



Compartido por:



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

**Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil veintitrés (2023)

**Expediente:** 050012331000-2012-00810-01 (61174)  
**Demandante:** Crear Ingeniería Ltda.  
**Demandado:** Municipio de Turbo y otro  
**Acción:** Controversia contractual  
**Asunto:** Sentencia de segunda instancia

Surtido el trámite de ley sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida por la Sala Quinta Mixta del Tribunal Administrativo de Antioquia.

La parte actora solicitó que se declare el incumplimiento del contrato, el rompimiento de su equilibrio económico, la responsabilidad solidaria de las entidades demandadas, y la liquidación judicial del negocio jurídico.

**I. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

1. Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 30 de octubre de 2017<sup>1</sup>, en la que el Tribunal dispuso declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Turbo y negar las pretensiones de la demanda.

2. El anterior proveído resolvió la demanda presentada el 8 de junio de 2012<sup>2</sup> por la sociedad Ochoa Jaramillo y Cía. Ltda., hoy Crear Ingeniería Civil Ltda. (la demandante o parte actora) en contra del municipio de Turbo (el municipio o la entidad territorial) y la Fundación para el Buen Gobierno, hoy Fundación Cubo<sup>3</sup> (en adelante Fundacubo o la fundación).

**Fundamentos de la demanda y lo pretendido**

3. Como principales hechos y argumentos que sirvieron de sustento para la acción, la demandante explicó que:

<sup>1</sup> Cuaderno principal, folios 644 a 655.

<sup>2</sup> Cuaderno 1, folios 1 a 10.

<sup>3</sup> Entidad descentralizada por servicios indirecta o de segundo grado, sin ánimo de lucro, del orden departamental, creada por una asociación exclusiva de entidades públicas (Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid y el Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA), en los términos del artículo 95 de la Ley 489 de 1998.



(i) El 29 de mayo de 2009, el municipio de Turbo, Antioquia, suscribió con Fundacubo el convenio interadministrativo 011 de 2009 (el convenio), por medio del cual la fundación se comprometió a construir un jardín social en el Corregimiento de Nueva Colonia del mismo municipio, bajo el sistema de precios unitarios.

(ii) Con el objetivo de dar cumplimiento al convenio antes indicado, Fundacubo celebró con Crear Ingeniería Ltda. el contrato D 66 del 30 de julio de 2009 (el contrato de obra), el cual tuvo por objeto realizar los trabajos correspondientes a la construcción de un jardín social en el corregimiento de Nueva Colonia del municipio de Turbo, en un plazo de seis (6) meses.

(iii) Crear Ingeniería Ltda. ejecutó más del 80% de las obras; sin embargo, tuvo inconvenientes con la interventoría del contrato, ya que éste fue objeto de una suspensión que no le era imputable y se *“pretendía que, sin ninguna clase de ajustes a los valores pactados, que por el efecto del transcurso del tiempo habían quedado subvalorados, se terminara la ejecución de la obra aún a costa de los intereses del contratista, lo que ciertamente es prohibido por nuestros estatutos legales en materia de contratación pública, pues siempre ha de propenderse el equilibrio contractual”*.

(iv) El 30 de noviembre de 2010, las partes decidieron de común acuerdo poner fin a la relación negocial, producto de lo cual, Crear Ingeniería Ltda. elaboró el acta final de obra; no obstante, la fundación se negó a suscribirla con el argumento verbal de que el porcentaje previsto para el A.I.U no era del 20%, como se indica en el contrato y los pliegos, sino solo del 13%.

(v) Con el ánimo de transigir las diferencias existentes, el 13 de julio de 2011 se acordó suscribir un acta de liquidación manteniendo el valor del A.I.U. en el 20%, lo que arrojaba una suma de \$333.000.000 pendientes de pago a favor del contratista; aunque el documento no fue suscrito por la fundación contratante, Fundacubo entregó en abono la suma de \$100.000.000 *“con el compromiso posterior de la firma del acta de liquidación del contrato”*.

(vi) A la fecha de presentación de la demanda, Fundacubo no había suscrito el acta de liquidación bilateral, ni realizado el pago acordado o efectuado la liquidación unilateral del contrato, y pese a no haber recibido el valor correspondiente por la liquidación, la sociedad demandante - Crear Ingeniería Ltda.- cumplió, aunque en forma tardía, con todos sus compromisos con proveedores y trabajadores, lo que afectó su imagen y buen nombre.

4. Con fundamento en lo anterior, la demandante solicitó: (i) declarar que Fundacubo incumplió el contrato D 66 de 2009 al no haber realizado la liquidación del mismo dentro del término legal; (ii) declarar que el municipio de Turbo es solidariamente responsable de las obligaciones del contrato y su incumplimiento; (iii) condenar a las entidades demandadas a restablecer el equilibrio económico del contrato; (iv) condenar a las demandadas a indemnizar la pérdida del buen nombre



por los atrasos en el pago a sus proveedores; y, (v) liquidar el contrato incluyendo las sumas adeudadas al contratista.

### **Contestación de la demanda**

5. El Curador *Ad Litem* de Fundacubo<sup>4</sup> pidió que se probara la generalidad de los hechos narrados en la demanda y se opuso a las pretensiones sin esgrimir razones de defensa.

6. El municipio de Turbo<sup>5</sup>, se opuso a las súplicas de la parte actora asegurando no estar legitimado en la causa por pasiva, pues para que el ente territorial se encontrara obligado respecto de terceros en relación con el convenio, era necesario que el delegatario hubiese actuado o contratado en su nombre, *“es decir, que hubiese puesto de presente su calidad de mandatario de la entidad territorial, lo cual no ocurrió en el caso que se analiza pues del contenido del Contrato D-66 se determina claramente que la Fundación para el Buen Gobierno actuó en su propio nombre”*. También adujo la inexistencia de obligación a su cargo, toda vez que pagó a Fundacubo la totalidad del valor pactado en el Convenio 011 de 2009.

### **Alegatos en primera instancia**

7. La parte actora<sup>6</sup> indicó que la prueba pericial logró establecer que las demandadas le adeudan la suma de \$309.408.330 por la ejecución del contrato, insistiendo en la procedencia de una condena solidaria en contra del municipio de Turbo.

8. El Ministerio Público y las entidades demandadas guardaron silencio.

### **Fundamentos de la sentencia de primera instancia**

9. El Tribunal a quo<sup>7</sup> declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Turbo y negó las pretensiones de la demanda; para estos efectos indicó, lo siguiente:

(i) Aunque entre el municipio de Turbo y Fundacubo existió el Convenio Interadministrativo 011 de 2009, de ello no se desprende que se haya dado un contrato de obra pública por administración delegada; contrariamente, tal circunstancia *“permite concluir que [el municipio] no está legitimado materialmente en la causa por pasiva, por cuanto, se itera, la Fundación para el Buen Gobierno suscribió con la sociedad demandante el contrato D66, actuando en nombre propio y no por cuenta y riesgo del ente territorial accionado”*.

---

<sup>4</sup> Cuaderno 1, folios 379 a 383.

<sup>5</sup> Cuaderno 1, folios 384 a 389.

<sup>6</sup> Cuaderno 2, folios 640 y 641.

<sup>7</sup> Cuaderno principal, folios 644 a 655.



(ii) La pretensión de incumplimiento del contrato no tiene fundamento jurídico y debe negarse, toda vez que la liquidación unilateral de los contratos es una facultad legal que se habilita cuando las partes no lo liquidaron en forma bilateral, por lo cual, no participa de la naturaleza de obligación contractual y, en tal sentido, su ausencia no se traduce en un incumplimiento de la entidad contratante.

(iii) En la demanda se afirmó que se presentó un desequilibrio económico generado por el transcurso del tiempo "*desde el momento en que se realiza el presupuesto de obra; el tiempo en que se presenta la propuesta y la ejecución de la obra que debió ser suspendida por causas no imputables a mi representado*"; sin embargo, en el proceso no se probó la fecha de inicio del contrato D 66 de 2009, como tampoco la existencia de suspensiones, prórrogas y /o adiciones al plazo, y aunque se tuviera como cierta una mayor permanencia en obra, tampoco se probaron los supuestos sobrecostos; en consecuencia, la pretensión relativa a un restablecimiento de la ecuación financiera del contrato resulta improcedente.

(iv) No es posible acceder a la pretensión de liquidación judicial del contrato, pues en el expediente no reposan las actas parciales de obra elaboradas por la sociedad contratista u otras pruebas para establecer cuál proporción del objeto contractual se ejecutó, por lo que ante la inexistencia de soportes para poder determinar el quantum debido recíprocamente, si hubo incumplimientos, retrasos y/o cargas prestacionales no satisfechas, no es posible determinar el cruce final de cuentas del contrato D 66 de 2009.

(v) Al no haberse probado si Fundacubo es deudor a la sociedad demandante, la pretensión sobre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por la afectación al buen nombre quedó sin fundamento, ya que ésta se basó precisamente en "*no haber recibido el valor correspondiente por la liquidación del contrato*".

## II. EL RECURSO DE APELACIÓN

10. En escrito del 15 de noviembre de 2017 Crear Ingeniería Ltda. solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia<sup>8</sup>. Su oposición se fundamentó en que la entidad territorial sí estaba legitimada en la causa como demandada, y por otra parte, en que sí existen elementos probatorios suficientes para proceder con la liquidación judicial del contrato determinando un saldo a su favor. El recurrente sustentó el recurso en las siguientes premisas:

(i) El fallo recurrido confundió la responsabilidad que fue imputada a la entidad territorial, toda vez que el Municipio de Turbo era el beneficiario directo de la obra, a partir de lo cual, insistió, le asiste una responsabilidad solidaria, en tanto:

(a) El beneficiario de la obra siempre tendrá una responsabilidad solidaria frente a aquellas personas, bien jurídicas o naturales, encargadas de ejecutarla, así la relación se haya realizado por interpuesta persona.

<sup>8</sup> Cuaderno principal, folios 657 a 663.



- (b) El Municipio de Turbo tuvo un control directo de la obra, tal y como se evidencia del contrato, de las actas de inicio, suspensión, posterior reinicio de la obra y de la suscripción del acta de avance de obra No. 01.
- (c) De no aceptarse la solidaridad, se estaría avalando la defraudación de los intereses de la demandante, aprobando un enriquecimiento injustificado del patrimonio del municipio de Turbo y el correlativo empobrecimiento del patrimonio de la parte actora.

(ii) El dictamen pericial elaborado por el Ingeniero Gustavo Alfonso Estrada Araque, así como el acta de avance de obra No. 01, y las actas de inicio, suspensión y reinicio de obra que obran en el expediente, son prueba suficiente de las actividades efectivamente ejecutadas por el contratista y del saldo a su favor; a pesar de ser cierto que las actas de inicio, suspensión y reinicio de obra están suscritas entre la fundación y el municipio de Turbo en cumplimiento del convenio 011 de 2009, éstas sirven de prueba de las condiciones de ejecución del contrato por parte de la sociedad demandante.

(iii) El recurrente no allegó ningún argumento tendiente a cuestionar la decisión del Tribunal *a quo* de negar las pretensiones de incumplimiento del contrato, restablecimiento del equilibrio económico y daño al buen nombre.

### **Alegatos en segunda instancia**

11. En la oportunidad correspondiente para alegar de conclusión las partes guardaron silencio<sup>9</sup>; el representante del Ministerio Público allegó concepto solicitando confirmar el fallo recurrido, con fundamento en que Fundacubo suscribió con la sociedad demandante el contrato D 66 actuando en nombre propio, y no por cuenta y riesgo del ente territorial accionado, y por otra parte, considerando que *“del escaso material probatorio susceptible de valoración allegado al proceso (...) no se probaron en debida forma los hechos aducidos en la demanda como soporte de las pretensiones”*.

## **III. CONSIDERACIONES**

### **Régimen aplicable**

12. Como la demanda se instauró ante esta jurisdicción el 8 de junio de 2012<sup>10</sup>, se rige por lo prescrito en el CCA<sup>11</sup>, toda vez que la Ley 1437 de 2011 (CPACA), conforme a su artículo 308, entró a regir el 2 de julio de ese año, y en virtud del inciso tercero de la misma disposición, *“[l]os procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la*

<sup>9</sup> Cuaderno principal, folio 686.

<sup>10</sup> Cuaderno 1, folios 1 a 10.

<sup>11</sup> Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).



presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.

### **Objeto de la apelación**

**13.** La Sala encuentra que el presente asunto se circunscribe a determinar si: (i) el municipio de Turbo es responsable solidario como beneficiario de la obra y, (ii) si las pruebas acreditan los elementos mínimos necesarios para definir en sede judicial la liquidación del negocio jurídico celebrado entre Fundacubo y la parte actora, incluyendo el saldo a favor aducido por la parte actora.

**14.** Atendiendo a que el apelante no allegó argumento para contradecir o reprochar la negativa del *a quo* frente a las pretensiones de incumplimiento del contrato, restablecimiento del equilibrio económico y daño al buen nombre, y considerando que lo aducido por el recurrente y su voluntad de interponer el recurso condicionan la competencia del juez que conoce del mismo, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre estos puntos al tratarse de temas del fallo de primer grado que fueron aceptados por el apelante único.

### **Respecto de la legitimación en la causa por pasiva del municipio de Turbo**

**15.** La legitimación en la causa refiere a la aptitud para ser parte en un proceso judicial concreto, y, por tanto, a la posición que tienen los sujetos procesales frente a la situación fáctica y jurídica alegada en el mismo, de manera que estará legitimado en la causa quien tenga la posibilidad de intervenir en el proceso para formular pretensiones o controvertirlas, y en razón a ello, actuará en condición de sujeto activo o pasivo en la controversia puesta en conocimiento del juez.

**16.** En este sentido, esta Corporación ha dicho que quien formula las peticiones en el proceso y quien debe rebatirlas, deben tener un interés legítimo en la declaración que se pretende, por lo que solo corresponderá hacer solicitudes contra ciertas personas, en la medida que cuentan con un interés legítimo frente al derecho discutido en la controversia<sup>12</sup>. En ese orden, la legitimación en la causa está relacionada con el objeto mismo de la *litis*, pues se trata de un elemento sustancial vinculado con la pretensión, siendo en consecuencia un presupuesto fundamental a definir para la emisión de la respectiva sentencia.

**17.** De esta forma, por cuanto la exigencia de legitimación en la causa por pasiva alude a la aptitud que debe reunir la persona contra quien se dirige la demanda, esta Subsección ha indicado que la entidad contra la cual se dirigen las pretensiones debe estar vinculada funcional o materialmente con los hechos que dan origen a la reclamación<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de julio de 2022, C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 250002336000201700600 01 (68115).

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 27 de agosto de 2021, C.P.: José Roberto SÁCHICA Méndez, Exp. 67.194.



**18.** En el caso concreto, la sociedad demandante argumenta la existencia de una solidaridad del municipio de Turbo frente a las obligaciones derivadas del contrato D 66 de 2009, por cuanto, en su concepto: (a) la entidad pública beneficiaria de una obra es siempre responsable frente a aquellos encargados de ejecutarla, así la relación se haya realizado por interpuesta persona; y (b) el municipio de Turbo tuvo un control directo de la obra, como se evidencia del contrato, de las actas de inicio, suspensión, reinicio y de la suscripción del acta de avance de obra No. 01. Sin embargo, estos argumentos no permiten establecer la solidaridad aducida por cuanto:

(i) La solidaridad puede surgir de la convención, del testamento o de la ley, y debe ser declarada expresamente por los obligados en los casos en que la ley guarda silencio<sup>14</sup>; salvo asuntos en materia de derechos laborales, no existe norma que por vía general establezca una solidaridad general de orden contractual en cabeza de las entidades públicas frente a terceros, con ocasión de los negocios jurídicos celebrados por sus contratistas.

Por otro lado, el principio de relatividad de los contratos determina que la convención solo produce efectos entre los sujetos que lo han celebrado, de manera que sólo a ellos vincula con fuerza de ley, y, por ende, únicamente a éstos perjudican y aprovechan sus efectos; esto significa que el contrato no obliga a quienes no han figurado en él como parte, y en el caso concreto, la propia parte demandante afirma que el municipio no tuvo esa calidad en el negocio jurídico que se afirma incumplido<sup>15</sup>, lo que determina que las obligaciones surgidas del mismo no le son oponibles a la entidad territorial, pues como se explicó, el contrato agota sus efectos entre quienes lo suscribieron.

(ii) Aunque por regla general y en virtud del principio de relatividad los contratos no dañan, benefician u obligan a los sujetos que no han concurrido a celebrarlos, la Sala no desconoce que tal principio no es absoluto, en tanto existen eventos en que las convenciones jurídicas de las partes irradian sus efectos a cierta categoría de terceros que no le son completamente extraños; no obstante, ninguno de estos supuestos fue aducido como sustento de las pretensiones por la parte actora - como, por ejemplo, el caso de una estipulación por otro, o que la entidad territorial tuviere la connotación de un tercero relativo<sup>16</sup> en la medida que lo decidido respecto del contrato D 66 de 2009 en este proceso pudiere acarrear una lesión a sus intereses, pues, como se ha explicado, lo pretendido por la sociedad demandante es exigirle el cumplimiento de las obligaciones derivadas del negocio jurídico con fundamento en la figura de la solidaridad, aunque no fue parte en el mismo.

---

<sup>14</sup> Código Civil, artículo 1568.

<sup>15</sup> Sobre el particular, explicó que en el recurso de apelación que “[n]o se manifiesta en el texto de la demanda, que mi representada haya suscrito contrato alguno con el Municipio de Turbo” y que “entre el Municipio de Turbo y OCHOA JARAMILLO Y CIA LIMITADA hoy CREAM INGENIERÍA CIVIL S.A.S no existió un vínculo contractual específico y directo”.

<sup>16</sup> Son terceros relativos quienes no tuvieron ninguna intervención en la celebración del contrato, ni personalmente ni representados, pero con posterioridad entran en relación jurídica con alguna de las partes, de suerte que el acto en el que no participaron podría acarrearles alguna lesión a sus intereses. Al respecto puede verse: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de abril de 2018, M.P. Ariel Salazar Ramírez, Exp. 05001-31-03-010-2011-00338-01.



(iii) Aun cuando está acreditado que Fundacubo celebró con la actora el contrato D 66 de 2009, para dar cumplimiento a las obligaciones que adquirió bajo el convenio 011 de 2009 que suscribió con el municipio de Turbo, la eventual coligación entre ambos negocios jurídicos permitiría al juez considerarlos en conjunto para determinar su incidencia recíproca, y con ello, establecer adecuadamente el alcance de las obligaciones atendiendo a su posible vinculación, interdependencia y nexo teleológico o funcional; sin embargo, contrario a lo pretendido por la parte actora, ello no permite deducir la existencia de prestaciones a cargo de una parte que no se ha obligado, pues implicaría desconocer el principio de relatividad antes indicado así como el de la autonomía de la voluntad.

(iv) No es cierto que de los documentos aducidos por la parte actora y obrantes en el expediente, esto es, el contrato D 66 de 2009 y las actas de inicio, suspensión, reinicio y avance de obra No. 01, pueda siquiera divisarse que el municipio de Turbo tuvo un control e injerencia directa en la ejecución del negocio jurídico, toda vez que:

- (a) El contrato suscrito entre la sociedad demandante y Fundacubo no establece ningún tipo de facultad, potestad, carga u obligación en cabeza de la entidad territorial;
- (b) La totalidad de actas contractuales aducidas, corresponden a la ejecución del convenio No. 011 de 2009 celebrado entre Fundacubo y el ente territorial, lo que explica que el último participara en ellas, pero de manera alguna, determina su participación o “control directo” sobre el contrato D 66 de 2009, que corresponde a un negocio jurídico distinto, respecto del cual y su ejecución, se anuncia, solo fue allegado el texto del contrato.

**19.** Adicionalmente, la Sala descartará los argumentos del demandante tendientes a imputar responsabilidad al ente territorial demandado por cuenta de un supuesto enriquecimiento sin causa, toda vez que las reclamaciones de la parte actora estuvieron siempre sustentadas y cobijadas bajo el marco de ejecución del contrato de obra D 66 de 2009, lo que descarta la presencia de la pretendida figura, ante la evidente existencia de una causa en las prestaciones ejecutadas; para la Sala, no hay duda de que los aspectos reclamados por el demandante se refieren a la ejecución de actividades amparadas bajo un contrato, sin que se hubiese afirmado en la demanda, y mucho menos demostrado en el proceso, algún hecho o circunstancia al margen de dicho negocio jurídico para efectos de imputar responsabilidad por un enriquecimiento sin causa a cargo de las entidades demandadas.

**20.** En la misma línea de lo expuesto, tampoco puede la parte actora variar la causa del proceso, pues ello sería contrario a la regla procesal de la *no mutatio libellis*, en virtud de la cual, una vez fijado el objeto del proceso, se prohíbe a las



partes y al juez transformarlo o cambiarlo planteando nuevas pretensiones<sup>17</sup>; por tanto, siendo indiscutido que la causa de lo reclamado por el demandante tiene fundamento en la celebración de un negocio jurídico y las obligaciones explícitas e implícitas del mismo, y no en la omisión de un deber legal de una autoridad administrativa o en un enriquecimiento sin causa, no es procedente analizar la legitimación de las entidades demandadas desde esta última perspectiva, ajena al juicio de responsabilidad contractual objeto del presente litigio, e introducida como nuevo argumento por el demandante en segunda instancia.

**21.** Por último, Fundacubo no actuó en nombre y representación del municipio de Turbo bajo el contrato D 66 de 2009 con fundamento en el convenio 011 de 2009 suscrito entre ambas entidades públicas; la Sala descarta tal posibilidad atendiendo a lo probado en el proceso, pues:

(i) En el contrato de obra por administración delegada, el administrador delegado, se encarga, por cuenta y riesgo del contratante, de la ejecución del objeto convenido, figura que por ende entraña la relación contractual propia del mandato, pues en los términos del artículo 2142 del Código Civil, el contratante “*confía la gestión de uno más negocios a otra por cuenta y riesgo de la primera*”, y con ocasión de la ejecución del encargo, el mandatario, a su vez y como regla general, contrata en nombre del mandante; no obstante, la regla general antes indicada tiene su excepción, pues tal como es dispuesto por el artículo 2177 ejusdem, el mandatario “*puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante*” y “*si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante*”<sup>18</sup>.

(ii) En relación con los actos celebrados por el mandante en su propio nombre, tanto la doctrina especializada como la jurisprudencia han explicado que ello se presenta también en los casos del denominado “mandato oculto”, esto es, en el “*evento de que el mandatario oculte la calidad con que actúa frente a terceros, o sea, que obrando para el mandante, no indique su condición de mandatario, lo que se conoce ordinariamente como representación indirecta o mediata*”, caso en el cual, no surge relación alguna que ligue al representado con los terceros o viceversa<sup>19</sup>.

(iii) En el caso concreto, no hay duda de que el contrato D 66 de 2009 fue celebrado por Fundacubo en nombre propio<sup>20</sup>, sin haber manifestado y revelado en

<sup>17</sup> Castillejo Manzanares, Raquel, 2006. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 53 y 54.

<sup>18</sup> Aspecto reiterado por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al explicar que “[e]n efecto, en el contrato de obra por administración delegada, el administrador delegado, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto convenido, lo cual significa que el primero actúa en nombre y representación de este último, salvo en aquellos casos en los que contrate en su propio nombre, escenario en el cual el administrador delegado se verá obligado respecto del tercero”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de diciembre de 2020.

<sup>19</sup> Al respecto puede verse: BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. *Los principales contratos civiles y comerciales*. T, II. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 2005, págs. 592 y 593; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 1997, Exp. 10315; Consejo de Estado; Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 10 de septiembre de 2014, Exp. 49100.

<sup>20</sup> El contrato fue celebrado por “(...) HUGO MARIO ZULUAGA URREA (...) quien actúa en nombre y representación de la FUNDACIÓN PARA EL BUEN GOBIERNO” (...) quien para efectos del presente contrato se denominará LA CONTRATANTE”



algún aparte del negocio jurídico u otra pieza probatoria obrante en el expediente, que su actuación fuera por cuenta y en representación del municipio de Turbo, lo que determina, como se ha expuesto, tanto la inexistencia de una relación jurídica entre el municipio y el tercero con quien contrató Fundacubo, como la obligación de este último de asumir con su propio patrimonio el negocio jurídico celebrado.

(iv) Adicionalmente, esta Subsección ha reiterado la pacífica posición de la Corporación<sup>21</sup> conforme a la cual, aunque el administrador delegado tiene como obligación esencial tomar bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra, la cual es de propiedad de la entidad estatal, *“en el evento de que el administrador delegado celebre subcontratos para efectos de la ejecución del objeto convenido, él será el único responsable de los mismos”*<sup>22</sup>.

**22.** Por tanto y de conformidad con lo expuesto, la Sala encuentra que el municipio de Turbo no fungió como parte del contrato D 66 de 2009, y tampoco adquirió obligación alguna asociada a su celebración, ejecución y liquidación, aspecto que corresponde al vínculo jurídico a partir del cual la parte actora funda sus pretensiones, razón por la cual, confirmará la falta de legitimación en la causa por pasiva de ese ente territorial.

### **En relación con la liquidación judicial del contrato**

**23.** En términos generales, liquidar un negocio jurídico, consiste en saldar, pagar o determinar el valor de las acreencias y de las deudas correspondientes a su celebración y ejecución, así como ponerle fin a los derechos y obligaciones que derivan del mismo.

**24.** De esta forma, en tanto y en cuanto la liquidación debe contener las cuentas, los ajustes y los reconocimientos directamente relacionados con el negocio jurídico que se pretende liquidar, únicamente las actuaciones del contratista que se lleven a cabo dentro del marco de su ejecución se pueden entender como parte de la ejecución del objeto contractual y, por ende, el acta de liquidación sólo puede consignar aspectos que emanen directamente del contrato y que permitan determinar su balance técnico, económico, financiero, administrativo y jurídico.

**25.** Siendo claro lo anterior, la Sala concuerda con el Tribunal *a quo* en que, en el caso concreto, no obran en el expediente elementos de prueba suficientes para efectos de proceder judicialmente con la liquidación del contrato D 66 de 2009, toda

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 junio de 2007, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 17253.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de agosto de 2019, C.P. María Adriana Marín. Radicación 25000-23-26-000-2002-01599-01(38603). Esta posición de la Corporación, se puso de relieve también por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al advertir: *“Según la jurisprudencia del Consejo de Estado (sección tercera, sentencias de 12 de septiembre de 1994 y 23 de marzo de 1995), el sistema de administración delegada se realiza ‘por cuenta y riesgo del contratante’, por lo cual coloca al contratista en la posición de un representante que no contrae obligaciones a nombre propio sino del contratante, salvo en tratándose de subcontratos, o sea cuando el contratista encomienda la ejecución de parte del objeto del contrato a un tercero, pues en este evento el subcontratista se vincula en forma directa e independiente con el contratista”*.



vez que no se aportaron las actas parciales de obra, las actas de recibo, conciliaciones de obra ejecutada o cualquier documento que permita establecer en esta sede qué ítems del contrato fueron ejecutados y cuáles no, así como cuáles de los ejecutados fueron cancelados, y mucho menos, si se cumplió por el contratista el trámite previsto para el pago.

**26.** Es preciso recordar que la cláusula cuarta<sup>23</sup> del contrato D 66 de 2009 establece lo siguiente:

*“(...) LA FUNDACIÓN PARA EL BUEN GOBIERNO, hará el pago del anterior valor de la siguiente manera:*

*a) Un primer pago de 50% como anticipo, el cual será amortizado en casa acta de pago mensual, hasta complementar el 100% del valor anticipado; b) El 50% restante, mediante actas parciales de obra, elaboradas por EL CONTRATISTA y aprobadas por el INTERVENTOR, pero en todo caso la última acta de pago no será inferior al diez (10) por ciento (10%) del valor total del contrato y se cancelará una vez EL CONTRATISTA entrega a LA CONTRATANTE, todas las actuaciones y documentos que acreditan el cumplimiento en la ejecución del contrato (...)*

*Parágrafo 3: La Fundación, pagará el valor del contrato por el sistema de precios unitarios reajustables, previa presentación de las respectivas actas de obra, elaboradas por EL CONTRATISTA y aprobadas por el INTERVENTOR, con el visto bueno de la FUNDACIÓN (...)*

*Parágrafo 5: Conjuntamente con la factura de cobro, EL CONTRATISTA deberá aportar la constancia de los pagos al Sistema de Seguridad Social Integral y parafiscales, tal como lo establece la ley”. (subrayas propias)*

**27.** Se observa, entonces, que, para el contratista lograr el pago de las obras ejecutadas, debía elaborar actas parciales de obra, las cuales, una vez aprobadas por el interventor, debían presentarse al contratante junto con los documentos que acreditaran el cumplimiento en la ejecución del contrato; no obstante, al proceso no se allegaron las actas parciales de obra, como tampoco alguna otra relacionada con la ejecución del contrato que se solicita liquidar, salvo el texto mismo del negocio jurídico, lo que claramente impide al juzgador, al carecer de los elementos mínimos para ello, determinar las cantidades efectivamente ejecutadas, el anticipo amortizado por el contratista, los valores que le fueron pagados y el cumplimiento de lo pactado para el pago, y por tanto, el balance final o corte definitivo de cuentas de la relación contractual, cuyo propósito fundamental, como se explicó, es el de determinar quién le debe a quién y cuánto.

**28.** Contrario a lo afirmado en el recurso de apelación, no es posible establecer el balance final del contrato D 66 de 2009 a partir de las actas de avance de obra No. 01, inicio, suspensión y reinicio allegadas, como tampoco del dictamen pericial elaborado por el Ingeniero Gustavo Alfonso Estrada Araque, toda vez que:

---

<sup>23</sup> Cuaderno 1, folio 22.



(i) Las actas de avance de obra No. 01<sup>24</sup>, de inicio<sup>25</sup>, suspensión<sup>26</sup> y reinicio<sup>27</sup> que obran en el expediente, corresponden a documentos elaborados y suscritos con ocasión de la celebración y ejecución del convenio 011 de 2009 celebrado entre el municipio de Turbo y Fundacubo, negocio jurídico distinto al contrato de obra D 66 de 2009 que se solicita liquidar, por lo que éstas no permiten establecer las condiciones de ejecución del último, y, aun cuando pueden estar relacionados, las actas del convenio no pueden entenderse como propias del contrato de obra, al tratarse de dos relaciones negociales diferentes e independientes.

(ii) Las actas de inicio, suspensión y reinicio del convenio no contienen ni refieren a obras ejecutadas, como tampoco a valores pagados y adeudados, mientras que el acta de avance de obra allegada no fue siquiera suscrita por el municipio de Turbo como parte contratante, por lo que aun cuando se tomaran estos documentos del convenio como propios del contrato de obra que se solicita liquidar, los mismos tampoco permiten establecer su balance técnico y financiero; en unos casos, al no contener dicha información, y en el otro, al carecer de una real manifestación de las partes contratantes en relación con las cantidades de obra ejecutada. Esto mismo es predicable del acta de recibo final<sup>28</sup> aportada con la demanda, documento elaborado por la parte actora, aunque refiere expresamente al convenio donde no fue parte, y que, además, solo aparece suscrito por el propio demandante.

(iv) El dictamen pericial<sup>29</sup> elaborado por el Ingeniero Gustavo Alfonso Estrada Araque, tampoco permite establecer el balance final del negocio jurídico, toda vez que la experticia se fundamentó exclusivamente en los documentos antes indicados, de manera que, esencialmente, definió lo ejecutado y lo adeudado con base en (a) documentos ajenos a la celebración y ejecución del contrato de obra objeto del presente proceso, y (b) las solas manifestaciones de la parte demandante. Adicionalmente, el dictamen rendido, confirmando lo expuesto en este punto, explicó textualmente que tomó la información antes indicada por cuanto, en la ejecución del contrato de obra D 66 de 2009, “[n]o se elaboraron actas de inicio, de suspensión de obra, ni de reinicio de la misma, ni actas de ampliación de plazo, ni actas de liquidación del contrato entre las partes contratantes: la contratante Fundación Para el Buen Gobierno y el contratista Ochoa Jaramillo y Cía. Ltda.”<sup>30</sup>.

**29.** De esta forma, en el proceso no se cuenta con los elementos de convicción mínimos para determinar el cruce final de cuentas del contrato D 66 de 2009, pues se desconoce en qué proporción fue ejecutado su objeto contractual, y no se cuenta con los soportes para poder determinar el *quantum* debido recíprocamente, si hubo incumplimientos o cargas prestacionales no satisfechas.

<sup>24</sup> Cuaderno 1, folios 276 a 282.

<sup>25</sup> Cuaderno 2, folio 457.

<sup>26</sup> Ibidem, folios 459 y 460.

<sup>27</sup> Ibidem, folio 458.

<sup>28</sup> Ibidem, folios 454 a 456.

<sup>29</sup> Cuaderno 2, folios 431 a 442.

<sup>30</sup> Ibidem, folio 438.



**30.** En consecuencia, ante la imposibilidad de acceder a la pretensión de liquidación judicial del negocio jurídico, la ausencia de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Turbo, y en vista de que el recurrente no presentó motivos de inconformidad frente a la negativa del *a quo* frente a las demás pretensiones de la demanda, la Sala confirmará en todas sus partes el fallo de primera instancia.

#### **Costas**

**31.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 171 del CCA<sup>31</sup>, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena en costas a la parte vencida. Por tanto, en consideración a que no se evidenció que la parte demandante haya actuado temerariamente, o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

#### **IV. PARTE RESOLUTIVA**

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

#### **FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 30 de octubre de 2017 proferida por la Sala Quinta Mixta del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Turbo y se negaron las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE<sup>32</sup>

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE      FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ      MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

VF

<sup>31</sup> "En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil."

<sup>32</sup> Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.