

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

**Magistrado Ponente:** FREDY IBARRA MARTÍNEZ  
**Expediente:** 15001-23-33-000-2018-00693-02 (69.655)  
**Demandante:** 3M CONSTRUYE SAS  
**Demandado:** MUNICIPIO DE MONGUA (BOYACÁ) Y HENRY UNRIZA PUIN, INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL EL SOL NACIENTE  
**Medio de control:** CONTROVERSIAS CONTRACTUALES  
**Asunto:** APELACIÓN DE SENTENCIA - CPACA

*Síntesis del caso: la parte actora pide que se declare el incumplimiento de la unión temporal El Sol Naciente en la ejecución del contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013, así como también que se declare que dicha unión temporal le adeuda el valor de la obra ejecutada y recibida por el municipio de Mongua (Boyacá) en atención a la cesión de derechos celebrada entre la contratista y la compañía actora; a su turno, el señor Henry Unriza Puin, en condición de integrante y representante legal de la unión temporal, demandó en reconvención a la compañía 3M Construye SAS para obtener la declaración de incumplimiento del contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013 y el reconocimiento de los perjuicios materiales que estima le causó; pedimentos estos que el Tribunal Administrativo de Boyacá no validó y declaró probada, de oficio, la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de la demanda principal y por pasiva de la demanda de reconvención, en relación con la sociedad 3M Construye SAS, por cuanto el contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013 se regía por el estatuto de contratación estatal y la cesión de derechos celebrada entre las partes no cumplía con los requisitos legales para ello. Inconforme con la decisión, la compañía 3M Construye SAS se opuso a la sentencia dado que el contrato de obra no. 001 de 2013 se regía por el derecho privado y, en ese sentido, como la cesión de derechos no debía cumplir con mayores solemnidades, esta compañía se encontraba legitimada para demandar y debía resolverse el fondo de la controversia.*

*Temas: régimen de los convenios de asociación – nulidad absoluta de los contratos por objeto ilícito – efectos de la nulidad absoluta.*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de 23 de noviembre de 2022 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Decisión no. 5 que declaró probada, de oficio, la falta de legitimación en la causa por activa de la parte actora de la demanda principal y por pasiva en la demanda de reconvención respecto de la compañía Construye 3M

SAS, y denegó las demás súplicas de la demanda (índice no. 68 SAMAI), en los siguientes términos:

**“Primero.** Declarar probada de oficio la falta de legitimación en la causa por activa de la demanda principal, y por pasiva de la demanda de reconvencción, respecto de la sociedad 3M CONSTRUYE SAS, por las razones expuestas en la parte considerativa.

**Segundo: Negar las pretensiones** de la demanda principal presentada por 3M CONSTRUYE SAS contra el municipio de Mongua y el señor Henry Unriza Puin, integrante de la Unión Temporal El Sol Naciente.

**Tercer: Negar las pretensiones** de la demanda de reconvencción incoada por el señor Henry Unriza Puin, como persona natural y representante de la Unión Temporal El Sol Naciente, contra la sociedad 3M CONSTRUYE SAS.

**Cuarto:** Sin costas en esta instancia.

**Quinto:** En firme esta providencia, por Secretaría archívese el expediente, previas las anotaciones del caso.” (fls. 48 y 49, índice no. 68 SAMAI – negrillas y mayúsculas fijas del texto original).

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

Mediante escrito radicado el 20 de noviembre de 2018 en el Tribunal Administrativo de Boyacá, la compañía 3M Construye SAS, actuando por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales (fls. 2 a 42 cdno. no. 1) con las siguientes súplicas:

#### **“2.2. Pretensiones Declarativas.**

**PRIMERA:** Declarar que **3M CONSTRUYE**, fue la sociedad que sumió y ejecutó a cabalidad cada una de las obligaciones contractuales derivadas del contrato de obra no. 01 de 2013, suscrito el 16 de septiembre de ese año, y en consecuencia declarar la existencia de la relación contractual entre la **UNIÓN TEMPORAL SOL NACIENTE Y 3M CONSTRUYE**.

**SEGUNDO:** Declarar que **EL MUNICIPIO DE MONGUA**, entidad pública, en calidad de integrante de la **UNIÓN TEMPORAL SOL NACIENTE**, Y **HENRY UNRIZA PUIN**, persona natural, en calidad de integrante de la **UNIÓN TEMPORAL SOL NACIENTE**, incumplieron el contrato de obra no. 001 de 2013, por los hechos, conductas y omisiones que resulten probadas en el proceso, y en consecuencia son responsables por los daños y perjuicios ocasionados a **3M CONSTRUYE**.

**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL:** Que se declare que en la ejecución del contrato de obra no. 001 de 2013, ocurrieron hechos que llevaron al desequilibrio económico del contrato en contra de **3M CONSTRUYE**.

**TERCERA:** Declarar que **3M CONSTRUYE**, ha cumplido íntegramente el Contrato de obra mencionado.

**CUARTA:** Declarar que **3M CONSTRUYE**, en virtud del documento de cesión de derechos firmado el 15 de diciembre de 2015, asumió la posición contractual que tenía el contratista Construir y Crecer SAS, respecto de las condiciones contenidas en dicho documento y en consecuencia es el único titular de los derechos derivados de tal posición.

**QUINTA:** Que se declare que por hechos no imputables a **3M CONSTRUYE**, no fue posible terminar la construcción total de las viviendas objeto del contrato de obra no. 01 de 2013.

**SEXTA:** Que se restablezca el derecho de **3M CONSTRUYE**, como consecuencia de las pretensiones anteriores.

**SÉPTIMA:** Que se liquide el contrato de obra no. 001 de 2013, según lo probado en este proceso.

### **2.3. Pretensiones de Condena.**

**PRIMERA:** Que se condene al **MUNICIPIO DE MONGUA**, entidad pública, en calidad de integrante de la **UNIÓN TEMPORAL EL SOL NACIENTE**, y a **HENRY UNRIZA PUIN**, persona natural, en calidad de integrante de la **UNIÓN TEMPORAL EL SOL NACIENTE** a pagar a **3M CONSTRUYE**, el valor de Tres mil Setecientos Cincuenta y Nueve Millones Doscientos Noventa y Cuatro Trescientos Sesenta y Tres Mil Pesos (\$3.759.294.363) m/cte, por concepto de obras ejecutadas y no pagadas en 69 viviendas construidas y entregadas a la **UNIÓN TEMPORAL EL SOL NACIENTE**, valor que se encuentra reajustado a precios vigentes de acuerdo con la Cartilla de Precios de la Gobernación de Boyacá.

**SEGUNDA:** Que se condene al **MUNICIPIO DE MONGUA**, entidad pública, en calidad de integrante de la **UNIÓN TEMPORAL EL SOL NACIENTE**, y a **HENRY UNRIZA PUIN**, persona natural de (sic) integrante de la **UNIÓN TEMPORAL EL SOL NACIENTE** a pagar a **3M CONSTRUYE**, el valor de Trescientos Catorce Millones Ochenta y Cinco Mil Ochocientos Setenta Pesos (\$314.085.870) m/cte, por concepto de obras de urbanismo ejecutadas y no pagadas para 21 viviendas no construidas.

**TERCERA:** Que se condene al **MUNICIPIO DE MONGUA**, entidad pública, en calidad de integrante de la **UNIÓN TEMPORAL EL SOL NACIENTE**, y a **HENRY UNRIZA PUIN**, persona natural, en calidad de integrante de la **UNIÓN TEMPORAL EL SOL NACIENTE** a pagar a **3M CONSTRUYE**, el valor de Setecientos Ochenta y Dos Millones Trescientos Cincuenta y Cinco Mil Setecientos Noventa y Dos Pesos (\$782.355.797) m/cte, por concepto de los valores causados por la Mayor Permanencia en obra correspondiente a: -Sobrecostos derivados del personal de trabajo, - Sobrecostos derivados de acreedores bancarios y personas naturales, -Sobrecostos por equipo y maquinaria en obra.

**CUARTA:** Que se condene al **MUNICIPIO DE MONGUA**, entidad pública, en calidad de integrante de la **UNIÓN TEMPORAL EL SOL NACIENTE**, y a **HENRY UNRIZA PUIN**, persona natural, en calidad de integrante de la **UNIÓN TEMPORAL EL SOL NACIENTE** a pagar la compensación causada a favor de **3M CONSTRUYE**, por valores de Seiscientos Cuarenta y Tres Millones Quinientos Treinta y Tres Mil Trescientos Veinticuatro Pesos (\$643.533.324) m/cte como compensación por los daños y perjuicios generados por el incumplimiento del deber contractual.

**QUINTA:** Que se condene al **MUNICIPIO DE MONGUA**, entidad pública, en calidad de integrante de la **UNIÓN TEMPORAL EL SOL NACIENTE**, y a **HENRY UNRIZA PUIN**, persona natural, en calidad de integrante de la **UNIÓN TEMPORAL EL SOL NACIENTE** a dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin a este proceso, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y se le condene al pago del interés comercial moratorio sobre el monto de la condena, hasta la fecha de pago efectivo.

**SEXTA:** Que se condene al **MUNICIPIO DE MONGUA**, entidad pública, en calidad de integrante de la **UNIÓN TEMPORAL EL SOL NACIENTE**, y a **HENRY UNRIZA PUIN**, persona natural, en calidad de integrante de la **UNIÓN TEMPORAL EL SOL NACIENTE** al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho.” (fls. 3 y 4 *ibidem* – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

## 2. Hechos

Como fundamento fáctico la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda, en síntesis, lo siguiente:

1) El 10 de octubre de 2011, el municipio de Mongua (Boyacá) y el señor Henry Unriza Puin constituyeron la Unión Temporal El Sol Naciente con el objeto de presentar una oferta, de manera conjunta, en la convocatoria emitida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Findeter y Gobernación de Boyacá para la elaboración, formulación de estudios y construcción de las unidades de viviendas requeridas como consecuencia de la ola invernal 2010-2011 que afectó el país.

2) El 28 de diciembre de 2012, la Gobernación de Boyacá y el municipio de Mongua (Boyacá) suscribieron el convenio interadministrativo no. 2703 con el objeto de obtener la cofinanciación mediante la asignación de noventa (90) subsidios complementarios de vivienda al proyecto de mejoramiento de las condiciones de habitabilidad a las familias afectadas por el fenómeno climático de “La Niña” 2010-2011 en el municipio de Mongua (Boyacá), convenio que recibió aportes adicionales

por parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, de la Empresa de Energía de Boyacá y una ONG.

3) El 16 de septiembre de 2013, la Unión Temporal El Sol Naciente suscribió con la compañía Construir y Crecer SAS el contrato de obra pública no. 001 con el objeto de llevar a cabo la construcción del proyecto de interés social denominado “Urbanización el Sol Naciente”, compuesto por un total de noventa (90) viviendas, ubicado en el municipio de Mongua (Boyacá), por precios unitarios, con un plazo de dieciocho (18) meses y con un valor de \$2.236.717.285.

4) El 16 de agosto de 2014, la compañía Construir y Crecer SAS suscribió el referido contrato de obra no. 1 con la compañía 3M Construye SAS con el objeto de llevar a cabo la construcción del proyecto de interés social denominado “Urbanización El Sol Naciente”, compuesto por un total de noventa (90) viviendas, ubicado en el municipio de Mongua (Boyacá), con un plazo de 12 meses, por valor de \$2.758.000.000.

5) El 15 de diciembre de 2015, la compañía Construir y Crecer SAS cedió a la compañía 3M Construye SAS la totalidad de los derechos sobre los créditos derivados del mencionado contrato de obra no. 001 de 2013.

6) El 8 de noviembre de 2016 se suscribió entre el municipio de Mongua (Boyacá) y la compañía 3M Construye SAS un acta de recibo final de sesenta y nueve (69) de las noventa (90) viviendas objeto del contrato de obra no. 1 de 2014.

7) El 17 de febrero de 2017, el supervisor del convenio interadministrativo no. 2703 de 2012 del Departamento de Boyacá y del Ministerio de Vivienda y Desarrollo Territorial, como resultado de la visita al proyecto de vivienda, recomendaron no ejecutar las veintiún (21) viviendas restantes y proceder con la liquidación del convenio, sin que a la fecha de presentación de la demanda se hubiera liquidado el contrato y definido el valor pendiente de pago en favor de la contratista.

### 3. Posición de la parte demandada

#### 3.1 El municipio de Mongua (Boyacá)

A través de escrito radicado el 23 de abril de 2019 contestó la demanda con oposición a las pretensiones, formuló excepciones y solicitó que fueran negadas las súplicas (fls. 379 a 410 cdno. no. 3), con los siguientes argumentos:

1) Contrario a lo sostenido por la parte actora, no hay lugar a compensación alguna, toda vez que los contratos suscritos se realizaron con fórmula de precios fijos y mientras no fueran entregadas las viviendas no era posible que el Ministerio de Vivienda y Desarrollo Territorial desembolsara los dineros respectivos, por lo cual la demora en la ejecución del objeto contratado fue culpa exclusiva del subcontratista que no cumplió con las condiciones técnicas requeridas.

2) De otra parte, la compañía 3M Construye SAS con antelación a ceder el contrato ya tenía conocimiento de que el Ministerio de Vivienda y Desarrollo Territorial había descontado del objeto contractual veintiún (21) viviendas.

3) Propuso como excepciones las que se relacionan a continuación:

a) *“Falta de legitimidad en la causa por pasiva”*, puesto que el municipio de Mongua (Boyacá) no tiene relación contractual alguna con la compañía 3M Construye SAS y, si bien constituyó una unión temporal con el señor Henry Unriza el objeto de esta fue la *“formulación, sustentación, gestión y ejecución del proyecto denominado Urbanización El Sol Naciente”*, mas no la contratación con la compañía 3M Construye SAS.

d) *“Cobro de lo no debido”*, toda vez que, la totalidad de las obligaciones ejecutadas por parte de la compañía contratista fueron pagadas por parte de la unión temporal, sin que exista saldo pendiente por reconocer.

c) *“Genérica”*, según la cual el juez puede declarar las excepciones que de oficio encuentre probadas.

### **3.2 Henry Unriza Puin, en condición de integrante y representante legal de la unión temporal El Sol Naciente**

El 6 de mayo de 2019, por intermedio de apoderado judicial, el señor Henry Unriza Puin contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y formuló excepciones (fls. 760 a 791 cdno. no. 4) con fundamento en el siguiente razonamiento:

1) La totalidad de las pretensiones, declaraciones y condenas solicitadas por la parte demandante fueron formuladas con apego en hechos falsos, incompletos y mentirosos.

2) Pasa por alto la parte actora que fue precisamente con ocasión de su incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato no. 001 de 2013, cedido a la compañía Construir y Crecer SAS, que fue imposible obtener la construcción de las noventa (90) viviendas inicialmente contratadas.

2) De otra parte, pretende el reconocimiento de perjuicios, condenas y demás emolumentos con base en un contrato entre dos (2) privados, es decir, las compañías 3M Construye SAS y Construir y Crecer SAS, contrato que no vincula ni obliga al señor Henry Unriza Puin, pues, la unión temporal El Sol Naciente representada legalmente por el ingeniero Henry Unriza Puin nunca tuvo conocimiento del citado contrato y mucho menos de obligó al cumplimiento del mismo.

3) Propuso como excepciones las que se relacionan a continuación:

a) *“Falta de legitimidad en la causa por pasiva”*, ya que el señor Henry Unriza Puin no suscribió el contrato de obra no. 001 de 16 de agosto de 2014 celebrado entre las compañías 3M Construye SAS y Construir y Crecer SAS, negocio jurídico sobre el cual se sustentan las pretensiones de la demanda principal; en ese sentido, sin que exista relación sustancial entre las partes del proceso, el señor Henry Unriza Puin no resulta legitimado en la causa como la parte demandada.

d) *“Fala de legitimación en la causa por pasiva para las pretensiones de condena”*, debido a que con las súplicas de la demanda se pretende el reconocimiento de perjuicios por cuenta de la ejecución del contrato no. 001 de 2013 suscrito entre la

unión temporal El Sol Naciente y la compañía Construir y Crecer SAS, situación que rompe la unidad de materia y no resulta procedente, pues, se insiste, la compañía 3M Construye SAS no se encuentra legitimada en la causa para pretender el reconocimiento de perjuicios por cuenta de la ejecución de un contrato en el que no es parte.

c) *“Inexistencia del derecho y las obligaciones que se invocan”*, por cuanto las súplicas de la demanda se centran en el reconocimiento de unos perjuicios que la compañía 3M Construye SAS aduce haber sufrido con la ejecución de un contrato en el que no fue parte.

#### **4. Demanda de reconvención**

1) Mediante escrito radicado el 9 de mayo de 2019 el señor Henry Unriza Puin, actuando por intermedio de apoderado judicial, en la condición de representante legal de la unión temporal El Sol Naciente interpuso demanda de reconvención (fls. 1 a 19 cdno. no. 2)<sup>1</sup> con las siguientes súplicas:

*“1.1 Solicito declarar que 3m construye sas, identificada con el Nit # 900.532.120-3 asumió la posición contractual, del contratista construir y crecer sas, dentro del contrato de obra # 001 de fecha 16 de septiembre de 2013, suscrito entre la unión temporal el sol naciente y la empresa construir y crecer sas. Declarando consecuentemente que 3m construye sas, está obligado a cumplir todas y cada (sic) de las obligaciones correspondientes al contratista dentro del contrato de obra #001 de fecha 16 de septiembre de 2013.*

*1.2 Como consecuencia de la declaratoria de la pretensión #1.1 de la presente demanda, solicito declarar que la empresa construye sas, en su condición de obligado dentro del contrato #001 de fecha 16 de septiembre de 2013, se negó de forma sistemática y reiterativa, sin justificación legal, a entregar en debida forma y dentro del plazo pactado, en el contrato de obra #001 de fecha de 16 de septiembre de 2013, las obras contratadas, al representante legal de la unión temporal el sol naciente, oferente y gerente integral del proyecto de vivienda el sol naciente, arquitecto HENRY UNRIZA PUIN.*

*1.3 Solicito declarar que la empresa 3m construye sas, incumplió con las obligaciones correspondientes al contratista, pactadas dentro del contrato de obra #001 de fecha 16 de septiembre de 2013.*

---

<sup>1</sup> Por auto de 2 de septiembre de 2019, el magistrado conductor del proceso en primera instancia inadmitió la demanda de reconvención, y finalmente, luego de la correspondiente subsanación fue admitida mediante providencia de 20 de septiembre de 2019 (fls. 221 a 224, 227 a 237 y 239 y vlto. cdno. no. 2).

1.4 Solicito declarar que el arquitecto Henry Unriza Puin, cumplió con la totalidad de sus obligaciones como representante legal, y gerente integral de la unión temporal el sol naciente y la urbanización el sol naciente. Esta pretensión sustentada en el hecho que no existe prueba alguna que demuestre lo contrario.

1.5 Declarar que se CAUSÓ LUCRO CESANTE al señor HENRY UNRIZA PUIN, en su condición de aportante e integrante de la unión temporal el sol naciente, quien sufrió graves perjuicios económicos, por el retraso en la entrega de las obras de urbanización el sol naciente, a Fonade y al ministerio (sic) de vivienda (sic) ciudad (sic) y territorio (sic). Retraso que se debió al incumplimiento del plazo pactado dentro del contrato de obra #001 de fecha 16 de septiembre de 2013, incumplimiento imputable a 3m construye (sic) sas (sic). LUCRO CESANTE que se causa como consecuencia de la inversión realizada en la urbanización el sol naciente, inversión que no se recuperó dentro del plazo estipulado, por lo que incumplió obligaciones adquiridas y generó pago de intereses, multas, honorarios y demás gastos propios del incumplimiento de una obligación económica, demostrados en la siguiente relación, además de las inversiones preliminares, de estudios, obras de urbanismo. LUCRO CESANTE que procedo a relacionar en los siguientes puntos:

1.5.1 Solicito se ordene cancelar a título de lucro cesante, a mi representado, causado en las obras preliminares, estudios, obras de urbanismo, para 21 casas que ejecutó e invirtió el señor HENRY UNRIZA PUIN, en esas 21 casas, por valor de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000.00) y que no pudo recuperar, por no haberse ejecutado las obras en esas 21 casas, al haber revocado los subsidios el ministerio (sic) de vivienda (sic), ciudad (sic) y territorio (sic), debido al retraso en la entrega de las primeras 69 casas, por causas imputables a 3m construye (sic) sas (sic).

1.5.2 Solicito se ordene cancelar a título de lucro cesante, a mi representado, causado en Capital, intereses, honorarios adeudados al banco de Bogotá, como consecuencia del crédito bancario línea Pyme por valor de NOVENTA MILLONES DE PESOS (\$90.000.000.00). Crédito que mi poderdante utilizó en su totalidad para las obras preliminares de 90 viviendas dentro de la urbanización el sol naciente, y que no pudo recuperar y cancelar al banco de Bogotá, por no haberse ejecutado las obras en 21 casas, al haber revocado los subsidios el ministerio (sic) de vivienda (sic) ciudad (sic) y territorio (sic), debido al retraso en la entrega de las primeras 69 casas, por causas imputables a 3m construye sas.

16. Declarar que se ocasionó un DAÑO EMERGENTE a mi poderdante señor HENRY UNRIZA PUIN, como consecuencia de la revocatoria de 21 subsidios, por parte del ministerio (sic) de vivienda (sic), ciudad (sic) y territorio (sic), en la urbanización el sol naciente del municipio de Mongua – Boyacá, debido a la demora e incumplimiento del plazo pactado dentro del contrato de obra #001 de fecha 16 de septiembre de 2016, por parte de 3m construye (sic) sas (sic). Y que debido a esta demora e incumplimiento, ministerio (sic) de vivienda (sic), ciudad (sic) y territorio (sic) revocó 21 subsidios de vivienda, causando esta revocatoria un **daño emergente, a mi representado**, que se genera o causa por las utilidades dejadas de recibir, por mi poderdante, por la no construcción de 21 viviendas, a razón de DOS MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS (\$2.380.952.00), en cada vivienda, dentro del proyecto de vivienda urbanización el sol naciente.

*Daño que se tasa en la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000.00) por las utilidades dejadas de recibir en 50 casas, utilidad que se encuentra demostrada dentro del presupuesto del proyecto.*

**Daño emergente** que se genera por las utilidades dejadas de recibir, por mi poderdante, por la no construcción de 21 viviendas, dentro del proyecto de vivienda urbanización el sol naciente. Daño que se tasa en la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000.00).

1.7 Declarar que se ocasionó un DAÑO EMERGENTE a mi poderdante señor HENRY UNRIZA PUIN, como consecuencia de la demora en la entrega de las obras por parte de 3m construye (sic) sas (sic), materializado este daño, en el hecho que mi poderdante Henry Unriza Puin, se presentó haciendo parte de la unión temporal mejor viviendas Boyacá 2018, al proceso de contratación abreviado # MB-SA-MC-No. 19-2017, en el municipio de Boyacá, cuyo objeto era el mejoramiento de vivienda rural, y en cual se exigía, la experiencia específica, la cual mi poderdante intentó acreditar con la construcción del proyecto de vivienda el sol naciente. Experiencia que no le fue validada, por no haberse liquidado el contrato de la urbanización el sol naciente, contrato que de haber sido cumplido dentro del plazo establecido por 3m construye sas, para la fecha del año 2017, ya debía haberse liquidado en su totalidad, por lo cual debido al incumplimiento en la entrega de obras de la urbanización el sol naciente por parte de 3m construye sas, se ocasionó un daño emergente a mi poderdante por cuanto, el señor Henry Unriza Puin, cumplió con todos los requisitos del pliego del proceso licitatorio # MB-SA-MC-No. 19-2017, del municipio de Boyacá, pero que solo no cumplió el requisito de experiencia específica, requisito que no aportó por no haberse liquidado el contrato de la urbanización el sol naciente del municipio de Mongua – Boyacá. La prueba suficiente, que este rechazo de mi poderdante en el proceso licitatorio # MB-SA-MC-No. 19-2017, fue solo y únicamente por el no cumplimiento de la experiencia específica, experiencia que no le fue aceptada por no haber liquidado el contrato de la urbanización el sol naciente del municipio de Mongua, está contenida en el acta de calificación del proceso licitatorio # MB-SA-MC-No 19-2017, acta emitida por el comité permanente para la asesoría y acompañamiento a la contratación del municipio de Boyacá el cual en forma inequívoca lo manifestó en los siguientes términos: ‘En tal virtud se advierte que la propuesta presentada por la UNIÓN TEMPORAL MEJOR VIVIENDAS BOYACÁ 2018 NO CUMPLE con los requisitos de experiencia establecidos por la entidad dentro de este proceso de selección de contratistas, en la medida en el que el contrato que aporta para acreditar tanto la experiencia general como la específica suscrito en la unión temporal con el municipio de Mongua, para la contratación de 90 soluciones de vivienda, afectadas por la ola invernal 2010-2011, no se encuentra liquidado y solo se aporta un acta de entrega a la comunidad de treinta soluciones de vivienda de fecha dieciséis (16) de mayo de 2016, la cual adicionalmente carece de una de las firmas, pero no se aporta ni el acta de recibo final de obra ni el acta de liquidación como se exigía en los pliegos de condiciones’ para que en consecuencia los miembros del comité permanente para la asesoría y acompañamiento a la contratación estatal consideren: ‘En consecuencia los miembros del comité permanente para la asesoría y acompañamiento a la contratación estatal consideren con suficientes razones que la propuesta presentada por la UNIÓN TEMPORAL MEJOR VIVIENDAS BOYACÁ 2018, NO ES ADMISIBLE y así lo declara este comité, por tanto recomienda al señor alcalde municipal, NO ADJUDICAR el contrato respectivo a dicho

*proponente y declarar desierto el presente proceso de selección de contratistas.*

*Observando como de manera clara el incumplimiento en las obligaciones contractuales dentro del contrato de obra #001 de fecha 16 de septiembre de 2013, por parte de la empresa 3m construye sas, ha sido el culpable que no haya existido acta de liquidación a la fecha en que mi poderdante necesitaba acreditar en debida forma la experiencia, único requisito faltante para que le fuera adjudicado el proceso de contratación abreviado # MB-SA-MC-No. 19-2017. Perjuicios por daño emergente que podemos liquidar de las siguientes cifras:*

- *La suma de Noventa y seis millones ciento diez mil ochocientos noventa y cuatro pesos (\$96.110.894.00), equivalentes al 22% del valor del contrato, dejados de recibir por concepto de administración.*
- *La suma de ocho millones setecientos treinta y siete mil trescientos cincuenta y cuatro pesos (\$8.737.354.00), equivalentes al 2% del valor del contrato dejados de recibir por concepto de imprevistos.*
- *La suma de veintiún millones ochocientos cuarenta y tres mil trescientos ochenta y cinco pesos (\$21.843.385.00), equivalentes al 5% del valor del contrato, dejados de recibir por concepto de utilidad.*
- *La suma de seis millones de pesos (\$6.000.000.00), por concepto de los honorarios pagados a un profesional ingeniero civil, por un periodo de dos meses durante la etapa precontractual o pre constructiva.*
- *La suma de cinco millones seiscientos mil pesos (\$5.600.000.00) (sic), por concepto de los honorarios pagados a un profesional arquitecto, por un periodo de dos meses, durante la etapa precontractual o pre constructiva.*
- *La suma de tres millones seiscientos mil pesos (\$3.600.000.00), por concepto de los honorarios pagados a un dibujante de autocad, por un periodo de do mese, durante la etapa precontractual o pre constructiva.*
- *La suma de seis millones de pesos (\$6.000.000.00), por concepto del valor incurrido en el pago de transportes por un periodo de dos meses, durante la etapa precontractual o pre constructiva.*
- *La suma de tres millones setecientos veinticinco mil doscientos veinticuatro pesos (\$3.725.224.00), por concepto de los gastos de papelería incurridos por la unión temporal mejor viviendas Boyacá 2018, durante la etapa precontractual o pre constructiva.*
- *La suma de cuatro millones setecientos treinta y cinco mil setecientos noventa y tres pesos (\$4.735.793.00), por concepto del iva del 19% liquidado sobre los valores de la etapa precontractual o pre constructiva.*

*Para un total liquidado por DAÑO EMERTGENTE por este concepto de: CIENTO CINCUENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$156.352.650.00).” (fls. 231 a 236 cdno. no. 2 – mayúsculas sostenidas del original).*

2) En cuanto a los hechos puso de presente, en forma adicional, lo siguiente:

a) El 2 de marzo de 2012, Findeter emitió un certificado de viabilidad para la construcción de noventa (90) viviendas para el proyecto de vivienda denominado urbanización El Sol Naciente de Mongua (Boyacá).

b) El 15 de diciembre de 2015, la compañía Construir y Crecer SAS cedió su posición de contratista en la ejecución del contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013 suscrito con la unión temporal El Sol Naciente, a la compañía 3M Construye SAS.

c) Mediante Resolución no. 2416 de 12 de noviembre de 2015 el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio individualizó los subsidios de sesenta y nueve (69) beneficiarios de la urbanización El Sol Naciente del municipio de Mongua (Boyacá).

d) El 25 de marzo de 2016, la unión temporal El Sol Naciente y la compañía 3M Construye SAS suscribieron el acta de fijación de precios unitarios no previstos, en la que se pactaron los valores de las obras imprevistas sobrevinientes.

e) El 17 de abril de 2017, a través de la Resolución no. 0429 el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio revocó veintiún (21) subsidios de los noventa (90) inicialmente concedidos por considerar que resultaba imposible su entrega para diciembre de 2017.

## **5. Posición de la parte demandada en reconvención**

La compañía 3M Construye SAS mediante escrito radicado el 5 de noviembre de 2019 (fls. 248 a 266 *ibidem*), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda de reconvención y, de manera particular, expuso que el señor Henry Unriza Puin fue quien incumplió las obligaciones establecidas en el contrato de obra no. 001 de 2013 y que como consecuencia de los reiterados incumplimientos se vio afectada la entrega de las obras dentro de los plazos establecidos.

2) Adicionalmente, formuló la excepción de “*contrato no cumplido*”, porque precisamente la demora del señor Henry Unriza Puin en el pago de las obras construidas conllevó al incumplimiento del objeto inicial de la construcción de las 90 viviendas, toda vez que por disposición de las autoridades del gobierno se eliminaron del interés prioritario veintiún (21) viviendas de las noventa (90) inicialmente contratadas.

## 6. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión no, 5 en providencia de 23 de noviembre de 2022 (índice no. 68 SAMAI) declaró probada la excepción de ausencia de legitimación en la causa por activa de la parte actora de la demanda principal y, por pasiva, de la demanda de reconvención, respecto de la compañía 3M Construye SAS, y negó las demás súplicas de la demanda principal y de reconvención, con base en la siguiente sustentación:

1) De la revisión de los negocios jurídicos que componen el expediente se tiene que, entre la unión temporal El Sol Naciente (integrada por el municipio de Mongua - Boyacá y el señor Henry Unriza Puin) y la compañía Construir y Crecer SAS se celebró el contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013 con el objeto de llevar a cabo la construcción del proyecto de noventa (90) viviendas de interés prioritario en el municipio de Mongua (Boyacá); a su turno, entre las compañías Construir y Crecer SAS y 3M Construye SAS surgió un contrato de obra el 16 de agosto de 2014, regido por el derecho privado, con el objeto de llevar a cabo la construcción del proyecto de interés prioritario denominado “Urbanización El Sol Naciente” del municipio de Mongua (Boyacá), negocio jurídico este que claramente constituye la subcontratación de la compañía Construir y Crecer SAS para cumplir con las obligaciones que adquirió con la suscripción del contrato no. 001 de 16 de septiembre de 2013.

2) Posteriormente, el 15 de diciembre de 2015, la compañía Construir y Crecer SAS cedió a la compañía 3M Construye SAS “sus derechos sobre el contrato suscrito entre la unión temporal El Sol Naciente y la sociedad Construir y Crecer SAS” (fl. 114 cdno. no. 1).

3) Con ocasión de las negociaciones adelantadas entre las compañías 3M Construye SAS y Construir y Crecer SAS no se cedió posición contractual alguna del negocio jurídico suscrito el 16 de septiembre de 2013 con la unión temporal El Sol Naciente, pues, el contrato de cesión solo hace referencia a los derechos que ostentaba la compañía Construir y Crecer SAS en la condición de contratista.

4) En ese sentido, como lo cedido fueron los derechos y no las obligaciones ni la posición contractual, la compañía 3M Construye SAS no se encuentra legitimada para reclamar por el incumplimiento del contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013 suscrito entre la unión temporal El Sol Naciente y la compañía Construir y Crecer SAS.

5) Asimismo, tampoco resulta legitimada en la causa por pasiva de la demanda de reconvención la compañía 3M Construye SAS por cuanto no fue parte del contrato de obra no. 1 de 16 de septiembre de 2013, razón por la cual se declara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de la demanda principal y por pasiva de la demanda de reconvención, y se deniegan las demás pretensiones.

## **7. El recurso de apelación**

La parte actora de la demanda principal, esto es, la compañía 3M Construye SAS, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia (índice no. 69 SAMAI) el cual fue concedido por el *a quo* mediante auto de 27 de enero de 2023 (índice no. 71 SAMAI), impugnación que fue sustentada en los términos que se reseñan a continuación:

El tribunal de primera instancia concluyó, indebidamente, que el contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013 suscrito entre la unión temporal El Sol Naciente y la compañía Construir y Crecer SAS estaba regido por el estatuto de contratación pública, cuando en realidad se regía por el derecho privado, y desconoció la condición de contratista y cesionario con la que la compañía 3M Construye SAS compareció al proceso en atención al contrato de cesión de derechos económicos suscrito con la compañía Construir y Crecer SAS.

## **8. Actuación surtida en segunda instancia**

1) Por auto de 7 de julio de 2023 se admitió el recurso de apelación (índice no. 3 SAMAI).

2) Posteriormente, el 24 de julio de 2023 se notificó al Ministerio Público del auto admisorio (índice no. 4 SAMAI) y, en los términos del numeral 5 del artículo 247 del

CPACA se le informó que no había solicitud ni decreto de pruebas en segunda instancia y se le corrió traslado para emitir el respectivo concepto; sin embargo, transcurrido el término otorgado el Ministerio Público guardó silencio (índice no. 6 SAMAI).

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) análisis de la impugnación, 3) conclusiones y, 4) condena en costas y agencias en derecho.

### **1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión**

El objeto de la controversia planteada se centra en la discusión acerca del supuesto incumplimiento de la unión temporal El Sol Naciente (integrada por el municipio de Mongua -Boyacá y el señor Henry Unriza Puin) en la ejecución del contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013 celebrado con la compañía Construir y Crecer SAS, por el hecho de permitir la reducción del número de viviendas contratadas, esto es, pasar de noventa (90) a sesenta y nueve (69) viviendas, y no reconocer los mayores valores invertidos en la ejecución de tales viviendas.

Al proceso concurrió la compañía 3M Construye SAS en condición de cesionaria de la posición de contratista de la compañía Construir y Crecer SAS en atención a la cesión de los derechos económicos del contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013 suscrito entre la unión temporal El Sol Naciente y la compañía Construir y Crecer SAS.

El Tribunal Administrativo de Boyacá declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de la parte actora de la demanda principal y por pasiva de la demanda de reconvención, en relación con la compañía 3M Construye SAS, por cuanto la cesión de derechos económicos celebrada entre la compañía 3M Construye SAS y la compañía Construir y Crecer SAS, esta última en condición

de contratista de la unión temporal El Sol Naciente, no cumplió con los requisitos legales y por ende no produce los efectos jurídicos esperados entre las partes.

En el presente asunto, la parte actora de la demanda principal se opuso a la sentencia de primera instancia, por cuanto, a su juicio, el contrato suscrito entre la unión temporal El Sol Naciente y la compañía Construir y Crecer SAS se regía por el derecho privado y la cesión de derechos no debía cumplir formalidades adicionales a las dispuestas por las partes, y que por tanto debe procederse al análisis de las pretensiones de la demanda principal en los términos en que fue formulada.

La sentencia apelada será revocada para en su lugar declarar, de oficio, la nulidad absoluta de la constitución de la unión temporal El Sol Naciente del 10 de octubre de 2011, del contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013 y del contrato de cesión del 15 de diciembre de 2015 con fundamento en el numeral 8 del artículo 2 y numeral 2 de artículo 44 de la Ley 80 de 1993, y de los artículos 1519 y 1521 del Código Civil, se denegarán las restituciones mutuas y las súplicas de las demandas principal y de reconvención.

## **2. Análisis de la impugnación**

### **2.1 Hechos probados**

Examinadas las pruebas allegadas al proceso, se encuentran probados los siguientes hechos relevantes para la adopción de la decisión:

1) El 10 de octubre de 2011, el municipio de Mongua (Boyacá) y el señor Henry Unriza Puin constituyeron la unión temporal El Sol Naciente con el objeto de presentar *“la viabilidad, elegibilidad y aprobación de la convocatoria hecha por el [M]inisterio de [A]mbiente, [V]ivienda y [D]esarrollo [T]erritorial, Findeter, Gobernación de Boyacá para la elaboración, formulación de estudios y construcción de las unidades de vivienda requeridas como consecuencia de la ola invernal 2010-2011 que afectaron a los municipios de la república de Colombia en caso de resultar aprobados”* (fl. 44cdno. no. 1).

De las disposiciones que conforman el contrato de unión temporal en comento, debe repararse en el contenido de la cláusula octava cuyo texto es del siguiente tenor:

*“OCTAVA. PARTICIPACIÓN EN LOS FLUJOS DE CAJA LIBRE DISTRIBUIBLES. Recibida la remuneración que la Unión Temporal acuerde con convenio que se celebre con el [M]inisterio de [A]mbiente, [V]ivienda y [D]esarrollo [T]erritorial, Findeter, Gobernación de Boyacá, regalías nacionales o la entidad que haga sus veces, se descontarán todos los costos operativos en que incurra la Unión Temporal con motivo de la ejecución del convenio. Cumplido lo anterior, la suma restante se pagará en su totalidad al ejecutante persona natural (Henry Unriza Puin) del convenio establecido entre la presente unión temporal y el [M]inisterio de [A]mbiente, [V]ivienda y [D]esarrollo [T]erritorial, Findeter, Gobernación de Boyacá, regalías nacionales o la entidad que haga sus veces.” (fl. 52 *ibidem* – mayúsculas fijas del original).*

2) El 28 de diciembre de 2012, el municipio de Mongua (Boyacá) y la Gobernación de Boyacá celebraron el convenio interadministrativo no. 002703 “para la cofinanciación mediante la asignación de 90 subsidios complementarios de vivienda al proyecto mejoramiento de las condiciones de habitabilidad a las familias afectadas por el fenómeno de la niña 2010-2011 en el municipio de Mongua – Departamento de Boyacá” (fls. 56 a 62 cdno. no. 1).

En la cláusula tercera se establecieron los montos de los aportes y a cargo de quién quedaban, así:

*“CLAÚSULA TERCERA.- APORTES: Para la ejecución del proyecto, los recursos serán aportados de la siguiente forma:*

<b>DESCRIPCIÓN</b>	<b>VR. UND. VIVIENDA</b>	<b>VR. 90 VIVIENDAS</b>
SUBSIDIO DEL DEPARTAMENTO	2.000.000.00	180.000.000.00
APORTE MUNICIPIO	4.365.933.33	392.934.000.00
APORTE MINISTERIO	25.501.500.00	2.295.135.000.00
APORTE EMPRESA ENERGÍA BOYACÁ	983.595.10	88.523.559.00
APORTE BENEFICIARIOS	3.152.085.66	283.687.709.40
APORTE ONG	515.555.56	46.400.000.00
<b>PRESUPUESTO TOTAL</b>	<b>36.518.669.65</b>	<b>3.286.680.268.00</b>

*El proyecto fue presentado por el municipio de MONGUA ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y obtuvo el certificado de elegibilidad No. AFN-2012-0009 por parte de la Financiera de Desarrollo Territorial SA – FINDETER el 02 de marzo de 2012 y mediante Resolución No. 0348 del 23 de abril de 2012 expedida por el Fondo Nacional de Vivienda FONVIVIENDA fueron determinados los cupos de recursos al proyecto de vivienda (...)” (fl. 57 *ibidem* – mayúsculas sostenidas y subrayado del original).*

3) El 8 de julio de 2013, los señores Rafael Homero Pinto y Henry Unriza Puin suscribieron el acta de constitución de la sociedad Construir y Crecer SAS (fls. 66 a 70 cdno. no. 1).

4) El 16 de septiembre de 2013, la unión temporal El Sol Naciente y la compañía Construir y Crecer SAS suscribieron el contrato de obra pública no. 001 con el objeto de *“ejecutar la construcción de noventa (90) viviendas de interés prioritario, pertenecientes al proyecto de vivienda de interés prioritario, denominado urbanización el sol naciente, descrito y aprobado según certificado de disponibilidad # AFN-2012-009 de fecha 02/03/2012. Otorgado por Findeter al proyecto de vivienda de interés social, URBANIZACIÓN EL SOL NACIENTE. Por el sistema de precios fijos no reajustables, los cuales se especifican en el anexo dos (2) en un lote de mayor extensión identificado con la cédula catastral # No. 095-115052 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sogamoso, según los términos de la cotización presentada por este, la cual se entiende como parte integrante de este contrato, todo de conformidad con las especificaciones que le han sido proporcionadas (...)”* (fls. 71 y 72 cdno. no. 1 – mayúsculas fijas del original).

En ese negocio jurídico, en la cláusula décima primera, la unión temporal contratante autorizó a la compañía contratista la subcontratación y cesión del contrato *“siempre y cuando garantice la correcta ejecución y cumplimiento de la obra”* (fl. 76 *ibidem*).

5) El 16 de agosto de 2014, la compañía Construir Crecer SAS celebró el contrato de obra no. 001 con la compañía 3M Construye SAS, regido por el derecho privado, con el objeto de llevar a cabo *“la construcción de noventa (90) viviendas de interés prioritario con las respectivas obras de urbanismo (acueducto y alcantarillado, vías sin pavimentar, vías sin electrificación externa), pertenecientes al proyecto de vivienda de interés prioritario denominado Urbanización El Sol Naciente, descrito y aprobado según certificado de elegibilidad # AFN-2012-009 de fecha 02/03/2012. Otorgado por FINDETER al proyecto de vivienda de interés prioritario, URBANIZACIÓN EL SOL NACIENTE”* (fl. 78 cdno. no. 1 – mayúsculas sostenidas originales).

6) El 10 de abril de 2015, el municipio de Mongua y el Departamento de Boyacá suscribieron el modificatorio no. 1 al convenio interadministrativo no. 002703 de 2012 (fls. 63 a 65 cdno. no. 1) con el objeto de modificar la forma de pago, en el sentido de indicar que “[e]l pago del convenio se realizará contra escritura es decir una vez se encuentren terminadas, entregadas y escrituradas las viviendas estableciendo como requisito informe o visto bueno de la interventoría” (fl. 64 *ibidem* – subrayado del original).

7) El 15 de diciembre de 2015, la compañía Construir y Crecer SAS cedió “sus derechos sobre el contrato suscrito entre la Unión Temporal Sol Naciente y la Sociedad CONSTRUIR Y CRECER SAS, que tiene por objeto la Construcción de 90 viviendas de interés prioritario en el municipio de Mongua” (fl. 93 *ibidem*) a la compañía 3M Construye SAS, con las siguientes especificaciones:

“1. Concede a **AL ADQUIRENTE**, el derecho de presentarse ante la Unión Temporal Sol Naciente o quien corresponda y solicitar el cobro del contrato.

2. Concede a **AL ADQUIRENTE** el derecho de otorgar cancelación de las acreencias del contrato suscrito entre la Sociedad CONSTRUIR Y CRECER SAS y la Unión Temporal Sol Naciente, permitiéndole suscribir válidamente los documentos a que hubiera lugar ante Unión Temporal Sol Naciente o quien corresponde.

3. **EL CEDENTE** da por extinguido su derecho frente a la Unión Temporal Sol Naciente, no teniendo nada que reclamar, en relación a la acreencia materia del presente documento, en cuanto al capital, intereses, cargos, moras, gastos administrativos y todo aquello que se derive de la deuda principal” (*ibidem* – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

8) El 8 de noviembre de 2016, la unión temporal El Sol Naciente, el municipio de Mongua (Boyacá) y la compañía 3M Construye SAS suscribieron el acta de recibo final de obras del contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013 con acta de inicio de 16 de abril de 2014, documento en el que se especificó lo siguiente:

“(…).

<b>DETALLE</b>	<b>UND</b>	<b>SUB FONVIVIENDA</b>	<b>SUB GOBERNACIÓN</b>	<b>TOTAL</b>
<i>Vr inicial</i>	68	\$35.067.476	\$2.000.000	\$2.520.588.368
<i>Vr Obras ejecutadas</i>	68	\$35.067.476	\$2.000.000	\$2.520.588.368
<i>Obras pagadas</i>	39			\$846.000.000
<b>Saldo a pagar</b>				\$1.674.588.368

(…)” (fl. 125 cdno. no. 1 – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

En ese contexto, según lo acreditado en el expediente, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos consistentes en determinar, de una parte, si el contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013 suscrito entre la unión temporal El Sol Naciente y la compañía Construir y Crecer SAS se rige por el derecho privado y, de otra, si la cesión de derechos celebrada entre las compañías Construir y Crecer SAS y 3M Construye SAS es válida y produce efectos jurídicos, de manera tal que la sociedad 3M Construye SAS ostenta la legitimación en la causa por activa para pretender las declaraciones de incumplimiento y condena propuestas en la demanda principal con ocasión de la ejecución del contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013.

## 2.2 Régimen jurídico de los convenios de asociación

1) Según lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política<sup>2</sup>, el Decreto 777 de 1992 reglamentó los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad a los que se refiere aquella normatividad.

2) En relación con los convenios de asociación el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 preceptúa lo siguiente:

**“ARTÍCULO 96. CONSTITUCIÓN DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS CON PARTICIPACIÓN DE PARTICULARES. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.**

**Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.**

*Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones*

---

<sup>2</sup> La norma en comento es como sigue: “[e]l Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

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

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

a) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;

b) Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;

c) La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;

d) La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;

e) La duración de la asociación y las causales de disolución.” (negritas adicionales).

3) En relación con esa disposición, la Corte Constitucional en el análisis de exequibilidad del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 expresamente determinó lo siguiente:

*“6.2. De la misma manera, si el legislador autoriza la asociación de entidades estatales con personas jurídicas particulares con las finalidades ya mencionadas, estableció, en defensa de la transparencia del manejo de los dineros públicos, que los convenios de asociación a que se hace referencia serán celebrados ‘de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política’, lo que significa que no podrá, en ningún caso pretextarse la celebración de los mismos para otorgar o decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de una parte; y, de otra, el acatamiento a la disposición constitucional mencionada, impone la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, pero ‘con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo’, tal cual lo ordena el citado artículo 355 de la Carta Política”<sup>3</sup>.*

4) Esta Corporación ha tenido la oportunidad de desarrollar el concepto de convenio de asociación en los siguientes términos:

*“La Sala se atreve a definir los convenios de asociación como aquellos acuerdos de voluntades reglamentados por el Gobierno en ejercicio de la*

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia C-671 de 1999, MP Alfredo Beltrán Sierra.

*facultad que le dio el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, suscritos entre una entidad pública con una persona jurídica particular que carezca de ánimo de lucro, con la idoneidad reconocida, los cuales tendrán como elemento teleológico el impulso de programas y labores que sean del interés de la colectividad, y que estén en consonancia con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo.*

*La doctrina ha extraído sus condiciones al afirmar:*

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

*El organismo público contratante tiene la potestad de terminar de manera unilateral el contrato y exigir el pago de los daños irrogados, siempre que se incumpla las obligaciones desprendidas del negocio jurídico bilateral<sup>4,5</sup>.*

5) En una sentencia posterior, la Subsección A de esta misma Sección determinó como conclusiones sobre la normatividad aplicable a los convenios de asociación, lo siguiente:

*“Del recorrido que se ha emprendido emergen varias conclusiones:*

- *Las entidades distritales, municipales y las áreas metropolitanas pueden acudir a distintos tipos de contratos en el marco de la ejecución de proyectos de viviendas de interés social, cuyo régimen jurídico, por regla general, corresponderá a aquel que gobierna la actividad contractual de las entidades estatales, esto es, las normas recogidas en la Ley 80 de*

<sup>4</sup> Original de la cita. Contratación Pública, Análisis Normativo, Descripción de Procedimientos, Sexta Edición de Carlos Pachón Lucas.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 3 de diciembre de 2014, radicación no. 51.832, MP Olga Mélida Valle de la Hoz.

1993, como en las que la modifiquen y reglamenten.

- De esa premisa se exceptúan los contratos de fiducia, caso en el cual dichos negocios se someterán a las reglas generales y del derecho comercial, sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

- También se exceptuaron de la sujeción al Estatuto de Contratación Estatal los convenios de asociación fundamentados en el artículo 355 de la Constitución Política y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, que en vez se utilizan como herramientas para contratar proyectos de vivienda interés social. La exclusión de la regencia de la Ley 80 en esos casos tendrá lugar:

i) En los términos del artículo primero del Decreto 777 de 1992, cuando el convenio se celebre por la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público. En ese caso el convenio se informará por las normas del derecho común, sin perjuicio de que se puedan pactar cláusulas excepcionales.

ii) Al tenor del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, cuando alguna entidad estatal, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, se asocie con personas jurídicas particulares, y de esa asociación surja una persona jurídica sin ánimo de lucro, esta se sujetará a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.<sup>6</sup>

6) Además, esta Subsección en una decisión con hechos similares a los del presente asunto<sup>7</sup>, sostuvo que si el convenio o asociación fue suscrito con una “entidad sin ánimo de lucro, cuyo objeto consistió en el desarrollo y materialización del Proyecto de Vivienda de Interés Social Las Cayenas, corresponde a un convenio de asociación propiamente dicho y su régimen jurídico es el del derecho privado, sin perjuicio de que se puedan pactar cláusulas exorbitantes previstas en el artículo 60 del Decreto 222 de 1983, conforme lo previsto en el artículo 1 del Decreto 777 de 1992, hoy cláusulas excepcionales al derecho común previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 15 de febrero de 2018, radicación no. 55.147, MP Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, del 16 de agosto de 2022, expediente no. 58.036, MP Fredy Ibarra Martínez.

<sup>8</sup> Véase la sentencia de la Sección Tercera – Subsección B del Consejo de Estado de 3 de abril de 2020, radicación número 46.963, MP Ramiro Pazos Guerrero y la sentencia de la Sección Tercera – Subsección B del Consejo de Estado de 14 de septiembre de 2022, radicación número 67.731, MP Alberto Montaña Plata.

### 2.3 El caso concreto

En el presente asunto, se suscribieron los siguientes negocios jurídicos:

IDENTIFICACIÓN	PARTES	OBJETO
Contrato de unión temporal de 10 de octubre de 2011	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Municipio de Mongua (Boyacá)</li> <li>- Henry Unriza Puin</li> </ul>	“presentación de la viabilidad, elegibilidad y aprobación de la convocatoria hecho por al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Findeter, Gobernación de Boyacá para la elaboración, formulación de estudios y construcción de las unidades de vivienda requeridas como consecuencia de la ola invernal 2010-2011 que afectaron a los municipios de la República de Colombia” (fl. 44 cndo. No. 1).
Convenio Interadministrativo no. 2703 de 28 de diciembre de 2012	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Municipio de Mongua (Boyacá)</li> <li>- Departamento de Boyacá</li> </ul>	“COFINANCIACIÓN MEDIANTE LA ASIGNACIÓN DE 90 SUBSIDIOS COMPLEMENTARIOS DE VIVIENDA AL PROYECTO DE MEJORAMIENTO DE LAS CONDICIONES DE HABITABILIDAD A LAS FAMILIAS AFECTADAS POR EL FENÓMENO DE LA NIÑAS 2010-2011 EN EL MUNICIPIO DE MONGUA – DEPARTAMENTO DE BOYACÁ” (fl. 57 ibidem – mayúsculas sostenidas del original).
Acta de constitución de la sociedad Construir y Crecer SAS del 8 de julio de 2013	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Rafael Homero Pinto Pinto</li> <li>- Henry Unriza Puin</li> </ul>	“Sociedad por acciones simplificadas” (fl. 66 cdno. no. 1).
Contrato de obra pública no. 001 de 16 de septiembre de 2013	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Unión temporal El Sol Naciente (integrada por el municipio de Mongua (Boyacá), y</li> <li>- Henry Unriza Puin)</li> </ul>	“ <b>PRIMERA: OBJETO. EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar la construcción de noventa (90) viviendas de interés prioritario, pertenecientes al proyecto de vivienda de interés prioritario denominado urbanización El Sol Naciente, descrito y aprobado según certificado de elegibilidad # AFN-2012-009</b> ” (fl. 72 ibidem – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).
Contrato de obra no. 001 de 16 de agosto de 2014	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Compañía Construir y Crecer SAS</li> <li>- Compañía 3M Construye SAS</li> </ul>	“ <b>PRIMERA – OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar la construcción de noventa (90) viviendas de interés prioritario, con las respectivas obras de</b>

Expediente no. 15001-23-33-000-2018-00693-02 (69.655)

Actor: 3M Construye SAS

Controversias contractuales

Apelación de sentencia

		urbanismo (acueducto y alcantarillado, vías sin pavimentar, vías sin electrificación externa), pertenecientes al proyecto de vivienda de interés prioritario denominado urbanización El Sol Naciente, descrito y aprobado según certificado de elegibilidad # AFN-2012-009” (fl. 78 cdno. no. 1 – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).
Cesión de derechos del 15 de diciembre de 2015	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Compañía Construir y Crecer SAS</li> <li>- Compañía 3M Construye SAS</li> </ul>	<p><b>“SEGUNDO:</b> Por el presente documento <b>EL CEDENTE</b> cede a <b>AL ADQUIRENTE</b> sus derechos sobre el contrato suscrito entre la Unión Temporal Sol Naciente y la Sociedad <b>CONSTRUIR Y CRECER SAS</b>” (fl. 93 <i>ibidem</i> – mayúsculas sostenidas, subrayado y negrillas del original).</p>

Al presente proceso concurrió como parte actora de la demanda principal la compañía 3M Construye SAS, quien además compareció en condición de cesionaria de la posición de contratista que ocupaba la sociedad Construir y Crecer SAS en el contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013, sin embargo, tal negocio jurídico surgió como resultado de una serie de contratos que no resultan válidos jurídicamente, como se expone a continuación:

1) Con fundamento en las disposiciones que rigen la materia, así como en las decisiones que al respecto ha adoptado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, para la Sala es claro que, independientemente de la denominación o título que se le imponga al negocio jurídico, la unión temporal constituida por el municipio de Mongua (Boyacá) y el señor Henry Unriza Puin el 10 de octubre de 2011 no cumple con lo establecido y determinado por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, ni por el artículo 1 del Decreto 777 de 1992.

En efecto, el artículo 96 de la Ley 486 de 1998 en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política, permite que las entidades estatales en asocio con personas naturales o jurídicas particulares creen personas jurídicas con una única condición, y es que sean sin ánimo de lucro.

A su turno, el artículo 1 del Decreto 777 de 1992 exige que la asociación surja con una persona de reconocida idoneidad, situación que no se encuentra acreditado en el presente asunto, pues, el municipio de Mongua (Boyacá) se asoció con una persona natural de quien no se tiene evidencia de su “reconocida idoneidad” y se incluyó en la cláusula octava del mismo documento de constitución que “[r]ecibida la remuneración que la Unión Temporal acuerde con convenio que se celebre (...) se descontarán todos los costos operativos en que incurra la Unión Temporal con motivo de la ejecución del convenio. Cumplido lo anterior, la suma restante se pagará en su totalidad al ejecutante persona natural (Henry Unriza Puin)” (fl. 52 cdno. no. 1).

2) En los precisos términos de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 2 del Decreto 777 de 1992, están excluidos del ámbito de aplicación de dicho decreto las negociaciones adelantadas por las entidades estatales con personas de derecho privado “para que, en cumplimiento de un mandato legal, desarrollen funciones públicas o suministren servicios públicos cuya prestación esté a cargo del Estado de acuerdo con la Constitución Política y las normas que la desarrollan”<sup>9</sup>.

3) En atención a lo dispuesto en el artículo 1742 del Código Civil<sup>10</sup>, subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936<sup>11</sup>, la nulidad absoluta “puede y debe” ser declarada por el juez, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, elemento este que se encuentra de bulto en el presente asunto, con la identificación a simple vista de

---

<sup>9</sup> El texto de la norma en comento es del siguiente tenor: “**ARTÍCULO 2o. <EXCLUSIONES>**. Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto: (...) 2. Las transferencias que se realizan con los recursos de los Presupuestos Nacional, Departamental, Distrital y Municipal a personas de derecho privado para que, en cumplimiento de un mandato legal, desarrollen funciones públicas o suministren servicios públicos cuya prestación esté a cargo del Estado de acuerdo con la Constitución Política y las normas que la desarrollan.” (mayúsculas sostenidas, subrayado y negrillas del original).

<sup>10</sup> El artículo 1742 del Código Civil, dispone lo siguiente: “**ARTÍCULO 1742. <OBLIGACIÓN 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.” (mayúsculas sostenidas y negrilla del original).

<sup>11</sup> La Ley 50 de 1936 está compuesta en su totalidad por dos (2) artículos de los que solo compete para el análisis del presente asunto en artículo 2, cuyo contenido es así: “**ARTÍCULO 2o.** La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo 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.” (mayúsculas y negrillas del original).

la cláusula octava del acta de constitución de la unión temporal El Sol Naciente, en virtud de la cual, proceden remuneraciones en favor del particular integrante, y como no se trató de una nulidad causada por elementos del contrato diferentes a la causa y objeto ilícito no fue posible su saneamiento con la ratificación de las partes.

Advierte además la Sala que, hacen parte del proceso judicial los integrantes de la unión temporal El Sol Naciente, esto es, el municipio de Mongua (Boyacá) y Henry Unriza Puin, así como la compañía 3M Construye SAS en condición de cesionaria, razón esta por la cual, no se atenta contra el debido proceso, derecho de defensa y contradicción.

4) Así las cosas, el municipio de Mongua (Boyacá) no podía eludir los procedimientos de selección objetiva, so pretexto de dar cumplimiento al proyecto de viviendas de interés prioritario denominado Urbanización El Sol Naciente y, en ese sentido, su objeto es ilícito y adolece de nulidad absoluta, según lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 24<sup>12</sup> y el numeral 2 del artículo 44<sup>13</sup> de la Ley 80 de 1993, y en los artículos 1519<sup>14</sup> y 1521<sup>15</sup> del Código Civil.

5) Ahora bien, como resultado de la constitución de la unión temporal cuyo objeto es ilícito, surgieron otros negocios jurídicos como son:

a) El contrato de obra no. 1 de 16 de septiembre de 2013, suscrito entre la unión temporal El Sol Naciente y la compañía Construir y Crecer SAS con el objeto de ejecutar *“la construcción de noventa (90) viviendas de interés prioritario,*

<sup>12</sup> El numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 es como sigue: *“8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.”*

<sup>13</sup> La norma en comento preceptúa expresamente 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:* (...).

*2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; (...).”* (mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

<sup>14</sup> La norma dispone: **“ARTÍCULO 1519. <OBJETO ILÍCITO>.** *Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. (...).”* (mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

<sup>15</sup> El texto de la norma en comento es el siguiente: **“ARTÍCULO 1521. <ENAJENACIONES CON OBJETO ILÍCITO>.** *Hay un objeto ilícito en la enajenación:*

*1o.) De las cosas que no están en el comercio.*

*2o.) De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona.*

*3o.) De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello. (...).”* (mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

*pertenecientes al proyecto de vivienda de interés prioritario denominado urbanización El Sol Naciente” (fl. 72 cdno. no. 1), y*

En relación con este contrato, advierte la Sala que como el objeto de este precisamente era *la construcción de las noventa (90) viviendas de interés prioritario para la urbanización El Sol Naciente*, finalidad misma de la unión temporal El Sol Naciente conforme lo descrito en el acto de constitución de la misma, el municipio de Mongua (Boyacá) no se desligó de sus deberes y exigencias legales por el hecho de dejar en cabeza del privado la representación de la unión temporal El Sol Naciente.

Contrario a lo anterior, desde el mismo momento en el que permitió la suscripción y ejecución del contrato de obra no. 01 de 2013, avaló la elusión de los procedimientos de selección objetiva, máxime si se tiene en cuenta que el acta de recibo de las obras fue suscrita por el Municipio de Mongua, Henry Unriza Puin en condición de representante de la unión temporal y la compañía 3M Construye SAS.

En ese sentido, para la Sala es claro que el objeto del contrato de obra no. 01 de 2013 suscrito entre la unión temporal El Sol Naciente y la compañía 3M Construye SAS cesionaria de la compañía Construir y Crecer SAS es ilícito por el hecho de haber sido el resultado de una contratación directa sin el cumplimiento de lo previsto en el Estatuto de Contratación Estatal para la selección de contratistas, eludiendo lo dispuesto en el literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, pues está expresamente exceptuado el contrato de obra de la modalidad de contratación directa.

Así las cosas, en los términos del artículo 1519 del Código Civil *hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación*, encuentra la Sala que el objeto del contrato de obra no. 01 de 2013 constituye nulidad absoluta de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y en el literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

b) De otra parte, el contrato de cesión de derechos de 15 de diciembre de 2015 suscrito entre la compañía Construir y Crecer SAS y la compañía 3M Construye SAS, con el objetivo de que la persona a cargo de la ejecución del contrato de obra

no 1 de 2013 fuera en adelante la compañía 3M Construye SAS, esto es, a cargo de la ejecución del proyecto de urbanización El Sol Naciente.

Al respecto, pone de presente la Sala que el contrato de obra no. 01 de 2013 objeto de la cesión de derechos, consistía precisamente en la ejecución del objeto de la constitución de la unión temporal El Sol Naciente, esto es, llevar a cabo la construcción de las noventa (90) viviendas de interés prioritario para el municipio de Mongua (Boyacá), aspecto que constituye la ejecución de una obra para el beneficio de la comunidad bajo la dirección y control de dicha entidad territorial, y no de la unión temporal El Sol Naciente aun cuando esta fuera representada por una persona natural.

La ejecución de la obra en comento debió ser adelantada por la persona natural o jurídica que resultara elegida como resultado del proceso de selección que para el caso adelantara el municipio de Mongua (Boyacá), situación que no desvirtúa la naturaleza y régimen de contratación aplicable al negocio jurídico que se empleara para tal efecto.

En ese sentido, como el fin principal de la cesión de derechos de la posición de contratista para la ejecución del contrato de obra no. 01 de 2013 era llevar a cabo la construcción de las noventa (90) viviendas del proyecto denominado urbanización El Sol Naciente, esta debió adelantarse con la autorización previa del municipio de Mongua (Boyacá) en los términos del inciso tercero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, y aun cuando con posterioridad esta entidad territorial avalara el cumplimiento y ejecución del objeto del contrato de obra en comento, ello no le da validez jurídica.

Por lo anterior, en los términos del artículo 1519 del Código Civil *hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación*, advierte la Sala que el objeto de la cesión de derechos de 2015 constituye nulidad absoluta de acuerdo con lo dispuesto el numeral 8 del artículo 24 e inciso tercero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

6) Advierte la Sala que el punto de debate y de oposición a la decisión de primera instancia, encaminada a determinar si el régimen jurídico del contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013 celebrado entre la unión temporal El Sol Naciente

era de derecho privado, habría sido válida siempre y cuando la asociación realizada por el municipio de Mongua (Boyacá) hubiera sido precisamente en cumplimiento del artículo 355 de la Constitución Política, artículo 198 de la Ley 489 de 1998 y artículo 1 del Decreto 777 de 1992, es decir, con una persona natural o jurídica, sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad y con el objeto de desarrollar los planes y programas en beneficio de la comunidad.

7) En ese contexto, encuentra la Sala que la decisión del tribunal de primera instancia de declarar, de oficio, probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de la demanda principal y por pasiva de la demanda de reconvencción no resulta acertada, pues, no pueden surgir derechos válidos de un negocio jurídico con objeto ilícito de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1525 del Código Civil<sup>16</sup>, razón por la cual se revocará la sentencia apelada para en su lugar declarar de oficio la nulidad absoluta de la constitución de la unión temporal El Sol Naciente del 10 de octubre de 2011, del contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013 y del contrato de cesión del 15 de diciembre de 2015 con fundamento en el numeral 8 del artículo 24 y numeral 2 de artículo 44 de la Ley 80 de 1993, y de los artículos 1519 y 1521 del Código Civil.

#### **2.4 Las restituciones mutuas**

1) En atención al decreto de nulidad absoluta de los negocios jurídicos antes referidos, advierte la Sala que ello implica su desaparición del mundo jurídico, esto es, como si nunca hubieran existido y, por lo tanto, los efectos que ellos produjeron entre las partes deben retrotraerse al estado en que se hallaban antes del momento de su surgimiento o expedición.

2) Al respecto, el artículo 1746 del Código Civil<sup>17</sup> establece el derecho que les asiste a las partes afectadas con la decisión de nulidad de un acto o contrato, de restituirse

---

<sup>16</sup> El artículo 1525 del Código Civil dispone expresamente lo siguiente: “**ARTÍCULO 1525. <ACCIÓN DE REPETICIÓN POR OBJETO O CAUSA ILÍCITA>**. No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.” (mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

<sup>17</sup> El artículo 1746 del Código Civil dispone lo siguiente: “**ARTÍCULO 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 hallarían 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 deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en

entre sí aquello recibido como prestación del contrato anulado o en su defecto, de repetir en otra, salvo que se trate de la prestación o ejecución de un contrato con objeto o causa ilícita *a sabiendas*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1525 del mismo cuerpo normativo<sup>18</sup>.

En relación con el alcance del concepto de *a sabiendas* empleado por el legislador, la Corte Suprema de Justicia ha previsto lo siguiente:

*“(...) Por mandato legal y como principio de orden general, la nulidad cualquiera que sea su especie -absoluta o relativa-, una vez declarada, consagra en pro de las partes contratantes el derecho de ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto o contrato nulo, cumpliéndose este objetivo a través de las restituciones mutuas. Sin embargo se registran algunos casos en que no hay lugar a tales prestaciones, como ocurre cuando la nulidad se ha originado en objeto o causa ilícita, habiendo actuado las partes o una de ellas a sabiendas de la ilicitud (art. 1525 C.C.).*

*Esta excepción es de un gran contenido ético, pues tiene por fuente el clásico principio in pari causa turpitudinem cessat repetitio.*

*Es perfectamente explicable que si una persona a plena conciencia interviene en un acto contrario al ordenamiento jurídico, se le niegue toda acción y derecho, porque la ley no puede utilizarse para obtener ventajas que tienen como soporte la ilicitud. Sin embargo, como la sanción es grave en cuanto impide la restitución de lo entregado en razón del contrato nulo, el legislador sólo reprime al contratante que actúa ‘a sabiendas’ de la ilicitud.*

*Ahora, ¿qué se entiende por ‘a sabiendas’? Cuando no se trata de palabras técnicas referentes a una ciencia o arte o palabras definidas por la ley, estas han de entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas, enseña una regla de interpretación (arts. 28 y 29 del C.C.). Sentido natural y obvio es el que a las palabras da el diccionario de la Academia Española.*

*En ese orden de ideas, el adverbio ‘a sabiendas’, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa ‘de modo cierto’, ‘a ciencia segura’, o, con otras palabras, a plena conciencia, a pleno conocimiento, con conocimiento inequívoco. Esto indica que se requiere un conocimiento objetivo o conocimiento-realidad frente a determinado hecho. Y, a esta categoría de conocimiento se refiere el artículo 1525 del Código Civil cuando utiliza la locución ‘a sabiendas’, expresión ésta empleada en otros artículos del Código Civil (477, 737, 955, 1029, 1480, 1675 No.1, 1870, 1992 y 2017)”<sup>19</sup>.*

---

*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.” (mayúsculas sostenidas y negrillas del original).*

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 22 de enero de 1971, Gaceta Judicial, Tomo CXXXVIII, páginas 986 y 987.

En ese contexto, es clara la necesidad de establecer con certeza el conocimiento que tenían las partes al momento de suscribir los negocios jurídicos afectados con la nulidad absoluta, circunstancia esta que no se encuentra acreditada en el expediente, así como tampoco se cuenta con elementos de juicio, ciertos y claros que permitan denotar un conocimiento contentivo de mala fe y conocimiento de tal ilicitud.

3) Siguiendo la línea de análisis, corresponde entonces establecer si es posible retrotraer las cosas al estado anterior al momento de suscripción de tales negocios jurídicos, aspecto este de difícil cumplimiento si se parte del hecho de que se trata de la ejecución de tres (3) contratos y que datan de hace más de diez (10) años y que tuvieron por objeto la construcción de sesenta y nueve (69) viviendas de interés prioritario en el municipio de Mongua (Boyacá), de acuerdo a lo señalado en el acta de recibo final de obras de 8 de noviembre de 2016 (fls. 124 y 125 cdno. no. 1).

Resulta indispensable poner de presente, que al expediente no se acompañó constancia de lo efectivamente pagado a la unión temporal El Sol Naciente con ocasión del cumplimiento y ejecución del proyecto de Urbanización El Sol Naciente, advierte la Sala que la sociedad actora tan solo aportó copia del acta de recibo final de obras del 8 de noviembre de 2016, documento en el que se evidencia la ejecución de sesenta y nueve (69) viviendas y un saldo a pagar por el monto de \$1.674.588.368, sin que se tenga claridad de que en efecto, el valor correspondiente a la obra ejecutada haya sido recibida por la unión temporal El Sol Naciente y esté pendiente por pagar el saldo indicado en tal documento.

Adicionalmente, como al proceso no se allegaron pruebas ni tampoco se solicitó el decreto de medios probatorios que condujeran a la acreditación del beneficio del municipio de Mongua (Boyacá) en la ejecución de la constitución de la unión temporal El Sol Naciente del 10 de octubre de 2011, del contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013 y del contrato de cesión del 15 de diciembre de 2015, en los términos de los dispuesto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 no hay lugar a reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas de tales contratos con objetos nulos.

4) Así las cosas, aun cuando los negocios jurídicos antes referidos estén afectados con nulidad absoluta, resulta imposible proceder a las restituciones mutuas, pues, materialmente no es posible deshacer la obra ejecutada y disfrute de la misma por la comunidad, de manera tal que el municipio de Mongua (Boyacá) pudiera restituir los volares pagados por tales obras.

5) En el presente contexto, advierte la Sala que como los actos contractuales afectados con nulidad absoluta por objeto ilícito fueron de ejecución sucesiva en virtud de los cuales surgieron numerosos hechos y situaciones consumadas de imposible restitución, no hay lugar a las restituciones mutuas<sup>20</sup>.

Por todo lo anterior, la Sala declarará, de oficio, la nulidad absoluta de la constitución de la unión temporal El Sol Naciente del 10 de octubre de 2011, del contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013 y del contrato de cesión del 15 de diciembre de 2015, no ordenará restituciones mutuas y denegará las súplicas de las demandas principal y de reconvención.

### **3. Conclusiones**

1) En el presente asunto, la parte actora se opuso a la decisión adoptada en la sentencia de primera instancia por cuanto, a su juicio, el contrato suscrito entre la unión temporal El Sol Naciente y la compañía Construir y Crecer SAS se regía por el derecho privado y la cesión de derechos celebrada entre la compañía actora, 3M Construye SAS y la sociedad Construir y Crecer SAS no debía cumplir formalidades adicionales a las dispuestas por las partes y, que en ese sentido, debía procederse al análisis de las pretensiones de la demanda en los términos en que fueron formuladas.

2) En el análisis de los problemas jurídicos planteados con el recurso de apelación, se encuentre probado que la constitución de la unión temporal del 10 de octubre de

---

<sup>20</sup> Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias con decisiones similares: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de junio de 1984, expediente no. 3071, MP José Alejandro Bonivento Fernández; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2006, expediente no. 13414 (R-7186), MP Ramiro Saavedra Becerra; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de junio de 2007, expediente no. 16.020, MP Ruth Stella Correa Palacio, y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de julio de 2009, expediente no. 15.004, MP Mauricio Fajardo Gómez.

2011 adolecía de nulidad por objeto ilícito, pues, el municipio de Mongua (Boyacá) no dio cabal cumplimiento de lo dispuesto para ese tipo de asociaciones en la Constitución Política y leyes que rigen la materia.

3) Por consiguiente, como no pueden surgir derechos válidos de un negocio jurídico ilícito, el contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013 y el contrato de cesión del 15 de diciembre de 2015 también resultan nulos por objeto ilícito de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 2 y numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, y de los artículos 1519 y 1521 del Código Civil, razón por la cual la Sala revocará la sentencia apelada para en su lugar declarar, de oficio, la nulidad absoluta de la constitución de la unión temporal El Sol Naciente del 10 de octubre de 2011, del contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013 y del contrato de cesión del 15 de diciembre de 2015 con fundamento en el numeral 8 del artículo 2 y numeral 2 de artículo 44 de la Ley 80 de 1993, y de los artículos 1519 y 1521 del Código Civil.

#### **4. Condena en costas y agencias en derecho**

Según el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo que se ventile un interés público la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil<sup>21</sup>, a su turno, los numerales 1 y 4 del artículo 365 del Código General del Proceso consagran que se condenará en costas *“a la parte vencida”* y si la sentencia de primera instancia es revocada totalmente, *“la parte vencida será condenada a pagar las costas en ambas instancias”*.

En el presente caso la parte vencida es el municipio de Mongua (Boyacá) y el señor Henry Unriza Puin, de manera que en lo que se refiere a los gastos del proceso estos serán liquidados por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Boyacá de manera concentrada, según el artículo 366 del Código General del Proceso<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Al respecto consultar la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, del 11 de octubre de 2021, expediente no. 11001-03-26-000-2019-00011-00 (63.217), MP Fredy Ibarra Martínez.

<sup>22</sup> El artículo 366 del Código General del Proceso prevé: *“Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas (...)”*.

Sobre las agencias en derecho, se tiene que para la fecha de la presentación de la demanda se hallaba vigente el artículo 6 numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de este modo, la Sala considera razonable tasar las agencias en derecho, por partes iguales para el municipio de Mongua (Boyacá) y el señor Henry Unriza Puin en doce (12) salarios mínimos legales mensuales por cada instancia, para un total de veinticuatro (24) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de ejecutoria de la presente providencia que deberán ser pagados a la compañía 3M Construye SAS, en atención a que otorgó poder a un profesional del derecho quien actuó en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **F A L L A:**

**1º) Revócase** la decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá del 23 de noviembre de 2022 y, en su lugar, **dispónese** lo siguiente:

***“Primero. Declárase** de oficio la nulidad absoluta de la constitución de la unión temporal El Sol Naciente del 10 de octubre de 2011, del contrato de obra no. 001 de 16 de septiembre de 2013 y del contrato de cesión del 15 de diciembre de 2015 con fundamento en el numeral 8 del artículo 2 y numeral 2 de artículo 44 de la Ley 80 de 1993, y de los artículos 1519 y 1521 del Código Civil.*

***Segundo. Deniéganse** las restituciones mutuas.*

***Tercero. Deniéganse** las súplicas de la demanda principal y de la de reconvencción.”*

**2º) Condénase** en costas en ambas instancias al municipio de Mongua (Boyacá) y el señor Henry Unriza Puin las cuales deberán liquidarse por la Secretaría del

Expediente no. 15001-23-33-000-2018-00693-02 (69.655)

Actor: 3M Construye SAS

Controversias contractuales

Apelación de sentencia

Tribunal Administrativo de Boyacá de manera concentrada en caso de haberse causado.

**3º) Fíjense** por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a veinticuatro (24) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia que, deberán ser pagados, doce (12) salarios mínimos mensuales vigentes por municipio de Mongua (Boyacá) y doce (12) salarios mínimos mensuales vigentes por el señor Henry Unriza Puin a la compañía 3M Construye SAS.

**4º)** Ejecutoriada esta providencia, por secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las respectivas constancias secretariales de rigor.

#### **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

##### **Aclara Voto**

(Firmado electrónicamente)

**ALBERTO MONTAÑA PLATA**

**Presidente de la Subsección**

##### **Salva el voto**

(Firmado electrónicamente)

**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

**Magistrado**

(Firmado electrónicamente)  
**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
**Magistrado Ponente**

*CONSTANCIA: la presente providencia fue firmada electrónicamente por el Magistrado Ponente de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma digital SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.*



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN B**

Magistrado ponente: Fredy Ibarra Martínez

**Radicación:** 16001-23-33-000-2018-00693-02 (69.655)  
**Demandante:** 3 M Construye SAS  
**Demandado:** Municipio de Mongua (Boyacá) y Henry Unriza Puin, integrantes de la Unión Temporal El Sol Naciente  
**Referencia:** Controversias contractuales

Aclaración de voto de Alberto Montaña Plata

Presento las razones por las cuales aclaro mi voto en la Sentencia de 30 de noviembre de 2023. Comparto la decisión de declarar la nulidad de los negocios jurídicos objeto de la controversia; sin embargo, existen algunas afirmaciones y razones de la decisión de las cuales me aparto.

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe expresamente decretar auxilios o donaciones a favor de personas, jurídicas o naturales, de derecho privado. El inciso segundo de esa disposición permite la celebración de contratos con "*entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad*", con un específico propósito, "*impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo*". Además, este artículo de la Constitución prevé que el Gobierno reglamentará la materia, por lo cual se considera un reglamento autónomo constitucional.

Por su parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 norma la "*Constitución de Asociaciones y Fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias*

de las entidades públicas con participación de particulares". Ese artículo autoriza la asociación con "personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas". Además, prescribe que "[l]os convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política". Con base en este aparte, la Sentencia trata de manera indistinta los negocios jurídicos derivados del artículo 355 de la Constitución y aquellos celebrados en el marco del artículo 96 de la Ley 498 de 1998. No obstante, a mi juicio, los contratos a que se refiere el artículo 355 de la Constitución constituyen una tipología negocial diferente de los convenios de asociación y la creación de personas jurídicas normados en el artículo 96 de la Ley 498 de 1998. El hecho de que la norma de rango legal haga referencia a la disposición constitucional, no permite confundir los distintos tipos negociales o identificarlos como una institución jurídica única.

En la Sentencia C-671 de 1999 de la Corte Constitucional se indica expresamente: "que no podrá, en ningún caso pretextarse la celebración de los mismos [los negocios jurídicos autorizados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998] para otorgar o decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado" (el texto entre corchetes no hace parte del original). En ese sentido, y no como una equivalencia de las instituciones, debe entenderse la referencia contenida en el artículo legal citado varias veces.

En la Sentencia se afirmó que las normas permiten que "las entidades estatales en asocio con personas naturales o jurídicas particulares creen personas jurídicas con una única condición y es que sean sin ánimo de lucro". Considero errada esta afirmación, puesto que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permite, solamente, asociarse "**con personas jurídicas particulares**, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas" (negrilla fuera de texto); es decir, la habilitación legal del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se refiere a personas jurídicas particulares y no a personas naturales particulares. Por lo mismo, cualquier convenio celebrado al amparo de tal norma con una persona natural lo fue en ausencia de competencia por parte de la entidad para celebrar tal contrato; razón esta por la que comparto la

declaratoria de nulidad. Por lo tanto, en mi sentir, resultaba innecesario e inapropiado averiguar sobre las calidades de reconocida idoneidad de la persona natural o su ánimo de lucro, pues bastaba su naturaleza de persona natural, en oposición a lo autorizado por la ley. De otra parte, debo agregar que desconozco, en el derecho colombiano, la categoría jurídica referida en el extracto citado; esto es, "*personas naturales sin ánimo de lucro*".

Además, comparto con la decisión que los negocios jurídicos anulados fueron celebrados para eludir los procedimientos de selección que correspondían de conformidad con el EGCAP, con lo cual se vulneró el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1994, por lo que se configuró la causal de nulidad de que trata el artículo 44.2 del mismo instrumento normativo. Tal raciocinio, en mi entender, resulta aplicable no solo al Contrato de Unión Temporal entre el Municipio y Henry Unriza Puin, sino también al contrato de obra pública 1 de 2013, pues el Municipio hacía parte de la Unión Temporal El Sol Naciente, y esta UT era, a su vez, parte de ese contrato.

Finalmente, comparto que la cesión realizada por el contratista de la entidad es nula por no haber contado previamente con la autorización de la entidad estatal y haberse realizado por la totalidad del objeto contractual, con lo que se evidencia la lógica de dejar en manos de un tercero pre-seleccionado la ejecución del contrato, sin haber recurrido a las normas del EGCAP.

Firmado electrónicamente  
**ALBERTO MONTAÑA PLATA**  
Magistrado



Radicado: 08001-23-33-004-2017-00063-01 (64.578)  
Demandantes: Vatia S.A. ESP

**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN B**

**Consejero Ponente: Fredy Ibarra Martínez**

Bogotá D.C., treinta (20) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

**Radicación:** 16001-23-33-000-2018-00693-02 (69.655)  
**Demandante:** 3M CONSTRUYE SAS  
**Demandada:** MUNICIPIO DE MONGUA (BOYACÁ) Y HENRY UNRIZA PUIN,  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL EL SOL NACIENTE  
**Referencia:** Reparación directa  
**Tema:** Improcedencia de declarar la nulidad del contrato de obra por la  
supuesta existencia de nulidad en el convenio de unión temporal  
suscrito entre el Municipio y un particular para realizar un proyecto  
de vivienda de interés social.

**Salvamento de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz**

No comparto la decisión de declarar la nulidad del contrato de unión temporal suscrito entre el Municipio de Mongua y Henry Unriza, ni mucho menos la declaratoria de nulidad del contrato de obra suscrito entre la Unión Temporal y un particular para ejecutar soluciones de vivienda, ello por las siguientes razones:

1.- En la demanda se pretendía la declaratoria de incumplimiento del contrato de obra No. 01 de 2013 suscrito entre la Unión Temporal el Sol Naciente (integrada por el Municipio de Mongua y Henry Unriza) y la compañía Construir y Crecer SAS. La sentencia de la que me aparto, decidió de oficio declarar la nulidad del acuerdo de unión temporal, por considerar que el mismo fue suscrito para eludir el proceso de licitación pública necesario para adjudicar las obras de construcción de soluciones de vivienda, que era el objeto de la referida unión temporal.

2.- Considero que no era procedente declarar la nulidad del acuerdo de conformación de unión temporal porque no se cumplían los requisitos para su declaratoria. Como he indicado previamente, de acuerdo con la ley, la declaratoria de nulidad de oficio de un contrato procede siempre que se cumplan tres requisitos:

<<1ª que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato contenga, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio en el proceso como fuente de



derechos u obligaciones de las partes, y 3ª que al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración>>

En el presente asunto, el acuerdo de unión temporal no se invocó como fuente de derechos u obligaciones, por el contrario, el mismo ni siguió hacia parte del litigio, el cual se circunscribió a la declaratoria de incumplimiento de un contrato distinto, esto es, el contrato de obra celebrado entre la Unión Temporal y la compañía Construir y Crecer SAS, lo que impedía que el juez se pronunciara sobre su legalidad

3.- De otra parte, no puede considerarse que la nulidad del contrato de unión temporal devenga en la nulidad del contrato de obra celebrado por esta, como erradamente lo hace la sentencia de la que me aparto. Considerar que una vez declarada la nulidad del acuerdo de unión temporal son nulos los contratos suscritos por esta implica desconocer la forma como la nulidad de los contratos es congénita a los mismos, por lo cual, debe fundamentarse en situaciones que se existían al momento de la celebración del contrato, lo cual, no sucede cuando existe una declaratoria posterior de nulidad de la forma asociativa que celebró el negocio.

4.- Tampoco comparto la negativa de la restitución de prestaciones mutuas por falta de prueba de lo ejecutado del contrato de obra anulado. Exigir como lo hace la sentencia que las partes presenten pruebas sobre el posible monto de las restituciones mutuas no tiene sentido, pues el proceso no tenía por objeto la nulidad del contrato. Por ello, considero que debió condenarse a la restitución y ordenarse que el valor de las mismas se liquidara mediante incidente.

Fecha *ut supra*,

*Firmado electrónicamente*  
**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**  
**Magistrado**