



**JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN TERCERA**

Juez: *ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE*

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Expediente:	Controversia Contractual
Radicación:	110013336038201900077-00
Demandante:	Bogotá – Secretaría de Educación
Demandado:	Consorcio MC2
Asunto:	Fallo primera instancia

El Despacho pronuncia sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, dado que el trámite se agotó en su integridad y no se aprecia ningún vicio que invalide lo actuado.

I.- DEMANDA

1.- Pretensiones

Con la demanda se piden los siguientes pronunciamientos:

1.1.- Declarar la nulidad absoluta de la Modificación 1 al Contrato de Obra No. 3625 de 2015, firmada el 5 de abril de 2016, por haberse incurrido en la causal 1ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

1.2.- Declarar la nulidad absoluta del Acta de Liquidación suscrita el 5 de junio de 2017, por el CONSORCIO MC2, el Interventor y el Ordenador del Gasto de la Subsecretaría de Acceso y Permanencia dentro del Contrato de Obra No. 3625 de 2015, por haberse incurrido en la causal 1ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

1.3.- Liquidar judicialmente el Contrato de Obra No. 3625 de 2015.

2.- Fundamentos de hecho

Según lo reseñado en el escrito de demanda, el Despacho los sintetiza de la siguiente manera:

El 30 de octubre de 2015, entre la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL y el CONSORCIO MC2 (integrado por Luis Milton Ortiz Vergel 50% y César Iván Gil Silva 50%), se firmó el Contrato de Obra No. 3625, con el siguiente objeto: “OBRAS DE ADECUACIÓN, MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO CORRECTIVO DE LAS PLANTAS FÍSICAS CON EL FIN DE ATENDER LOS REQUERIMIENTOS DE SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD EN TÉRMINOS HIGIÉNICO SANITARIOS E INFRAESTRUCTURA EN GENERAL EN LAS LOCALIDADES DE TUNJUELITO, PUENTE ARANDA, SAN CRISTOBAL, CIUDAD BOLÍVAR, KENNEDY, BOSA, SUBA, USAQUÉN, BARRIOS UNIDOS.”¹. Su valor se fijó en la cantidad de \$721.991.972, incluido AIU.

El Acta de Inicio se firmó el 25 de noviembre de 2015. El 2 de febrero de 2016, el consorciado CÉSAR IVÁN SILVA presentó una inhabilidad sobreviniente, tal como lo acredita el Certificado de Antecedentes Disciplinarios No. 124697729 expedido por la Procuraduría General de la Nación, según el cual los efectos de la inhabilidad empezaron el 2 de febrero de 2016.

El 5 de abril de 2016 se firmó la Modificación No. 1 al referido contrato, ampliándose el plazo de ejecución en dos meses y se adicionó el valor de \$59.036.699.00. La celebración

¹ El Despacho señala que todas las transcripciones que aparecen en esta providencia se hacen al pie de la letra, lo que incluye errores gramaticales, ortográficos, etc.

de esta modificación configura nulidad absoluta en los términos del numeral 1° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

El 5 de junio de 2017, se firmó de mutuo acuerdo el Acta de Liquidación del contrato, con el aval del interventor, oportunidad en la que el consorciado inhabilitado guardó silencio. Reitera la configuración de la nulidad. En dicha Acta se determinó a favor del contratista un saldo de \$77.810.662.00, equivalente al 10% de la ejecución del contrato, causado luego de la inhabilitación sobreviniente, lo que no fue informado ni a la supervisión ni a la interventoría, a sabiendas de que ello los obligada a ceder el contrato o a renunciar al mismo (Ley 80 de 1993 Art. 9).

El CONSORCIO MC2, con fundamento en el Acta de liquidación del contrato, formuló demanda ejecutiva en contra de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL, en la que se excepcionó pero el a-quo dispuso seguir adelante con la ejecución, decisión que está siendo revisada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, M.P. BERTHA LUCY CEBALLOS POSADA, radicado 11001334306120180011901.

3.- Fundamentos de derecho

El apoderado judicial designado por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL recurre al numeral 1° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, a fin de señalar que el Contrato No. 3625 de 2015 se firmó en debida forma, pero que tanto para el 5 de abril de 2016, cuando se firmó la Modificación No. 1, como para el 5 de junio de 2017, cuando se firmó de mutuo acuerdo el Acta de Liquidación, el contratista CÉSAR IVÁN SILVA ya presentaba una inhabilitación sobreviniente, la que no solo lo afectaba a él sino también al CONSORCIO MC2, tal como lo prescribe el numeral 1° del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, motivo por el cual han debido proceder en los términos del artículo 9 ibidem, esto es ceder el contrato o renunciar a su ejecución, nada de lo cual sucedió.

Agrega que, como el CONSORCIO MC2 no obró conforme a derecho, se configura la mencionada nulidad, la que es insaneable según lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

Por último, se ocupa de explicar por qué en su criterio la demanda se radicó antes de que se configurara la caducidad del medio de control.

II.- CONTESTACIONES

A través de apoderada judicial y en forma oportuna, el CONSORCIO MC2 dio respuesta a la demanda. Se opuso a todas las pretensiones. Frente a los hechos admitió como ciertos algunos, precisando que la sanción disciplinaria se tomó a sus espaldas y que, por ello, la demandó y está a la espera del fallo; aduce igualmente que, el acta de liquidación nada tiene que ver con el contrato adicional “sino que los valores que allí se reconocen corresponden al 10% de la totalidad del contrato, según la forma de pago originalmente pactada...”. Agrega lo siguiente:

“Puede advertirse con facilidad que el valor reclamado corresponde al 10% (\$72.199.197) del valor inicial (\$721.991.972) más el 10% (\$5.903.669) del valor de la adición de (\$59.036.699), para un total de \$78.102.866, menos los saldos a liberar por cantidades de obra no ejecutadas lo cual arrojaba un valor total de \$77.810.662.”

Señala que tan pronto se tuvo conocimiento de la inhabilitación se intentó dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, sin éxito alguno, para que finalmente se diera por terminado el contrato. En su gran parte el contrato se ejecutó sin la existencia de la inhabilitación, por lo que “*el Consorcio estaba obligado a ejecutar el contrato hasta que la administración tomará una decisión.*”.

Por último, se refiere a la existencia del ejecutivo aludido por la parte actora.

En el mismo escrito se propusieron las siguientes excepciones:

1.- Caducidad: Luego de hacer algunas referencias a providencias de las Altas Cortes y lo normado en el literal j) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, sostuvo que:

“Nótese que el contrato adicional nro. 01 al contrato de obra nro. 3625 de 2015, se suscribió el día 05 de abril de 2016 y terminó por expiración del plazo el **día 18 de octubre de 2016**, fecha a partir de la cual la Entidad podía haber iniciado las acciones, presentándose la caducidad de la acción el **día 19 de octubre de 2018**. La demanda se interpuso el **29 de marzo de 2019**, según fecha de recibo de la Oficina de Apoyo, el auto admisorio se expidió el **08 de julio de 2019** y apenas el 02 de diciembre de 2019 se notificó por el Juzgado 38 Administrativo de Bogotá, vía correo electrónico.

Puede apreciarse sin ninguna dificultad que ha operado la caducidad de la acción por el paso del tiempo y también que el contrato no está en ejecución.”

2.- Desistimiento tácito: Se refiere al numeral 6° del auto admisorio de la demanda, frente al cual se dice que la parte actora no acreditó la remisión de la demanda, sus anexos y el auto admisorio al consorcio demandado.

3.- El Acta de liquidación no contiene ningún vicio: Se apoya en que ese documento solo reconoce los valores que desde un comienzo se pactaron en el contrato, ya que alude al 10% del valor inicial (\$72.199.197.00) más el 10% del valor de la adición \$5.903.669.00, para un total de \$78.102.866.00, menos los saldos a liberar dando la suma de \$77.810.662.00. Es decir, el valor del contrato ya se había cancelado casi en su totalidad.

4.- Responsabilidad de la Secretaría Distrital de Educación: Fundamentada en que no solo el contratista debía verificar sus condiciones de habilitación, sino que también la administración ha debido hacerlo. En este caso, el Distrito omitió hacer las verificaciones del caso antes de firmar el contrato adicional y pese a que lo supo luego, no aplicó lo previsto en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, *“permitiendo que el contratista ejecutara la totalidad de la obra para con ello pretender ahora un enriquecimiento sin causa y un empobrecimiento del contratista.”*.

Además, acude a lo establecido en los artículos 2357 del Código Civil y 70 de la Ley 270 de 1996 para reiterar la participación que tuvo la SECRETARÍA DISTRITAL DE EDUCACIÓN en la producción del daño, en particular porque *“la Entidad supo muy temprano de la situación que afectaba a uno de los miembros y permitió la ejecución del contrato.”*, conocimiento que fue revelado por el señor JOHNNY EDWARD PADILLA ARIZA en calidad de Director de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos.

5.- Ausencia de intención de los miembros del Consorcio MC2 de inducir a error a la administración: Se apoya en que en el documento contentivo del consorcio únicamente se estableció que cada uno sus integrantes participarían en un 50%, sin discriminar qué actividades desarrollaría cada uno de ellos. Sin embargo, los señores LUIS MILTON ORTIZ VERGEL y CÉSAR IVÁN GIL SILVA, miembros del CONSORCIO MC2, acordaron que el primero atendería la ejecución técnica de la obra y llevaría su representación legal, mientras que el segundo se ocuparía del aprestamiento administrativo inicial.

Agregan que los consorciados no tuvieron comunicación durante los meses de febrero a mayo de 2016, de modo que LUIS MILTON ORTIZ VERGEL no sabía lo que ocurría con CÉSAR IVÁN GIL SILVA, ni este supo que se celebraría la modificación del contrato. Empero, cuando tuvieron conocimiento de la inhabilidad la informaron a la entidad, la que si bien estuvo interesada en una segunda adición, la misma no se materializó porque no se pudo ceder el contrato. Finalmente, se dice:

“Debe advertir el Despacho que el valor de la primera adición de (\$59.036.699) es mínima frente al valor inicial del contrato de obra nro. 3625 de 2015 que era de (\$721.991.972) no existe razón alguna para considerar que dos personas íntegras sin antecedentes de sanciones o indelicadeza alguna fueran a arriesgar toda una vida y sus reputaciones por escasos \$5.000.000 que es la utilidad que se puede calcular por la ejecución de estos recursos.”

III.- TRÁMITE DE INSTANCIA

La demanda fue repartida a este juzgado el 29 de marzo de 2019², cuya admisión se dio con auto de 8 de julio de 2019³, en el que se ordenaron las notificaciones del caso. El

² Cuaderno 1 folio 57.

³ Cuaderno 1 folio 58.

consorcio demandado contestó oportunamente la demanda, con documento radicado el 5 de febrero de 2020⁴. De las excepciones formuladas se dio traslado con fijación en lista de 1° de febrero de 2021⁵, ante lo cual se pronunció el apoderado judicial de la contraparte⁶.

El 8 de junio de 2021⁷, se profirió auto por medio del cual se fijó fecha y hora para la práctica de la audiencia inicial, diligencia que se surtió el 16 de septiembre de 2021⁸, programándose al final de la misma la fecha y hora en que se realizaría la audiencia de pruebas. Esta audiencia tuvo lugar el 23 de noviembre de 2021⁹, en la que se practicaron las pruebas decretadas, se dispuso el cierre de la fase probatoria y se ordenó dar traslado para alegar por escrito por el término de 10 días, oportunidad dentro de la cual la delegada del Ministerio Público podría rendir su concepto, si así lo decidía. Tras finalizar el término anterior, el expediente ingresó al Despacho para proferir sentencia.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El mandatario judicial designado por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, con documento radicado el 9 de diciembre de 2021¹⁰, solicita se acceda a las súplicas de la demanda, para lo cual en forma sucinta reitera los planteamientos de la demanda.

El 7 de diciembre de 2021¹¹, la apoderada judicial designada por el CONSORCIO MC2, formuló sus alegatos de conclusión, escrito en el que se insiste en los planteamientos vertidos en la contestación.

V.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No rindió concepto.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Este Juzgado tiene competencia para conocer esta acción porque así lo determinan los artículos 142, 155 numeral 8 y 156 numeral 6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.- Problema jurídico

En la audiencia inicial adelantada el 16 de septiembre de 2021, el juzgado fijó el litigio de la siguiente manera:

“El litigio en este asunto, como primera medida, consiste en establecer si en el *sub lite* operó el fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control de controversias contractuales impetrado por **Bogotá D.C. – Secretaría de Educación** en contra del **CONSORCIO MC2**.

En caso de que se supere el anterior presupuesto de la acción, se deberá determinar si procede la nulidad absoluta de la Modificación No. 1 de 5 de abril de 2016 y del Acta de Liquidación Bilateral de 5 de junio de 2017, del Contrato de Obra No. 3625 de 2015, suscrito entre Bogotá D.C. - Secretaría de Educación y el Consorcio MC2, por configurarse la causal contemplada en numeral 1° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Además, se deberá establecer si como consecuencia de las anteriores declaraciones, procede la liquidación judicial del Contrato de Obra No. 3625 de 2015, cuyo objeto se determinó así: “*OBRAS DE ADECUACIÓN, MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO*”

⁴ Cuaderno 1 folios 64 a 76.

⁵ Ver documento digital “01.- 01-02-2021 TRASLADO EXCEPCIONES”.

⁶ Ver documento digital “03.- 04-02-2021 DESCORRE EXCEPCIONES”.

⁷ Ver documento digital “05.- 08-06-2021 AUTO FIJA FECHA AUDIENCIA INICIAL”.

⁸ Ver documento digital “06.- 16-09-2021 AUDIENCIA INICIAL”.

⁹ Ver documento digital “23.- 23-11-2021 AUDIENCIA DE PRUEBAS - TRASLADO ALEGAR”.

¹⁰ Ver documento digital “28.- 09-12-2021 ALEGATOS SECRETARIA DE EDUCACION”.

¹¹ Ver documento digital “26.- 07-12-2021 ALEGATOS CONSORCIO MC2”.

CORRECTIVO DE LAS PLANTAS FÍSICAS ESTABLECIDAS CON EL FIN DE ATENDER LOS REQUERIMIENTOS DE SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD EN TÉRMINOS HIGIÉNICOS SANITARIOS E INFRAESTRUCTURA EN GENERAL EN LAS LOCALIDADES DE TUNJUELITO, PUENTE ARANDA, SAN CRISTÓBAL, CIUDAD BOLÍVAR, KENNEDY, BOSA, SUBA, USAQUÉN, BARRIOS UNIDOS”.

3.- Caducidad del medio de control de controversia contractual

El mandatario judicial del CONSORCIO MC2 planteó en su oportunidad la excepción de Caducidad, para lo cual adujo que el cómputo del término debe hacerse tomando en cuenta que el 5 de abril de 2016 se suscribió el la Modificación No. 01 al Contrato de Obra No. 3625 de 2015, por lo que el plazo de ejecución del contrato expiró el 18 de octubre de 2016, por tanto, los dos años para accionar finalizaron el 19 de octubre de 2018, siendo presentada la demanda tiempo después, esto es, el 29 de marzo de 2019.

Antes de que el Despacho asuma cualquier posición frente a la discusión, recuerda que la caducidad es una figura jurídica implementada por el legislador con el fin de racionalizar la función jurisdiccional, de modo que los interesados en acudir a la administración de justicia lo hagan dentro de un término perentorio, sin que el mismo, por lo general, quede indefinidamente habilitado. Con tal fin, el legislador desarrolló en el artículo 164 del CPACA los términos para la oportuna radicación del medio de control de controversias contractuales. Veamos:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

.....

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

.....

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga...”

Según la norma anterior, el legislador proveyó una norma general y varias normas especiales. La regla general, en materia de nulidad absoluta o relativa del contrato, es que la demanda debe interponerse dentro de los dos años siguientes al perfeccionamiento del acuerdo de voluntades, lapso de tiempo que resulta relativo siempre y cuando el contrato esté vigente. Una de las reglas especiales señala que en los

contratos sujetos a liquidación y esta se haga de común acuerdo, el cómputo de los dos años empieza a correr “desde el día siguiente al de la firma del acta”.

Pues bien, aunque parece existir una contradicción entre las normas en mención, es sabido por todos que la hermenéutica soluciona este tipo de conflictos aplicando el aforismo de que la norma especial prefiere a la general. Por lo que, el operador judicial está obligado a optar por la regla especial y dejar de lado la regla general.

Así las cosas, como quiera que la demanda se encamina a obtener la nulidad tanto de la Modificación 1 al Contrato de Obra No. 3625 de 2015, firmada el 5 de abril de 2016, como del Acta de Liquidación suscrita de mutuo acuerdo el 5 de junio de 2017¹², entre el CONSORCIO MC2, el Interventor y el Ordenador del Gasto de la Subsecretaría de Acceso y Permanencia de la SECRETARÍA DISTRITAL DE EDUCACIÓN, y como refule el hecho incuestionable de que el contrato de marras fue objeto de liquidación bilateral o de mutuo acuerdo entre las partes contratantes, concluye el Despacho que el término de caducidad en el *sub lite* no se puede computar bajo la regla general sino bajo la regla especial ya mencionadas, valga decir, a partir del día siguiente a la firma del acta.

Ahora, podría cuestionarse la conclusión anterior bajo el argumento de que en tratándose del control de legalidad de dos actos (Modificación 1 y Liquidación de mutuo acuerdo), la caducidad debe computarse en forma separada para cada uno de los actos. Al respecto diría el Despacho que tal posibilidad no sería de recibo, pues de aceptarse llegaríamos al absurdo de tener que adelantar dos medios de control por separados o contemplar la posibilidad de tener que adelantar un solo medio de control de controversias contractuales en el que la situación jurídica de cada acto o actuación deba examinarse de manera independiente, lo que en opinión del juzgado no sería lo correcto, dado que con la firma del acta de liquidación por mutuo acuerdo se abre la posibilidad de entrar a examinar todo aquello frente a lo cual se haya dejado una salvedad en el acta e incluso todo lo concerniente a la eventual vulneración del ordenamiento jurídico, constitutivo de causal de nulidad absoluta.

Además, a la luz de una interpretación conforme al ordenamiento superior, dirá el juzgado que resulta acorde con la garantía del efectivo acceso a la administración de justicia que cualquiera de los contratantes, una vez firmada el acta de liquidación por mutuo acuerdo, pueda acudir ante el juez administrativo a formular el medio de control de controversias contractuales con el propósito de dirimir conflictos o diferencias no zanjadas, incluidas por supuesto las causales de nulidad absolutas que se hayan podido materializar durante el curso de la relación contractual.

Es decir que, con la firma del acta de liquidación por mutuo acuerdo se abre para los contratantes la posibilidad de ventilar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo todas las discrepancias surgidas durante la vigencia y/o ejecución del contrato, sin importar para los efectos de la caducidad el tiempo que haya transcurrido, dado que para el legislador todo ello puede ser del conocimiento del juez administrativo si el interesado acude ante la respectiva autoridad judicial dentro de los dos años siguientes a la firma del acta de liquidación bilateral.

En este orden de ideas, como el Acta de Liquidación de mutuo acuerdo del Contrato de Obra No. 3625 de 2015, se suscribió el 5 de junio de 2017, entre el CONSORCIO MC2, el Interventor y el Ordenador del Gasto de la Subsecretaría de Acceso y Permanencia, el término de caducidad para formular este medio de control transcurrió entre el 6 de junio de 2017 y el 6 de junio de 2019, de modo que al haber radicado la demanda ante la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá el 29 de marzo de 2019¹³, se puede colegir que la parte actora acudió a la jurisdicción a tiempo. Por tanto, se declarará infundada la excepción de caducidad.

4.- Desistimiento tácito

Este medio exceptivo lo funda la parte demandada en que la parte actora no acató la orden impartida por el juzgado en el numeral 6° del auto admisorio calendado el 8 de

¹² Ver documento digital “003Demanda-Anexos” folios 67 a 70.

¹³ Ver documento digital “004ActaDeReparto”.

julio de 2019, dado que no acreditó haber remitido copia de la demanda, sus anexos y del auto en cuestión a las direcciones del consorcio demandado.

En efecto, en el numeral 6° del auto admisorio de la demanda se dispuso:

“SEXTO: ORDENAR al apoderado judicial de la parte demandante que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia acredite ante este Despacho el envío a la parte demandada de copia de la demanda, sus anexos y del auto admisorio, a través del Servicio Postal Autorizado que escoja. Si así no lo hace, se dará aplicación al desistimiento tácito de la demanda, de conformidad con el artículo 178 del CPACA, y se le impondrá multa de hasta 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 44 del CGP.”

La norma que regula lo atinente al desistimiento tácito es del siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 178. DESISTIMIENTO TÁCITO. Transcurrido un plazo de treinta (30) días sin que se hubiese realizado el acto necesario para continuar el trámite de la demanda, del incidente o de cualquier otra actuación que se promueva a instancia de parte, el Juez ordenará a la parte interesada mediante auto que lo cumpla dentro de los quince (15) días siguientes.

Vencido este último término sin que el demandante o quien promovió el trámite respectivo haya cumplido la carga o realizado el acto ordenado, quedará sin efectos la demanda o la solicitud, según el caso, y el juez dispondrá la terminación del proceso o de la actuación correspondiente, condenará en costas y perjuicios siempre que como consecuencia de la aplicación de esta disposición haya lugar al levantamiento de medidas cautelares.

El auto que ordena cumplir la carga o realizar el acto y el que tiene por desistida la demanda o la actuación, se notificará por estado.

Decretado el desistimiento tácito, la demanda podrá presentarse por segunda vez, siempre que no haya operado la caducidad.”

Según esta norma jurídica, para que el desistimiento tácito pueda aplicarse es menester (i) que venzan los 30 días allí señalados sin que se haya realizado el acto necesario para darle continuidad al trámite procesal, (ii) que el juzgado expida un auto requiriendo al respectivo sujeto procesal para que cumpla la carga omitida en un plazo no mayor a 15 días, y (iii) que no obstante el requerimiento anterior, la parte requerida se mantenga en su conducta renuente a cumplir la carga asignada por el operador judicial.

Pues bien, de los tres requisitos anteriores tan solo se cumple el primero, dado que no existe un auto proferido por el Despacho para requerir a la parte actora a fin de que cumpliera lo dispuesto en el numeral 6° del auto admisorio de la demanda, y por lo mismo, tampoco se cuenta con la renuencia de la parte accionante. Es decir, no están dados los elementos para terminar el proceso por desistimiento tácito, lo que lleva a declarar improbadamente esta excepción.

4.- Asunto de fondo

La SECRETARÍA DISTRITAL DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ formuló demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en contra del CONSORCIO MC2, con la finalidad de obtener la nulidad de la Modificación 1 al Contrato de Obra No. 3625 de 2015, firmada el 5 de abril de 2016, así como la nulidad del Acta de Liquidación por mutuo acuerdo suscrita el 5 de junio de 2017, por supuestamente haberse incurrido en la causal 1ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Además, pretende que en caso de ser acogidas las solicitudes anteriores, se proceda a la liquidación judicial del referido contrato.

La nulidad absoluta alegada se sustenta en que la infracción al numeral 1° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 se dio porque a pesar de que el Contrato No. 3625 de 2015 se firmó en debida forma, para el 5 de abril de 2016, cuando se firmó la Modificación No. 1, y para el 5 de junio de 2017, cuando se firmó de mutuo acuerdo el Acta de Liquidación, el contratista CÉSAR IVÁN SILVA ya presentaba una inhabilidad sobreviniente, la que lo afectaba tanto a él como al CONSORCIO MC2, tal como lo prescribe el numeral 1° del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, motivo por el cual han debido proceder en los términos

del artículo 9 *ibidem*, esto es ceder el contrato o renunciar a su ejecución, lo que de hecho no ocurrió. Además, señala que la nulidad es insaneable según el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

El CONSORCIO MC2 se opone a lo pretendido planteando las excepciones denominadas “El acta de liquidación no contiene ningún vicio”, “Responsabilidad de la Secretaría Distrital de Educación” y “Ausencia de intención de los miembros del Consorcio MC2 de inducir a error a la administración”, apoyadas en su orden en que el acta de liquidación solo contiene los valores inicialmente pactados, en que también era responsabilidad de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL verificar las condiciones de habilitación del contratista, lo que no hizo y por ello permitió que el mismo ejecutara el contrato, y en que los consorciados se dividieron las responsabilidades frente a la ejecución del contrato, motivo por el cual el señor LUIS MILTON ORTIZ VERGEL no tuvo conocimiento de lo sucedido con el señor CÉSAR IVÁN GIL SILVA, así como este tampoco supo que se celebración la mencionada Modificación.

El juzgado observa que al expediente se incorporaron en forma regular y oportuna los siguientes medios de prueba de interés para la controversia:

1.- Modelo de carta de conformación de consorcios de 16 de septiembre de 2015, dirigida a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL y en la que se da cuenta de la conformación del CONSORCIO MC2, integrado por los señores LUIS MILTON ORTIZ VERGEL y CÉSAR IVÁN GIL SILVA, cada uno con una participación del 50. Esto con el fin de participar en la Licitación Pública SED-LP-DCCEE-062-2015.¹⁴

2.- Contrato de Obra No. 3625 firmado el 30 de octubre de 2015, entre la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL (contratante) y el CONSORCIO MC2 (contratista), con el siguiente objeto: “OBRAS DE ADECUACIÓN, MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO CORRECTIVO DE LAS PLANTAS FÍSICAS CON EL FIN DE ATENDER LOS REQUERIMIENTOS DE SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD EN TÉRMINOS HIGIÉNICO SANITARIOS E INFRAESTRUCTURA EN GENERAL EN LAS LOCALIDADES DE TUNJUELITO, PUENTE ARANDA, SAN CRISTOBAL, CIUDAD BOLÍVAR, KENNEDY, BOSA, SUBA, USAQUÉN, BARRIOS UNIDOS.”. Su valor se fijó en la cantidad de \$721.991.972, incluido AIU, y su plazo de ejecución en 4 meses contados a partir de la firma del acta de inicio.¹⁵

3.- Modificación No. 1 al contrato anterior, firmada el 5 de abril de 2016. Se prorroga el plazo de ejecución en dos (2) meses, para un total de seis (6) meses, y se adiciona el valor del contrato con la suma de \$59.036.699.00, por lo que su valor total quedó en la cantidad de \$781.028.671.00.¹⁶

4.- Acta de liquidación del Contrato de Obra No. 3625 de 30 de octubre de 2015, firmada el 5 de junio de 2017 por el señor LUIS MILTON ORTIZ VERGEL como representante legal del CONSORCIO MC2, el señor CARLOS ERNESTO PERDOMO RUBIANO como representante de la firma interventora CONSORCIO MDS-45 y la señora ADRIANA MARÍA GONZÁLEZ M., en calidad de Subsecretaria de Acceso y Permanencia de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL. Se dejó constancia que el contrato se ejecutó a entera satisfacción, se autoriza el pago a favor del contratista de la suma de \$77.810.662.00, se libera a favor de la entidad contratante la suma de \$292.050.00 y las partes se declaran a paz y salvo “sin perjuicio de las obligaciones que subsisten en cabeza del contratista en relación con las garantías de calidad, estabilidad, mantenimiento o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes (cuando ello proceda).”.¹⁷

5.- Certificado de antecedentes expedido el 28 de marzo de 2019 por la Procuraduría General de la Nación, en el que se informa que el señor CÉSAR IVÁN GIL SILVA, identificado con cédula de ciudadanía No. 13.256.505, presenta la siguiente anotación: “INHABILIDAD PARA CONTRATAR CON EL ESTADO LEY 734 ART 38 PAR. Fecha Inicio: 02/02/2016. Fecha Fin: 01/02/2021”.¹⁸

¹⁴ Ver documento digital “003Demanda-Anexos” folio 38.

¹⁵ Ver documento digital “003Demanda-Anexos” folios 41 a 49.

¹⁶ Ver documento digital “003Demanda-Anexos” folios 39 y 40.

¹⁷ Ver documento digital “003Demanda-Anexos” folios 67 y 70.

¹⁸ Ver documento digital “003Demanda-Anexos” folios 77.

6.- Contrato de cesión de derechos económicos firmado entre el señor CÉSAR IVÁN GIL SILVA (cedente) y el señor LUIS MILTON ORTIZ VERGEL (cesionario), con fecha 8 de agosto de 2016, autenticado el 12 del mismo mes y año, con respecto al Contrato de Obra No. 3625 de 30 de octubre de 2015. Y oficio No. 058-MC2-2106 de 10 de agosto de 2016, por medio del cual cedente y cesionario notifican a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL la anterior cesión, sin embargo, ninguno de los documentos anteriores cuenta con constancia de haber sido radicado en las oficinas de la entidad contratante.¹⁹

7.- Declaraciones rendidas por los señores LUIS MILTON ORTIZ VERGEL, CÉSAR IVÁN GIL SILVA y JOHNNY EDUAR PADILLA ARIZA en la audiencia de pruebas realizada el 23 de noviembre de 2021.²⁰

El ordenamiento jurídico interno contempla un estricto régimen frente a las nulidades que, si bien debe ser la última ratio, en todo caso no puede soslayarse porque en medio se hallan normas de orden público que deben acatarse pues son de obligatorio cumplimiento.

Tal ocurre, por ejemplo, con la figura del objeto ilícito, el que según el artículo 1519 del Código Civil se materializa “*en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...*”. Es decir, el derecho público de la nación es una barrera infranqueable, cuya observancia no está librada a la discrecionalidad de los asociados, quienes frente a ello no tienen más que obedecer lo dispuesto en las referidas normas.

Es así como el artículo 1741 del Código Civil prescribe que “**La nulidad producida por un objeto o causa ilícita**, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, **son nulidades absolutas.**” (Negritas del Despacho). Aunque el ordenamiento jurídico contempla las nulidades absolutas y las nulidades relativas, es evidente que, ante la presencia de un objeto ilícito, la calificación que corresponde darlo al acto o contrato es la de un acto o contrato absolutamente nulo, y así lo es puesto que no existe la menor posibilidad de que frente a ello se produzca la convalidación o saneamiento. Tal vez esto explique que en el artículo 1742 del Código Civil se disponga lo siguiente:

“ARTICULO 1742. <OBLIGACION DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA>. <Artículo subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936. El nuevo texto es el siguiente:> **La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato;** puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.”

Es tan importante la defensa del ordenamiento jurídico, en especial las normas catalogadas como de orden público, que la ley permite que, ante la existencia de un acto o contrato afectado con nulidad absoluta, por ejemplo por objeto ilícito, pueda el operador judicial, aún de oficio, declarar su nulidad, a condición por supuesto de que el vicio aflore por sí mismo y sin ser menester mayores pruebas o disquisiciones jurídicas al respecto. Tal defensa de la ley se lleva, además, al extremo de no permitir que el acto o contrato pueda ser objeto de saneamiento, ni siquiera con el paso del tiempo o por la materialización de la prescripción extraordinaria.

Una vez declarada la nulidad absoluta del acto o contrato, es preciso dar aplicación a lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil, que prescribe:

“ARTICULO 1746. <EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD>. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarian si no hubiese existido el acto o contrato nulo; **sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.** En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su

¹⁹ Cuaderno 1 folios 78 a 81.

²⁰ Ver documento digital “23.- 23-11-2021 AUDIENCIA DE PRUEBAS - TRASLADO ALEGAR”.

deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.”

Esta norma deja ver que existe una diferencia bien importante cuando se declara la nulidad de un acto o contrato por objeto ilícito, que cuando la nulidad proceda por otra causa, distinción que se da en el terreno de las restituciones mutuas. En efecto, aunque la norma pregona que la nulidad da a las partes el derecho a ser restituidas al mismo estado en que estarían si no hubiese existido el acto o contrato, asimismo previene que el efecto no es el mismo cuando la nulidad absoluta se produce por objeto ilícito, lo que en verdad es comprensible si se repara en que si la invalidez se configura por esa causa, no resulta acertado que las partes adquieran el derecho a mantenerse en el mismo estado anterior, gracias a que si así fuera el objeto ilícito y la nulidad absoluta que lo precede, serían instituciones carentes de toda eficacia.

Ahora, el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, en su texto original antes de la modificación introducida por el artículo 6 de la Ley 2014 de 2019, disponía en cuanto a inhabilidades e incompatibilidades lo siguiente:

“ARTÍCULO 9. (Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007). Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación ~~o concurso~~, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión de contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.”

Esta norma, que sin duda es de orden público y de estricto cumplimiento, prevé que en materia de contratación estatal las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes deben propiciar ciertos comportamientos en los contratistas y en la administración. Así, los contratistas que resulten inmersos en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad necesariamente están obligados a ceder su participación en el contrato, contando con el previo beneplácito de la administración, y si ello no resulta posible, por la circunstancia que sea, indefectiblemente deben renunciar a su ejecución. ¿Por qué? Por la potísima razón de que por encima de los derechos y obligaciones que puedan desprenderse del negocio jurídico ajustado entre la administración contratante y el contratista con inhabilidad sobreviniente, está el interés general permeado por la defensa del ordenamiento jurídico, en especial las normas de orden público y estricto cumplimiento, como de hecho lo es que sobre los contratistas no pese ninguna inhabilidad o incompatibilidad.

Además, nótese que la norma en cuestión incluso prohíbe que la cesión del contrato por parte del contratista en quien recae una inhabilidad sobreviniente, se pueda hacer entre quienes conforman el consorcio o la unión temporal, lo que permite sostener que los efectos inhabilitantes de la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes también se extienden a las personas naturales o jurídicas que conforman el consorcio o la unión temporal, medida que resulta razonable dado que admitir la posibilidad de una cesión de derechos contractuales entre los mismos consorciados o unidos temporalmente llevaría a que en la práctica por un acuerdo de voluntades entre particulares se le pudiera restar eficacia jurídica a normas de orden público.

Lo anterior tenía respaldo en el texto original del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de los hechos, que definía el consorcio en estos términos: “*Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.*” (El Despacho resalta). Esto acompasa con lo dicho en

precedencia, en cuanto imposibilitaba que la cesión de derechos vinculados con el contrato estatal se pudiera hacer entre los mismos integrantes del consorcio.

Ahora, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; (...)”

Esta norma reitera a su manera lo dicho en el Código Civil en cuanto al régimen de las nulidades absolutas pero, además, indica que son absolutamente nulos los contratos que se celebran con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad. Pues bien, este precepto junto a los anteriores lleva a sostener que deben distinguirse entre las inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes y las inhabilidades o incompatibilidades preexistentes, dado que solo en el primer caso se puede ceder por el contratista concernido su participación en el contrato o, si ello no es posible, proceder a la terminación inmediata del mismo, soluciones que son entendibles si se observa que al momento en que se produce el acuerdo de voluntades y este se eleva a escrito, no existía ningún impedimento legal para que el contratista asumiera su rol de colaborador de la administración.

En cambio, con las inhabilidades o incompatibilidades que ya existían cuando se celebró el contrato estatal y son advertidas luego de la firma del respectivo negocio jurídico, es claro que no se puede proceder como se hace de cara a las inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes, dado que el contrato nació a la vida jurídica viciado de nulidad, el que por albergar un objeto ilícito deviene insaneable, siendo la única salida factible que la nulidad sea declarada incluso de oficio por el operador judicial. Para ser más precisos veamos lo que dice el artículo 45 *ibidem* al respecto:

“ARTÍCULO 45. DE LA NULIDAD ABSOLUTA. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

En los casos previstos en los numerales 1o., 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.”

La norma anterior, además de reiterar que la nulidad absoluta no puede ser saneada por ratificación y que debe declararse incluso de oficio por el juez, también le dice a la administración que cuando observe que en un contrato se configura alguna de las causales de nulidad contempladas en los numerales 1, 2 y 4, lo que debe hacer es dar por terminado el contrato por medio de acto administrativo debidamente motiva y proceder a su liquidación. Por tanto, y a manera de colofón, si la inhabilidad es sobreviniente, el contratista debe proceder a la inmediata cesión del contrato o a su terminación si ello no es posible; pero si la inhabilidad es preexistente, el contratista carece de tal posibilidad, por lo que las únicas alternativas posibles son que la administración termine el contrato por acto administrativo motivado o que acuda a la jurisdicción si ello ya no es jurídicamente viable porque el contrato ya haya sido terminado y liquidado.

Pues bien, en este caso está probado que entre la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL y el CONSORCIO MC2 se firmó el Contrato de Obra No. 3625, con fecha de 30 de octubre de 2015, así como se firmó la Modificación No. 1 respecto del mismo negocio jurídico, el día 5 de abril de 2016. De igual forma, se probó que el 5 de junio de 2017 se firmó el Acta de liquidación del Contrato de Obra No. 3625, y que el señor CÉSAR IVÁN GIL SILVA, identificado con cédula de ciudadanía No. 13.256.505, según Certificado de antecedentes expedido el 28 de marzo de 2019 por la Procuraduría General de la Nación, tenía una inhabilidad para contratar por el lapso de tiempo comprendido entre el 2 de febrero de 2016 y el 1º de febrero de 2021.

Es decir, que frente a la Modificación 1 de 5 de abril de 2016, suscrita respecto del Contrato de Obra No. 3625 de 30 de octubre de 2015, se produjo no una inhabilidad sobreviniente sino una inhabilidad preexistente en cuanto al CONSORCIO MC2, puesto que para ese momento ya estaba en pleno vigor la inhabilidad reportada por la Procuraduría General de la Nación, con vigencia para el periodo comprendido entre el 2 de febrero de 2016 y el 1° de febrero de 2021.

Las implicaciones que tiene ese hecho no son las que supone la parte demandada, esto es, que bastaba con que se cediera el contrato o que se terminara en dicha parte, puesto que lo configurado allí fue un objeto ilícito, dado que se contrarió una norma de orden público y de estricto cumplimiento, como lo es la contemplada en el numeral 1° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que prohíbe que la administración celebre contratos con personas incurso en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad, vicio que no admite ninguna forma de saneamiento.

Por lo mismo, ninguno de los medios exceptivos alegados por el CONSORCIO MC2 tiene la eficacia jurídica requerida para enervar la conclusión anterior. De un lado, porque el planteamiento de que el acta de liquidación se hizo correctamente porque los valores concuerdan con el desarrollo del objeto contractual, no puede llevar a ignorar que la Modificación 1 nació viciada de nulidad absoluta, por objeto ilícito, pues se ajustó entre las partes pese a que se transgredió una norma jurídica que lo prohibía, ciertamente porque uno de los consorciados presentaba una inhabilidad vigente para el momento en que se firmó dicha modificación. Recordemos que las normas citadas con antelación establecen que este tipo de nulidades no se pueden sanear bajo ninguna circunstancia, lo que por supuesto incluye la correcta ejecución del objeto contractual.

De otro lado, porque la hipótesis de que la SECRETARÍA DISTRITAL DE EDUCACIÓN contribuyó eficazmente a que la Modificación 1 naciera a la vida jurídica viciada de nulidad, por no haber revisado los antecedentes de los integrantes del CONSORCIO MC2, produciéndose una especie de culpa exclusiva de la víctima, tampoco tiene cabida en estos casos. Obsérvese que las normas jurídicas infringidas son de orden público y por tanto de estricto cumplimiento, lo que se traduce en que se trata de un derecho que no está a disposición ni de la administración ni de los administrados, de suerte que las omisiones en que hayan podido incurrir los funcionarios públicos o los contratistas a la hora de verificar si sobre estos últimos pesaba alguna inhabilidad o incompatibilidad, ninguna incidencia jurídica tiene sobre el vicio de nulidad que se configuró sobre la citada modificación.

Admitir que las omisiones de la administración en esta materia pueden constituir una especie de culpa exclusiva de la víctima, sería tanto como aceptar veladamente que el silencio de la misma se erige en factor de saneamiento de una nulidad absoluta basada en un objeto ilícito, saneamiento que según se vio no es jurídicamente factible por la prevalencia de la protección del ordenamiento jurídico. Adicional a ello, calificar a la administración como víctima de la infracción del ordenamiento jurídico es un desatino en estos casos, puesto que los intereses en juego se equiparan al interés común, muy superiores a los propios intereses de la SECRETARÍA DISTRITAL DE EDUCACIÓN, quien por cierto no podría ser tenida como víctima de una nulidad generada, entre otras cosas, por su omisión de verificar las calidades de sus contratistas.

Por otro lado, respecto de la falta de intención de los integrantes del CONSORCIO MC2 para inducir a error a la administración o del desconocimiento que tuvieron los señores LUIS MILTON ORTIZ VERGEL y CÉSAR IVÁN GIL SIVA sobre las actividades que cada uno decidió asumir frente a la ejecución del contrato de marras, dirá el juzgado que nada de ello tiene la capacidad de desvirtuar la configuración de la nulidad absoluta por objeto ilícito.

En efecto, el examen de legalidad que se surte en estos casos es de tipo objetivo, no tiene ningún componente subjetivo. Esto significa que los hechos y actos acreditados se contrastan no con los elementos subjetivos derivados del comportamiento de las partes, sino con factores objetivos como sin duda lo es si sobre alguno de los integrantes del CONSORCIO MC2 pesaba una causal de inhabilidad o incompatibilidad. Por ello, una vez comprobado que el señor CÉSAR IVÁN GIL SILVA, integrante del mencionado consorcio, estaba incurso en una inhabilidad para celebrar contratos cuando se firmó la

Modificación 1, es dable colegir que este último acto nació a la vida jurídica viciado de nulidad, sin que el vicio pueda sanearse o convalidarse bajo ninguna circunstancia.

Debe acotarse, además, que si se tomase por cierto que el contrato de cesión de derechos firmado entre los señores CÉSAR IVÁN GIL SILVA como cedente y LUIS MILTON ORTIZ VERGEL como cesionario, se radicó el 10 de agosto de 2016 ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL, ello no cambiaría en nada la conclusión hasta el momento obtenida.

Carecería de toda eficacia el acto anterior puesto que la cesión del contrato es válida en los casos de inhabilidad sobreviniente, esto es, cuando la inhabilidad se produce con posterioridad a la firma del contrato estatal. Empero, según lo probado en el plenario, cuando se firmó la Modificación 1 (5 de abril de 2016), ya el CONSORCIO MC2 estaba afectado por la inhabilidad del señor CÉSAR IVÁN GIL SILVA, a quien se le decretó por el lapso de tiempo comprendido entre el 2 de febrero de 2016 y el 1º de febrero de 2021. Por ser así las cosas, es decir, por tratarse de una inhabilidad preexistente, bien puede afirmarse que la Modificación 1 resultó viciada de nulidad absoluta por objeto ilícito, circunstancia que ni siquiera podría ignorarse con lo dicho en las declaraciones rendidas en la audiencia de pruebas llevada a cabo el 23 de noviembre de 2021, medio de prueba que termina siendo inconducente para desvirtuar la existencia de la referida nulidad absoluta.

En línea con lo anterior, el Despacho colige que la nulidad absoluta no solo se predica de la Modificación 1 de 5 de abril de 2016, sino que también se extiende al Acta de liquidación del Contrato de Obra No. 3625 de 30 de octubre de 2015, firmada el 5 de junio de 2017 por el señor LUIS MILTON ORTIZ VERGEL como representante legal del CONSORCIO MC2, el señor CARLOS ERNESTO PERDOMO RUBIANO como representante de la firma interventora CONSORCIO MDS-45 y la señora ADRIANA MARÍA GONZÁLEZ M., en calidad de Subsecretaria de Acceso y Permanencia de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL. Adoptar una postura contraria, valga decir, que la liquidación del contrato queda a salvo de la nulidad absoluta que recae sobre la Modificación 1, llevaría a auspicar una infracción al ordenamiento jurídico, en particular en aquella parte que dice que esta nulidad puede ser alegada incluso por el Ministerio Público, y decretada de oficio por el juez administrativo, lo que supone que su abordaje puede darse luego de que la administración proceda a la liquidación del negocio jurídico, bien sea en forma unilateral o ya mancomunadamente.

En suma, el juzgado encuentra procedente acoger las súplicas de la demanda, por lo que se declarará la nulidad absoluta de los actos acusados.

Ahora, en cuanto a la liquidación judicial del contrato, el Despacho la considera viable debido a que ante la nulidad del Acta de liquidación del Contrato de Obra No. 3625 firmada el 5 de junio de 2017, es menester finiquitar ese negocio jurídico, teniendo las partes contratantes el derecho a saber cuál es el balance final de la operación. Recuérdesse que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho al respecto:

“En estos términos, liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual.”²¹

Según los medios de prueba regular y oportunamente recabados en el plenario, frente a los cuales no existe discrepancia entre las partes, el Contrato de Obra No. 3625 firmado el 30 de octubre de 2015, entre la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL

²¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00038-01(27777). Actor: Consorcio Estudios Técnicos S.A. Demandado: Corporación Autónoma Regional del Atlántico. Referencia: Acción de Controversias Contractuales.

(contratante) y el CONSORCIO MC2 (contratista), tuvo como valor la cantidad de \$721.991.972, incluido AIU, con plazo de ejecución de 4 meses contados a partir de la firma del acta de inicio; además, la Modificación No. 1 a este contrato, firmada el 5 de abril de 2016, implicó una prórroga al plazo de ejecución en dos (2) meses, y una adición al valor del contrato por la suma de \$59.036.699.00. Y, según el Acta de liquidación del Contrato de Obra No. 3625 firmada el 5 de junio de 2017, el contrato y su modificación se ejecutaron a entera satisfacción, por lo que se autorizó pagar al contratista la suma de \$77.810.662.00 y se liberó la suma de \$292.050.00.

Pues bien, como resultó afectada de nulidad absoluta la Modificación 1 de 5 de abril de 2016 y dado que el objeto contractual se ejecutó a satisfacción, el juzgado considera que en la liquidación del contrato no puede incluirse como saldo a favor del CONSORCIO MC2 la cantidad de \$59.036.699.00, que corresponde al valor adicionado al Contrato de Obra No. 3625 firmado el 30 de octubre de 2015, motivo por el cual solo se reconocerá al contratista como saldo final la cantidad de \$18.773.963.00, que es el resultado de deducir al monto total adeudado el valor adicionado con dicha modificación.

No se considera viable reconocer al CONSORCIO MC2 la suma de dinero adicionada con la Modificación 1 de 5 de abril de 2016, así haya ejecutado a satisfacción el objeto contractual, debido que ello es el fruto de la infracción al ordenamiento jurídico, así como el resultado de la configuración de una causal de nulidad absoluta por objeto ilícito. Sería absurdo que junto a la nulidad decretada se mantuvieran al contratista los derechos económicos derivados de la ejecución de un contrato, si la nulidad equivale a una sanción jurídica por violación a la ley, la sanción no solo debe cobijar la cesación de los efectos jurídicos del contrato anulado, sino que también debe operar *ex nunc*, esto es, como si el contrato nunca hubiera existido, lo que por lógica conduce a invalidar los derechos derivados del negocio jurídico.

Las restituciones mutuas, en casos de nulidad absoluta por objeto ilícito, no se examinan a la luz de postulados como la buena fe, ya que pese a su existencia, la nulidad sanciona el acto y sus efectos jurídicos, los que abarcan tanto derechos como obligaciones que se hayan acordado entre las partes. Además, la buena fe en casos de inhabilidades decretadas sobre contratistas difícilmente puede acogerse, dado que la imposición de tal medida es el resultado del previo adelantamiento de un procedimiento administrativo o judicial, el que bajo el principio de legalidad se presume que se adelantó conforme a la Constitución y la Ley, respetando al implicado la totalidad de sus garantías procedimentales, en especial el derecho al debido proceso ejerciendo su defensa y controvirtiendo todo lo dicho en su contra.

En conclusión, el contrato de marras se liquidará en esta providencia en el sentido de determinar que la administración adeuda al contratista la cantidad \$18.773.963.00, suma de dinero que según el Acta de liquidación del Contrato de Obra No. 3625 firmada el 5 de junio de 2017, debió pagarse en dicho mes y año, motivo por el cual se indexará con base en la fórmula de matemática financiera utilizada en estos casos por el Consejo de Estado, así:

VR = VH x IPC abril 2023/IPC junio 2017
VR = \$18.773.963.00 x 132.80/96.23
VR = \$25.908.576.00

7.- Costas

De otro lado, si bien el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe que “la sentencia dispondrá sobre la condena en costas”, de ello no se sigue necesariamente que ante un pronunciamiento adverso la parte vencida deba ser condenada en costas. Por lo tanto, a partir de la conducta procesal demostrada por la parte demandada el juzgado no encuentra procedente condenarla en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo Oral – Sección Tercera del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas “Caducidad”, “Desistimiento tácito”, “El Acta de liquidación no contiene ningún vicio”, “Responsabilidad de la Secretaría Distrital de Educación” y “Ausencia de intención de los miembros del Consorcio MC2 de inducir a error a la administración”, formuladas por el apoderado judicial del **CONSORCIO MC2**.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA de la Modificación No. 1 de 5 de abril de 2016 que se hizo al Contrato de Obra No. 3625 firmado el 30 de octubre de 2015, entre la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE BOGOTÁ** (contratante) y el **CONSORCIO MC2** (contratista), y del Acta de liquidación del Contrato de Obra No. 3625 firmada el 5 de junio de 2017, por haberse configurado objeto ilícito.

TERCERO: LIQUIDAR JUDICIALMENTE el Contrato de Obra No. 3625 firmado el 30 de octubre de 2015, entre la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE BOGOTÁ** (contratante) y el **CONSORCIO MC2** (contratista), en el sentido de señalar que la primera adeuda al segundo la cantidad de VEINTICINCO MILLONES NOVIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS (\$25.908.576.00) M/Cte., quedando por lo demás las partes a paz y salvo. En consecuencia, **ORDENAR** a la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE BOGOTÁ** que, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, pague al **CONSORCIO MC2** la cantidad de dinero objeto de esta liquidación.

CUARTO: ORDENAR el cumplimiento de esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: Por Secretaría y una vez cobre ejecutoria esta providencia, expídase al **CONSORCIO MC2** las copias respectivas. Finalmente, **ARCHIVAR** el expediente dejando las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE
Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.

Correos electrónicos
Parte demandante: notificjuridicased@educacionbogota.edu.co ; info@zyrabogados.com ; diana.osorio19871@gmail.com ; diegofernandorv@gmail.com ;
Parte demandada: ingluismilton@yahoo.es ; consorciomc2@gmail.com ;
Ministerio Público: mferreira@procuraduria.gov.co ;

Firmado Por:
Henry Asdrubal Corredor Villate
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
038
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 43f6e94483681d8628ea5450641165e8198c31c639d2335aed48a36017579382

Documento generado en 17/05/2023 10:28:27 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>