequeñas ($3/8$, $1/2$ y $5/8$ yd³⁵³ de capacidad), además de trabajar en alcantarillados, transporte de escombros, acueductos, realizan obras de excavaciones para cimentaciones y urbanizaciones; las excavadoras más grandes ($2\ 1/2$ a 3 yd³ de capacidad), por su alcance, profundidad y productividad, tienen otras aplicaciones en excavaciones en general, tales como trabajos de canteras, minería, remoción de derrumbes y manejo de materiales en general; han desplazado, en algunos casos, a los cargadores sobre llantas, palas y dragas que efectúan trabajos similares.

En la operación de una excavadora intervienen factores tales como el tamaño del cucharón, el rendimiento horario aproximado, el factor de eficiencia u operación, el factor de profundidad de corte, el factor de giro, el factor de facilidad de carga, además de factores externos tales como el tipo, peso y abundancia del material que va a cargar y/o a cortar, el contenido de la humedad y el ángulo de reposo, entre otros.

Las excavadoras pueden estar montadas sobre cadenas (*orugas*) o sobre ruedas; ambas máquinas se utilizan para la excavación de terrenos en los cuales se tienen que mover grandes cantidades de tierra y están en capacidad de realizar giros o rotaciones de 360 grados.

La retroexcavadora es una variante de la excavadora, de la cual se diferencia porque incide sobre el terreno, excavando desde arriba hacia abajo; es utilizada para trabajar el movimiento de tierras en un nivel inferior al plano de apoyo, o un poco superior a éste; esta máquina está montada sobre

⁵³ Yd³ es el símbolo de yardas cúbicas

un bastidor que porta a la vez un equipo de carga frontal y otro de retroexcavación trasera, de forma tal que puede ser utilizado para trabajos de excavación y de carga de material.

Cuando se va a adquirir una excavadora es necesario tener en cuenta el tipo de trabajo para el cual se va a utilizar habitualmente y para su identificación se requiere, entre otros, determinar los siguientes factores:

1. Motor: tipo, potencia, número de cilindros, capacidad del tanque de combustible;
2. Tren de potencia: transmisión, velocidades, frenos de servicio, freno de estacionamiento;
3. Sistema hidráulico: bomba principal, controles de la excavadora y de la cargadora;
4. Tipo de cabina;
5. Rendimientos: capacidad del cucharón frontal, ancho del cucharón frontal, fuerza de desprendimiento, tipo de cucharón frontal, capacidad del cucharón retro, ancho del cucharón retro, accesorios que puede utilizar, profundidad de excavación y peso operativo.

La motoniveladora.

La motoniveladora es una máquina auto-propulsada sobre ruedas, con una hoja ajustable situada entre los ejes delantero y trasero que corta, mueve y extiende materiales con fines generalmente de nivelación.

Su funcionamiento está basado en la aplicación de una *hoja vertedera de empuje o extendido*, montada sobre un bastidor de acero (tornamesa), con capacidad para realizar giros sobre los ejes verticales y horizontales, lo cual le permite a la hoja desplazar el material mediante el deslizamiento.

Esta máquina es utilizada para repartir, nivelar, modelar o dar la pendiente necesaria al material sobre el cual trabaja; también puede realizar *reperfilado* de taludes y de excavaciones, así como *reperfilado* y conservación de cunetas.

Las motoniveladoras se pueden clasificar de acuerdo con su peso y su potencia, según los cuales, los equipos podrán destinarse a labores de movimiento de tierras (equipos más pesados y potentes) o acabados (equipos ligeros y de menor potencia).

Los sistemas de nivelación pueden ser mecánicos o automáticos y dentro de estos últimos se pueden encontrar los siguientes: i) sistemas de nivelación láser; ii) sistemas de nivelación automáticos 3D; iii) sistemas de nivelación GPS milimétricos.

Para la adquisición de una motoniveladora se deben especificar, por lo menos, las siguientes características: tipo, potencia, especificaciones del motor (potencia mínima y máxima), sistema de transmisión, especificaciones de alcance de la hoja (levantamiento máximo y mínimo sobre el suelo), peso operativo, tipo de dirección, sistema de frenos, tipo de controles, especificaciones del escarificador⁵⁴ (profundidad máxima y mínima), especificaciones del ripper⁵⁵ (profundidad máxima y mínima), especificaciones de la cabina.

Compactadoras - vibrocompactadoras.

Las compactadoras son máquinas autopropulsadas o remolcadas sobre ruedas; están compuestas por uno o más cilindros o masas diseñadas para aumentar la densidad de los materiales mediante uno de los siguientes métodos: peso estático, impacto, vibración (presión dinámica) o combinación de varios de ellos.

El vibrocompactador es un equipo cuya tarea es compactar un material a través de una carga o peso determinados mediante el sistema de vibración.

Para la adquisición de un vibrocompactador es necesario tener en cuenta, como mínimo, las siguientes especificaciones: potencia y norma de emisión

⁵⁴ Por escarificador se conoce al juego de uñas para “rallar” el material inferior, con el fin de proporcionar una superficie de mayor agarre al material superior.

⁵⁵ El ripper es un gancho trasero usado para escarificar (rallar).

del motor, tipo de transmisión, tipo de tracción, sistema de vibración, peso de operación, número de raspadores de tambor y tipo de cabina.

Volquetas.

Las volquetas son vehículos automotores que poseen un dispositivo mecánico para volcar la carga que transportan en un cajón que reposa sobre su chasis; la composición mecánica de la volqueta depende del volumen de material que pueda transportar el cajón.

Existen diferentes tipos de volquetas, según el volumen de su volco, según el número de ejes que posean, y según el uso para el cual se destinen.

Unos vehículos a los cuales también se les puede clasificar como volquetas son las llamadas *mulas*, a raíz del cajón o volquete que llevan; éstos poseen cuatro o más ejes y generalmente no más de seis. Este tipo de volquetas transportan de 30 a 70 metros cúbicos de material y son utilizadas cuando es necesario transportar materiales que se encuentran a grandes distancias.

Existen también unas volquetas conocidas como *minitrucks*, las cuales son extremadamente grandes, llegan a los 9 metros de altura y son capaces de transportar hasta 300 metros cúbicos de material en su cajón. Se utilizan en trabajos de minería y grandes obras en zonas despejadas o no urbanizadas, por la cantidad de material y el ahorro de costos.

Las características mínimas a tener en cuenta para la adquisición de una volqueta son las siguientes: tipo y potencia del motor; cilindraje; torque; distancia entre ejes; resistencia a la flexión del chasis; capacidad del eje delantero; capacidad del eje trasero; tipo de rines y de volco, entre otras.

Camperos.

El campero está considerado como un automóvil *todoterreno* con tracción en todas sus ruedas; existen en el mercado diversas clases y modelos y para su adquisición es necesario definir, como mínimo, las siguientes características: modelo, versión, potencia, cilindraje, tipo de caja, tipo de dirección, tipo de combustible, número de puertas, capacidad mínima de carga, entre otras.

Retomando el tema, tanto al examinar la cláusula referente al objeto como aquella que describe las especificaciones del convenio interadministrativo 056 de 1995, puede observarse con claridad que el objeto se expresó de manera muy amplia, vaga y confusa por lo cual debe concluirse que no se determinó de manera precisa, de una forma tal que la entidad estatal contratante pudiera conocer con exactitud qué tipo de máquinas y de equipos podía exigirle a la Cooperativa COINCO LTDA., y que esta última, a su vez, pudiera saber con claridad y exactitud a qué se encontraba obligada.

Este contrato sólo hizo referencia a la obligación que asumía el contratista para efectos de *suministrar "17 tractores sobre oruga, 2 excavadoras sobre orugas, 14 motoniveladoras, 15 retroexcavadoras, 3 vibrocompactadores, 43 volquetas diesel, 19 camperos"*

Tal como acaba de describirse, cada una de las aludidas categorías de maquinaria podría concretarse en diversas clases y especificaciones, que a su vez cumplen diferentes funciones y por ello hay diferencias significativas entre sus precios; así pues, con la sola mención genérica de la maquinaria a adquirir (tractor, excavadora, motoniveladora, retroexcavadora, vibrocompactador, volqueta, campero) no era posible saber en qué consistía exactamente la prestación, pues bien podía tratarse de cualquier tipo de máquina que tuviera la denominación dada en el contrato, sin importar que fuera de decoración, de colección, de juego o para desarrollar actividades en los campos agrícola o de la construcción. Así pues, es de advertir que aunque el contrato sólo hiciera referencia a cosas de género, tal mención no podía ser tan amplia y vaga como la que finalmente se plasmó en el contrato interadministrativo en estudio.

Si bien es cierto que las obligaciones de género admiten ser clasificadas como *genéricas corrientes* y *genéricas delimitadas*, según su grado de determinación, no lo es menos que en el presente caso las obligaciones debían ser *genéricas determinadas* por cuanto cada uno de los géneros (maquinarias y equipos) debía aparecer adjetivado con su tipo, clase, cilindraje, entre otras características, de forma tal que fuera posible su

determinación⁵⁶, por cuanto cada uno de ellos tiene características, modalidades, precios y destinación diferentes, máxime tratándose de un contrato estatal, cuyo objeto imperativamente se encuentra ligado, de manera inescindible, a la satisfacción de necesidades de interés general, por manera que la adquisición correspondiente no podía recaer sobre cualquier clase o modelo de máquina sino sobre aquella que de acuerdo con los estudios previos satisficiera plenamente las necesidades de la entidad pública contratante de la mejor manera, con la mayor idoneidad y con la más sólida justificación técnica y financiera posibles.

Según se resaltó, el objeto de un contrato tiene que estar determinado o ser determinable, por lo cual al verificar que en el caso bajo examen el objeto ni se determinó ni se dieron los elementos para que pudiera determinarse, pues bien habrían podido describirse las necesidades que con esa maquinaria se iban a satisfacer o la forma en que debían ser satisfechas, para que desde el punto de vista técnico fuere posible determinar cuál era el equipo o la máquina adecuada para ello, esto tampoco se hizo; así pues, el objeto del contrato interadministrativo en estudio quedó en una absoluta indeterminación y por ello hay lugar a concluir, sin dificultad alguna, que este convenio carecía de objeto, por cuanto, tal como ha dicho la Corte Suprema de Justicia⁵⁷, *“no habría objeto en un contrato si el deudor se obligase a entregar una cosa señalada únicamente por el género; es necesario que ésta esté determinada, por su especie, que viene a ser una limitación del género”*.

Esta indeterminación del objeto a la cual se ha hecho alusión no puede menos que evidenciar que la entidad estatal contratante no realizó los estudios ni los análisis tendientes a demostrar cuáles eran sus necesidades y sus requerimientos de maquinaria y equipos, de lo cual se derivó un texto

⁵⁶ La determinación de la maquinaria debía hacerse por el género más próximo al cual pertenecía cada una de ellas, pues como ha dicho la Corte Suprema de Justicia *“caracteriza al género su determinación por su número, clase, peso, cuenta o medida ‘con relación a la categoría a la cual pertenece un determinado objeto’”* Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de julio 30 de 2008. Exp: 01458-01. M. P. William Namén Vargas); además, tal como se estipula en el artículo 1565 del Código Civil, en las obligaciones de género se debe *“indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado”*.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de febrero 6 de 1936. G.J. XLIII, 277.

contractual que no sólo quedó con una redacción vaga y confusa sino que deja ver con claridad que la entidad no sabía lo que quería. Es notoria en este caso la ausencia de planeación con sujeción a la cual deberían haberse programado y ejecutado todas las actividades de índole contractual por parte de las entidades y organismos que forman parte de la Administración Pública.

La Sala no puede dejar de llamar la atención acerca de la inadmisibles improvisación en la cual incurrió la entidad contratante, con la cual puso en riesgo su patrimonio, pues al no especificar los equipos y maquinaria requeridos, la entidad quedó sometida al albur de recibir cualquier tipo de máquina o de equipo, conducta con la cual se contrarían abiertamente los fines y principios de la contratación estatal.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el objeto es un elemento esencial de los actos jurídicos y de los contratos y que en este caso no se encuentra determinado, su vaguedad conduce a verificar la inexistencia del acto respectivo, de conformidad con los dictados del inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio, causal segunda.

Por ello mismo forzoso concluir que en el presente caso no era jurídicamente posible declarar la nulidad absoluta de este contrato por cuanto no se cumplió con uno de sus presupuestos de existencia.

Ahora bien, en cuanto se ha verificado de manera fehaciente la inexistencia del contrato que infructuosamente pretendieron celebrar las partes, resulta evidente que la Sala mal podría efectuar pronunciamientos de fondo acerca de la validez de dicho contrato –como los que se solicitan en las pretensiones de la demanda o los que se realizaron a través de la sentencia apelada– puesto que falta uno de los presupuestos indispensables sin cuya presencia resulta imposible adelantar el referido examen de validez, cual es la existencia jurídica del correspondiente contrato, cuestión que, obligatoriamente, determinará la revocatoria del fallo impugnado.

6.2. La responsabilidad del llamado en garantía.

El Código Contencioso Administrativo dispone lo siguiente respecto del llamamiento en garantía:

“ARTÍCULO 217 C.C.A. En los procesos relativos a controversias contractuales y en los de reparación directa, la parte demandada podrá, en el término de fijación en lista, denunciar el pleito, realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvenición, siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

Por su parte el artículo 57 del C de P.C. dispone lo siguiente:

*“Quien tenga derecho legal o contractual de **exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia,** podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores”.* (Negritas por fuera del original)

El llamamiento en garantía procede, entonces, cuando entre el llamado y el llamante existe una relación de garantía de orden real o personal, de la cual *“surge la obligación, a cargo de aquél, de resarcir un perjuicio o de efectuar un pago que pudiera ser impuesto en la sentencia que decida el respectivo proceso”*⁵⁸; así pues, el llamamiento en garantía tiene como presupuesto del hecho de que quien lo efectúa haya sufrido un perjuicio o deba realizar un pago que deba ser reembolsado por el llamado en garantía. En estos términos se ha pronunciado la Sala⁵⁹:

*“(…) el llamado en garantía no es parte accesoría sino una parte principal, aunque **la decisión frente al mismo está condicionada a que quien efectúa el llamamiento sufra un perjuicio o deba realizar un pago que aquél deba reembolsarle parcial o totalmente.***

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 11 de 2006. Radicado 32.324. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 6 de 1999. Exp: 12901. C. P. Ricardo Hoyos Duque

“Lo que se pretende con el llamamiento en garantía es la aplicación del principio de economía procesal, en cuanto será el mismo juez que conoce la causa entre demandante y demandado quien resolverá sobre la relación jurídica existente entre el llamante y el llamado, a fin de evitar sentencias contradictorias. Pero en realidad se trata de dos relaciones sustanciales: la del demandante contra el demandado y la de éste contra el llamado en garantía, quien en razón de un vínculo legal, contractual o constitucional en el caso de los agentes del Estado, debe asumir las consecuencias patrimoniales en forma total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia o de la conciliación.”
(Negrillas por fuera del original)

También la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado respecto del llamamiento en garantía, en los siguientes términos⁶⁰:

*“El llamamiento en garantía es uno de los casos de comparecencia forzosa de terceros, que se presenta cuando entre la parte y el tercero, existe una relación legal o contractual de garantía que lo obliga a indemnizarle al citante el **“perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia”** que se dicte en el proceso que genera el llamamiento.*

*“La justificación procesal del llamamiento en garantía, previsto en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, no es otra que la de la economía, pues lo que se procura es hacer valer en un mismo proceso, las relaciones legales o contractuales que obligan al tercero a indemnizar, sin perjuicio, claro está, de las garantías fundamentales del proceso, que en manera alguna se ven conculcadas. Por tal razón, la Corte ha sostenido que **“El texto mismo del precepto transcrito indica que el llamamiento en garantía requiere como elemento esencial que por razón de la ley o del contrato, el llamado deba correr con las contingencias de la sentencia, como consecuencia de la cual el demandado se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago”** (Sent. de 11 de mayo de 1976).*

“(…)

Ahora, sea que el llamamiento en garantía lo proponga una u otra parte, lo significativo es que éste comporta el planteamiento de la llamada pretensión revérsica, o la “proposición anticipada de la pretensión de regreso” (Parra Quijano), o el denominado “derecho de regresión” o “de reversión”, como lo ha indicado la Corte, que tiene como causa la relación sustancial de garantía que obliga al tercero frente a la parte llamante, “a indemnizarle el perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia” (artículo 57). De modo que, de acuerdo con la concepción que sobre el llamamiento en garantía establece el texto legal antes

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de octubre 24 de 2000. Exp: 5387. M. P. José Fernando Ramírez Gómez

*citado, la pretensión que contra el tercero se formula es una pretensión de condena eventual (in eventum), es decir, **que ella sólo cobra vigencia ante el hecho cierto del vencimiento de la parte original y que con ocasión de esa contingencia de la sentencia, “se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago”, como lo ha dicho la Corte.***

*De otro lado, como igualmente lo ha explicado la jurisprudencia, dado que eso es lo que impera la lógica y la técnica de la sentencia, el reembolso o el pago se debe disponer por parte del tercero (llamado), al llamante, denomínese demandante o demandado, que hubo de resultar condenado, pero nunca **per saltum** a quien no fue el citante, porque se trata de relaciones jurídicas perfectamente diferenciables: la del demandante con el demandado y la del llamante con el tercero. **Necesítase, dice la Corte, “que el llamante sea condenado como consecuencia de la demanda que se dirigió contra él; y que el llamado esté obligado por ley a resarcirlo de este mismo riesgo, o que, previamente haya contratado tal resarcimiento”** (Sent. de 28 de septiembre de 1977). Desde luego que la técnica de la decisión no puede ser distinta, porque necesariamente el llamamiento en garantía, que implica la proposición de una novedosa pretensión del llamante frente al llamado, conduce a la aparición de un proceso acumulativo, justificado, como ya se dijo, en la economía procesal, que es la que a la postre determina la anticipación de la pretensión de regreso.” (Negrillas por fuera del original).*

En la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Casanare el día 5 de noviembre de 1998 se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

“SEGUNDO: Declarar nulo el contrato interadministrativo de mandato distinguido con el No. 056/95, celebrado en Yopal, entre el Departamento de Casanare y la Cooperativa Interregional de Colombia Ltda. (COINCO LTDA) el día 10 de noviembre de 1995.

“TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, las cosas deben volver al estado que tenían antes de la suscripción del precitado contrato; se harán las compensaciones del caso por trámite incidental, como se dijo en la parte motiva.

“CUARTO: Condénese solidariamente a la Cooperativa Interregional de Colombia Ltda. (COINCO LTDA.) y al doctor Emiro Sossa Pacheco, al pago de los perjuicios, que también habrán de liquidarse en forma incidental.

“QUINTO: Si esta sentencia no fuere apelada, consúltese con el H. Consejo de Estado.” (fl. 241 y 242 cdno. ppal.)

Tal como se observa, el demandado principal, esto es el Departamento del Casanare no fue condenado a indemnizar perjuicios ni a realizar pago alguno, por tanto resultaba improcedente condenar y menos de manera solidaria al pago de perjuicios, tanto a la Cooperativa interregional de Colombia COINCO LTDA., en su condición de co-contratante de aquél y al señor Emiro Sossa Pacheco en calidad de llamado en garantía, por lo cual tal condena será revocada por la Sala.

Para reafirmar la determinación que acaba de anunciarse se agrega la consideración de que el Tribunal *a quo* declaró responsable al llamado en garantía de manera consecencial, sin embargo se reitera que no hubo una condena previa o principal que obligara al ente demandado a realizar pago alguno, cuestión suficiente para evidenciar la improcedencia –aun en el terreno de la lógica formal– de que pudiese desprenderse una consecuencia de un pronunciamiento que en nada obligaba a la entidad llamante en cuanto se limitaba a declarar la nulidad absoluta del contrato.

Sin perjuicio de la decisión que habrá de adoptarse en el sentido de revocar en su totalidad el fallo expedido por el Tribunal Administrativo del Casanare el día 5 de noviembre de 1998, por cuanto se ha verificado la ***inexistencia*** del que aparentemente pretendía tenerse como Convenio Interadministrativo No. 056 de 1995, la Sala considera que en cuanto algunas de las conductas desplegadas por algunos de los funcionarios públicos que intervinieron en las actuaciones aparentemente contractuales que aquí se han examinado, las cuales incluyen los egresos que se efectuaron con cargo a dineros públicos del Departamento de Casanare con el propósito de pagar las supuestas obligaciones que se pretendían acordar en ese ‘devenir convenio’ (folios 15 a 19, cuaderno 6), podrían ser constitutivas de irregularidades de índole penal, disciplinario y/o fiscal, también ordenará compulsar copias de la presente sentencia con destino al Fiscal General de la Nación, al Procurador General de la Nación y al Contralor General de la República, para lo que corresponda a la competencia de cada uno de tales Despachos.

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

F A L L A:

Primero: Revocar en su totalidad el fallo expedido por el Tribunal Administrativo del Casanare el día 5 de noviembre de 1998 por haberse constatado la *inexistencia* del que en apariencia se pretendía tener como el denominado Convenio Interadministrativo número 056 de 1995, celebrado entre el Departamento de Casanare y la Cooperativa Interregional de Colombia COINCO LTDA.

Segundo: Denegar las pretensiones de la demanda.

Tercero: Compulsar copia de la presente Sentencia, por Secretaría, con destino al Fiscal General de la Nación, al Procurador General de la Nación y al Contralor General de la República, para lo de la competencia propia de cada uno de sus respectivos Despachos.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Presidente

MIRYAM GUERRERO DE ESCOBAR

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO
Ausente