

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / CONTRATO DE OBRA / CESIÓN DEL CONTRATO / SILENCIO ADMINISTRATIVO / SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO / VIGENCIA DE LA LEY / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONFIGURACIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

[L]a causa de esta demanda no se ubica en el –denominado por el actor– silencio administrativo ficto presunto de carácter negativo, sino en la aceptación que el INAT expresó respecto de la referida cesión [...], lo cual tuvo lugar el 20 de diciembre de 1999, esto es, en vigencia de la Ley 446 de 1998, norma que, salvo algunos aspectos, entró a regir el 7 de julio de 1998; por tanto, el término de caducidad inició a correr en vigencia de esta normativa y, por ello, las reglas para definir la oportunidad en la que debía presentarse la demanda eran las contenidas en la Ley 446 de 1998 y no las previstas en el artículo 55 de la Ley 80 de 1993. Así las cosas, como tampoco este argumento desvirtúa la conclusión a la que arribó el a quo en relación con la configuración de la caducidad de la acción, y, además, habiéndose determinado que en esta materia el caso se reguló por lo previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo –en su texto modificado por la Ley 446 de 1998– [...]. En consecuencia [...], el término de dos años para presentar la demanda empezó a correr a partir del día 21 de esos mismos mes y año y venció el 11 de enero de 2002, pero como la demanda se instauró el 19 de diciembre de ese año, se concluye que fue extemporánea, por tanto, la Sala confirmará la sentencia recurrida.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136

REGULACIÓN NORMATIVA DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / APLICACIÓN DE LA LEY / APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO / VIGENCIA DE LA LEY / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

[C]on la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 se incorporaron modificaciones en relación con el plazo de dos años que estaba contemplado en el Código Contencioso Administrativo para ejercer el derecho de acción en asuntos de naturaleza contractual, pero únicamente en lo que respecta a conductas antijurídicas contractuales, pues en lo demás –por ejemplo: nulidad contractual, nulidad de los actos contractuales y rompimiento del equilibrio económico del contrato– se mantuvo ese término. Posteriormente, salvo en lo relacionado con la nulidad del contrato, la Ley 446 de 1998 unificó el término de caducidad contractual en dos años, contados a partir de distintos momentos, según los supuestos que esa misma norma previó para estos casos. Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, las normas de orden procesal son de aplicación inmediata y, por tanto, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que empiezan a regir; sin embargo, ese mismo artículo dispone que las actuaciones iniciadas y los términos que hubieren empezado a correr antes de la entrada en vigencia de una nueva norma de esa naturaleza, se rigen por las normas anteriores.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 446 DE 1998 / LEY 153 DE 1887 - ARTÍCULO 40

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el conflicto de normas en el tiempo respecto de la oportunidad para ejercer la acción de controversias contractuales, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 9 de marzo de 2000, rad. 17333, C. P. María Elena Giraldo Gómez; auto de 19 de febrero de 2004, rad. 24427, C. P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de 4 de diciembre de 2006, rad. 15239, C. P. Mauricio Fajardo Gómez; auto de 14 de agosto de 2013, rad. 45191, C. P. Hernán Andrade Rincón.

CESIÓN DEL CONTRATO / EFECTOS DE LA CESIÓN DEL CONTRATO

[C]omo la cesión del contrato o de una parte de él supone su modificación, en razón de la sustitución de un sujeto por otro, la Administración, como cualquier otro contratante que haya celebrado un negocio jurídico en consideración a las características especiales de su contratista, tiene la facultad de aceptar o no tal modificación, decisión a la que, por virtud de la ley, tanto en los contratos regidos por el derecho privado como en los regulados por el derecho público, debe someterse quien pretenda ceder su posición en el contrato, pues recuérdese que, según lo dispuesto en los 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella. El hecho de que, en el caso de las entidades públicas, la decisión frente a la cesión del contrato deba asentarse en el respeto del deber de selección objetiva y, en general, en la garantía del interés general, no supone que su aceptación o rechazo sea expresión de una prerrogativa de poder público.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 871 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1603

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

El numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo estableció un término de caducidad de dos años para interponer la acción de controversias contractuales; sin embargo, para determinar el momento a partir del cual iniciaba a correr ese plazo, fijó unas reglas en consideración, en suma, a los siguientes tres aspectos globales: dos especiales, dependiendo de si el contrato estaba o no sometido a liquidación, y, otro general, determinado en razón del momento de ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sustentaran las pretensiones la demanda, al que debía acudir cuando el supuesto fáctico no se ajustara a las reglas especiales.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 NUMERAL 10

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00081-02(46311)

Actor: PLINIO JOSÉ MOLINA RAMOS Y OTROS

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACIÓN DE TIERRAS - INAT Y OTROS

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Surtido el trámite de ley, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que profirió la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual declaró probada la excepción de caducidad de la acción.

El debate gira en torno a las consecuencias que se habrían derivado de la decisión del Instituto Nacional de Tierras –INAT– de aceptar la cesión de todos los derechos y obligaciones que los demandantes tenían en el consorcio Zanja Honda respecto del contrato de obra 081 de 1997, a pesar de que, antes de que se tomara esa decisión, manifestaron a la entidad pública su retractación frente a esa cesión.

1. LA SENTENCIA IMPUGNADA

Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 13 de julio de 2012, en la que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dispuso declarar probada la excepción de caducidad de la acción.

El anterior proveído decidió la demanda interpuesta por Plinio José, Simeón Ulises y Edmundo Molina Ramos, cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos se enuncian a continuación:

1.1. Las pretensiones y los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda

1.1.1. Los señores Molina Ramos formularon las siguientes pretensiones¹ (se transcribe literalmente, incluso, con errores):

“1.- Que se declare la nulidad del acto administrativo presunto negativo generado por el silencio del Director del INAT frente al memorial presentado por PLINIO JOSÉ MOLINA RAMOS representante del Consorcio PLINIO JOSÉ MOLINA RAMOS – EDMUNDO MOLINA RAMOS Y SIMEON MOLINA RAMOS, el veinte (20) de septiembre de 1999, RETRACTÁNDOSE DE LA CESIÓN DE LOS DERECHOS CONSORCIALES DEL CONTRATO No. 081 DE 1997, que había hecho en documento de dieciocho (18) de agosto de 1999, suscrito por él y los señores EDWIN SOLANO BORREGO, representante de Edwin Solano & Cía, y DAVID SALAS OSORIO, y antes de que el INAT hubiese aceptado dicha cesión.

“2.- Que consecuentemente a la declaratoria de nulidad anterior, se declare la nulidad de la Decisión administrativa manifestada en el documento DIGE100-007467 de veinte (20) de diciembre de 1999, suscrito por el Director General del INAT, Fernando Cepeda Sarabia, Aceptando la cesión de Derechos Consorciales del contrato No. 081 de 1997 del INAT, hecha en el citado documento de dieciocho (18) de agosto de 1999, desconociendo la PREVIA RETRACTACIÓN DE DICHA CESIÓN, presentada a él, por PLINIO JOSÉ MOLINA RAMOS, representante de los Cedentes, Hermanos Molina Ramos, en memorial entregado el veinte (20) de septiembre de 1999.

“3.- En consecuencia de las declaraciones de nulidad anteriores, declarase el restablecimiento pleno de los derechos consorciales contractuales del Consorcio PLINIO JOSÉ MOLINA RAMOS – EDMUNDO MOLINA RAMOS Y SIMEON ULISES MOLINA RAMOS, en el contrato de Obra suscrito con INAT, No. 081 de 1997, Construcción de la Presa Zanja Honda, de sus OTRO SI, sus Adicionales y sus Reajustes de precios.

“4.- En consecuencia, condenase al INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACIÓN DE TIERRAS, INAT, y solidariamente a los otros consorciados, EDWIN SOLANO BORREGO, representante de Edwin Solano & Cía., o quien haga sus veces. Y DAVID SALAS OSORIO, representante de Construcciones SIGMA Ltda., o quien haga sus veces, a pagar a mis poderdantes el Consorcio PLINIO JOSÉ MOLINA RAMOS – EDMUNDO MOLINA RAMOS Y SIMEON ULISES MOLINA RAMOS, las sumas equivalentes al porcentaje que les corresponde de los pagos que hayan hecho o haga la entidad por concepto de ejecución de la obra objeto del contrato No. 081-1997, sus otro si, adicionales y reajuste de precios de conformidad con los porcentajes de participación en el monto total de la obra, establecidos en la cláusula octava (8ª) de la Escritura Pública No. 2515 del diecisiete (17) de julio de 1998, de la Notaría Treinta y seis (36) de Círculo de Bogotá D.C., y que corresponde a un Treinta y cinco por ciento (35%) del total, distribuidos en trece por ciento (13%), un once por ciento (11%) y un once por ciento (11%), respectivamente.

“5.- La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., aplicando en la liquidación los intereses pactados en el contrato en el párrafo quinto de la cláusula quinta; o el ajuste de valor de acuerdo con el índice de precios al consumidor, más el interés civil doblado,

¹ La demanda inicial se presentó como una de reparación directa (folios 4 a 7 del cuaderno 1). A través de auto del 25 de marzo de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la inadmitió, con el objeto de que se aclararan las conductas omisivas que se imputaban a la parte demandada, que hasta ese momento solo era el INAT (folio 20 del cuaderno 1). El 20 de mayo de 2003, al corregir la demanda, el apoderado señaló que, revisados sus fundamentos de hecho, concluyó que no se trataba de una acción de reparación directa, sino de una contractual. Cambió las pretensiones iniciales por las que quedan transcritas en esta providencia, agregó unos hechos, modificó otros y eliminó otros más y agregó como parte demandada a las sociedades Construcciones Sigma Ltda. y Edwin Solano & Cía; además, allegó nuevos poderes coincidentes con las nuevas pretensiones formuladas (folios 21 a 44 del cuaderno 1).

desde la fecha de la exigibilidad de los pagos, o de que éstos se hayan hecho por la entidad, hasta la ejecutoria del fallo definitivo.

“6.- La parte demandada dará cumplimiento de la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.”

1.1.2. En apoyo de sus peticiones, la parte demandante relató los siguientes hechos relevantes para el proceso:

1.1.2.1. El 28 de octubre de 1997, a través de Escritura Pública 081, los demandantes constituyeron el consorcio Plinio José Molina Ramos – Edmundo Molina Ramos y Simeón Ulises Molina Ramos, documento en el que también se aprobó la iniciativa de asociarse con Construcciones Sigma Ltda. y Edwin Solano & Cía., con el objeto de participar ante el Instituto Nacional de Tierras –en adelante INAT– en el proceso para la contratación de la construcción de la presa Zanja Honda en concreto compactado con rodillo y obras complementarias, en el Distrito Triángulo del Tolima, Regional 12.

1.1.2.2. El 29 de octubre de 1997, entre las partes mencionadas en el numeral anterior, se conformó el Consorcio Zanja Honda y se designó como representante al señor Edwin Yesid Solano Borrego. El acuerdo se elevó a Escritura Pública 2515 del 17 de julio de 1997 de la Notaría Treinta y Seis (36) de Bogotá.

1.1.2.3. El 27 de noviembre de 1997, el INAT celebró con el Consorcio Zanja Honda el contrato de obra pública 081, cuyo objeto consistió en ejecutar la construcción de la presa Zanja Honda por un valor de \$11.869'638.178.

1.1.2.4. El 18 de agosto de 1999 se celebró un contrato de cesión *“entre los miembros del consorcio Zanja Honda, es decir, entre los señores PLINIO JOSE MOLINA RAMOS, en representación de los hermanos MOLINA RAMOS, EDWIN SOLANO BORREGO, representante de EDWIN SOLANO & CÍA LTDA, como cedentes y DAVID SALAS OSORIO, como cesionario”*.

1.1.2.5. Según la demanda, el señor Plinio Molina Ramos suscribió la cesión sin contar con el consentimiento de sus hermanos, debido a la *“situación desesperada”* originada en las diferentes obligaciones contraídas para la ejecución del contrato 081 e incumplidas por causa del retraso en los pagos por parte del INAT, por lo cual, mediante escrito del 20 de septiembre de 1999, le manifestó al Director General del Instituto su retractación a cualquier documento firmado por él que contuviera la cesión y endoso de la posición que los hermanos Molina Ramos tenían en el consorcio bajo el contrato 081 y le solicitó abstenerse de aceptar cualquier solicitud de cesión, endoso y traspaso de los derechos económicos que a ellos les correspondieran en relación con ese negocio jurídico. Como la petición no se contestó expresamente, la parte actora señaló que se configuró un acto ficto negativo.

1.1.2.6. Con posterioridad a la retractación manifestada por el representante del consorcio de los hermanos Molina Ramos, el Director del INAT, mediante oficio DIGE 100-007467 del 20 de diciembre de 1999, aceptó la cesión.

1.1.2.7. Aseveró la parte demandante que, con el silencio de la demandada y su posterior decisión de aceptar la cesión, se desconoció y violó su derecho a la propiedad y, además, se le causaron graves perjuicios, en tanto que no ha recibido ningún porcentaje respecto de los recursos que el INAT ha pagado al consorcio Zanja Honda por concepto de la ejecución del contrato².

1.2. Los argumentos de defensa de la parte demandada

1.2.1. En su sentencia, el Tribunal Administrativo aludió a los argumentos de defensa que formuló el INAT. La entidad pública expresó que el contrato 081 de 1997 no fue cumplido por el consorcio contratista en el término pactado, razón por la cual, con el fin de construir la presa Zanja Honda, el Consejo Superior de Adecuación de Tierras del INAT, a través de Resolución 005 del 16 de diciembre de 1999, autorizó al representante legal a celebrar un nuevo contrato de obra para tales efectos, en virtud de lo cual, el 20 de diciembre de 1999, se suscribió un contrato con el consorcio conformado por Construcciones SIGMA LTDA. y David Salas Osorio.

1.2.1.1. Adujo que los señores Molina Ramos cedieron sus derechos en el contrato inicial, que, después, pretendieron retractarse de esa cesión y que, posteriormente, la ratificaron, por lo cual en el nuevo contrato no realizaron ninguna gestión.

1.2.1.2. Señaló que los señores Molina Ramos no cumplieron sus obligaciones en el contrato 081 y que, por ello, aun cuando no hubieran cedido su posición en ese negocio jurídico, el INAT no habría podido celebrar con ellos un nuevo contrato.

1.2.1.3. Afirmó que por la cesión los demandantes recibieron la remuneración pactada y, además, que al presentar su demanda no tuvieron en cuenta las utilidades que pudieron obtener en su participación en el consorcio del que hicieron parte y tampoco los pagos que se recibieron hasta el momento en que se celebró la cesión.

1.2.1.4. Con base en los anteriores argumentos, la entidad pública propuso las siguientes excepciones: "*Validez y eficacia de cesión de los derechos*", "*Ratificación de la cesión*", "*Excepción de contrato no cumplido*", "*venire contra factum proprium*", "*Petición de modo indebido*", "*mala fe en el ejercicio de las acciones y en la cuantía de las pretensiones*", "*Imposibilidad de la retractación*", "*Pérdida de los efectos de cualquier posible retractación*", "*Caducidad de la acción*" y "*ausencia de mora en el pago de las obligaciones*"³.

1.2.2. Igualmente, en el fallo recurrido se hizo alusión a los argumentos de defensa planteados por Construcciones Sigma Ltda., sociedad que en su contestación señaló que a los demandantes no les asiste ningún derecho para

² La demanda obra de folios 21 a 44 del cuaderno 1.

³ Folios 50 a 68 del cuaderno 1.

reclamar porcentaje alguno respecto de la ejecución del contrato 081 de 1997, toda vez que cedieron su participación en el consorcio.

1.2.2.1. Aclaró que la cesión no se realizó entre los miembros del consorcio Zanja Honda, sino que se hizo a favor del señor David Salas Osorio, quien, si bien era el representante de Construcciones Sigma, en la cesión no actuó en tal condición, sino en nombre propio.

1.2.2.2. Adujo que en el contrato de cesión el señor Plinio José Molina Ramos actuó como representante de sus hermanos y que su situación personal no era una causal que viciara su consentimiento y, por tanto, que pudiera dejar sin efectos ese contrato.

1.2.2.3. Expresó que, si bien, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, el INAT debía aceptar la cesión, lo cierto era que ese negocio jurídico era independiente al acto de aceptación por parte de la entidad pública, y que, como tal, era ley para las partes, por tanto, no podía invalidarse sino por el acuerdo de quienes intervinieron en su celebración o, en su defecto, por orden judicial. En este sentido, indicó que la aceptación a la que se refiere el inciso 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 tiene por objeto garantizar la ejecución y cumplimiento del contrato y proteger al Estado de posibles perjuicios e irregularidades, mas no servir de oportunidad para que las partes del contrato de cesión puedan intentar su resciliación de forma unilateral.

1.2.2.4. Afirmó que el 14 de enero de 2000, es decir, con posterioridad al momento en que el INAT manifestó su aceptación al contrato de cesión de derechos consorciales, los señores Molina Ramos ratificaron su voluntad de celebrar ese negocio jurídico y, por tanto, su demanda carece de sustento.

1.2.2.5. Expresó que la cesión de derechos consorciales se hizo a título gratuito y que los señores Molina Ramos, como integrantes del consorcio Zanja Honda, recibieron el dinero que les correspondía respecto de los pagos que el INAT hizo hasta antes de que se diera la cesión.

1.2.2.6. Propuso la excepción de cosa juzgada, con fundamento en que el Consejo de Estado, en providencia del 3 de marzo de 2005 (exp. 23875), al resolver el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio Zanja Honda en contra de la decisión del Tribunal Administrativo del Tolima que resolvió improbar una conciliación extrajudicial celebrada entre ese consorcio y el INAT respecto de un presunto rompimiento del equilibrio económico del contrato 081 de 1997, expresó que la cesión de los derechos consorciales de los hermanos Molina Ramos fue legal y, por tanto, que no tenían legitimación para reclamar derecho alguno respecto de ese negocio jurídico. Precisó que en ese trámite judicial intervinieron los señores Molina Ramos y que la decisión de improbar la conciliación se confirmó, pero por otros motivos.

1.2.2.7. Formuló la excepción de caducidad de la acción, con fundamento en que el término para interponer la demanda debía contarse a partir de la expedición del oficio DIGE100-007467 de 20 de diciembre de 1999, por medio del cual el

INAT aceptó la cesión de derechos consorciales, por lo cual, como la demanda se presentó el 19 de diciembre de 2002, concluyó que fue extemporánea.

1.2.2.8. Alegó la excepción de falta de integración de litisconsorcio necesario y constitución indebida de los demandantes en solidaridad. En relación con Edwin Solano y Edwin Solano & Cía., señaló que no era posible distinguir en la demanda cuál de los dos era el demandado, pero que, en todo caso, si fuera la sociedad, ésta no podía fungir como tal, sino como coadyuvante de los demandantes. En relación con Construcciones Sigma Ltda., expresó que como quien hizo parte del contrato de cesión de derechos consorciales fue el señor David Salas Osorio, era él quien debía vincularse al proceso y no la sociedad que representaba, porque ésta no participó en ese negocio jurídico.

1.2.2.9. Finalmente, propuso la excepción que denominó ilegítimo interés de los demandantes para iniciar la acción, con fundamento en que no ayudaron a ejecutar el contrato 081 de 1997, tampoco asumieron las obligaciones derivadas de ese negocio jurídico, no hicieron pagos a proveedores y, después de la aceptación de la cesión de los derechos consorciales, no volvieron a preocuparse por la ejecución del contrato de obra, por lo cual, aseveró, no es aceptable que pretendan reclamar derechos respecto de los mayores valores que generó la obra, toda vez que, además, esos mayores valores únicamente cubrieron mayores costos en los que tuvo que incurrir el consorcio⁴.

1.2.3. La sociedad Edwin Solano & Cía. no contestó la demanda⁵.

1.3. Los fundamentos de la sentencia impugnada

1.3.1. Para fundamentar su decisión, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca empezó por explicar que, contrario a lo considerado por la parte demandante, respecto de la manifestación de retractación de la cesión de derechos consorciales no se produjo un acto ficto negativo, en tanto que dicha manifestación: *i)* no era vinculante para la entidad pública demandada porque no fue presentada por el representante del consorcio contratista; *ii)* no tuvo por finalidad iniciar una actuación administrativa, presentar un recurso en la vía gubernativa, ni obtener un pronunciamiento de la Administración respecto de situaciones subjetivas derivadas de la ejecución del contrato 081 de 1997; y, en todo caso, *iii)* fue resuelta a través del oficio DIGE 100-007467 del 20 de diciembre de 1999, por medio del cual el INAT aceptó la cesión de derechos consorciales. Con base en lo anterior, concluyó el *a quo* que la nulidad pretendida debe ser entendida respecto de un solo acto administrativo, el contenido en el referido oficio.

1.3.2. Precisado lo anterior, señaló que el término de dos años para interponer la acción contractual debía contarse con base en lo previsto en el inciso primero del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, esto es, a partir de los motivos de hecho o de derecho que le sirvieron de fundamento, en

⁴ Folios 92 a 133 del cuaderno 1.

⁵ Notificada del auto admisorio de la demanda el 25 de noviembre de 2004 (Folio 41 del cuaderno 3).

este caso, cuando quedó en firme el acto administrativo por medio del cual se aceptó la cesión de los derechos consorciales, es decir, el 27 de diciembre de 1999, porque en esa fecha fue notificado personalmente a los demandantes, quienes no interpusieron recurso en su contra. En consecuencia, como la demanda se presentó el 19 de diciembre de 2002, concluyó que fue extemporánea.

1.3.3. Finalmente, advirtió que, si bien, a través de auto del 27 de mayo de 2004, la Sección Tercera del Consejo de Estado revocó el auto del 2 de octubre de 2003, por medio del cual se rechazó la demanda por caducidad de la acción, esa decisión solo tuvo efectos vinculantes en el momento de la admisión de la demanda y se adoptó con base en fundamentos legales diferentes a los analizados en la sentencia; además de que la caducidad de la acción es un supuesto objetivo que impide proferir una decisión de fondo⁶.

2. EL RECURSO DE APELACIÓN

2.1. La parte demandante solicitó que se revoque la sentencia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. En apoyo de su petición, señaló que el Tribunal realizó un juicio de valor inadecuado y sin ponderación alguna, toda vez que desconoció que la decisión proferida por el Consejo de Estado en auto del 7 de octubre de 2004 está ejecutoriada y, por tanto, produjo efectos vinculantes que no podían ser desconocidos.

2.2. Dijo que en la referida providencia el Consejo de Estado estableció que en este caso el término de caducidad debía contarse con fundamento en lo previsto en los literales c) y d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, esto es, a partir de la liquidación del contrato o del vencimiento del plazo para hacerlo.

2.3. Agregó que, en este caso, se deben tener en cuenta las conductas omisivas del INAT que dieron lugar a la presentación de la demanda, pues se presentaron durante el tránsito de legislación entre lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 80 de 1993 y las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998 respecto del término para presentar la acción de controversias contractuales. Para dar alcance a este argumento, citó apartes de providencias proferidas por esta Corporación en relación con esa materia.

2.4. Adujo, además, que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en su texto modificado por el artículo 44 – numeral 3– de la Ley 446 de 1998, en este caso no pudo operar la caducidad de la acción de controversias contractuales, porque la demanda se dirigió en contra de un acto administrativo ficto negativo.

2.5. Por último, se refirió a las razones por las que considera que las pretensiones de la demanda deben prosperar⁷.

⁶ Folios 566 a 573 del cuaderno principal.

⁷ Folios 579 a 5597 del cuaderno principal.

2.6. El 27 de noviembre de 2012, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió el recurso de apelación⁸, el cual fue admitido por esta Corporación el 20 de marzo de 2013⁹. El 24 de octubre de 2013 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto¹⁰.

2.6.1. En sus alegatos, la apelante reiteró los argumentos en los que sustentó sus pretensiones, así como aquellos por los que considera que la demanda fue oportuna¹¹.

2.6.2. Construcciones Sigma Ltda. insistió en los argumentos de defensa planteados en la contestación a la demanda¹².

2.6.3. El INAT señaló que, en cualquier evento que se considere, se concluye que la demanda se presentó por fuera del término dispuesto por la ley para ejercer el derecho de acción en materia de controversias contractuales. Además de referirse al supuesto analizado por el Tribunal, el cual consideró adecuado, señaló que, aún si se contara el plazo de caducidad desde la fecha en que los demandantes ratificaron la cesión de derechos consorciales -14 de enero de 2000-, la demanda estaría caducada, pues se presentó el 19 de diciembre de 2002; igual que se si contara desde el vencimiento del plazo para liquidar el contrato 081 de 1997 -8 de mayo de 2001-, toda vez que, según dijo, la demanda que se presentó el 19 de diciembre de 2002 no contenía pretensiones de naturaleza contractual, sino que se instauró en ejercicio de la acción de reparación directa y, con ocasión de su inadmisión, el 20 de mayo de 2003, al corregirla, fue sustituida por otra, ésta sí de naturaleza contractual; sin embargo, para ese momento ya había fenecido el plazo para instaurar una demanda de esa naturaleza. De otra parte, reiteró las demás excepciones que planteó en su defensa en la primera instancia¹³.

2.6.4. La sociedad Edwin Solano & Cía. y el Ministerio Público guardaron silencio.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Jurisdicción y competencia

Según el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo (CCA)¹⁴, la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la competente para resolver las controversias originadas en la actividad de las entidades públicas. De otro lado, el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 establece que el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales es la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El contrato en relación con el cual gravita el presente litigio es estatal, pues fue celebrado por una entidad pública, el Instituto Nacional

⁸ Folio 598 del cuaderno principal.

⁹ Folio 604 del cuaderno principal.

¹⁰ Folio 606 del cuaderno principal.

¹¹ Folios 608 a 626 y 661 a 679 del cuaderno principal.

¹² Folios 128 a 146, cuaderno del Consejo de Estado.

¹³ Folios 680 a 773 del cuaderno principal.

¹⁴ La demanda se presentó el 4 de mayo de 2010, esto es, en vigencia del art. 82 del CCA.

de Adecuación de Tierras –INAT¹⁵–. Por lo tanto, esta jurisdicción es la llamada a resolver la controversia.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 129 del CCA, el Consejo de Estado conoce en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos. El numeral 5º del artículo 132 del mismo estatuto establece que los tribunales administrativos conocen en primera instancia de los asuntos referentes a los contratos de las entidades estatales, cuando la cuantía exceda los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para la fecha de presentación de la demanda –19 de diciembre de 2002–, esta cuantía equivalía a \$159'500.000¹⁶. El valor de la pretensión mayor se estimó en una suma superior: 32.722'938.318; en consecuencia, la Sala es competente para desatar el recurso de apelación, pues el proceso tiene vocación de doble instancia.

3.2. El objeto de la apelación

Para desatar el recurso de apelación, corresponde a la Sala establecer: *i)* si la caducidad de la acción quedó definida en el auto del 27 de mayo de 2004, por medio del cual la Sección Tercera del Consejo de Estado revocó el proveído del 2 de octubre de 2003 que rechazó la demanda por extemporánea y, por tanto, si era o no posible que el Tribunal retomara el estudio de este aspecto en la sentencia; si la respuesta a este interrogante es negativa, entonces, *ii)* deberá determinar cuál es la norma aplicable en este caso respecto del plazo para presentarla, para lo cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887¹⁷, tendrá que establecer desde cuándo empezó a correr ese término; precisado lo anterior, *iii)* determinará si el ejercicio del derecho de acción fue o no oportuno. Dado que la caducidad es un presupuesto procesal indispensable para la procedencia de la acción, solo en caso de concluirse que la demanda se presentó dentro del término establecido en la ley para ello, *iv)* la Sala se ocupará de analizar las razones por las cuales, a juicio de la apelante, sus pretensiones están llamadas a prosperar, de cara a los argumentos que la parte demandada invocó en contra de esa petición.

3.3. Motivación de la sentencia

¹⁵ El INAT era un establecimiento público del orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (art. 2 del Decreto 21 de 1995). A través del Decreto 1291 de 2003, se dispuso la supresión y liquidación del INAT. En el artículo 2 de ese decreto se dispuso que, vencido el término de liquidación, terminará la existencia jurídica del Instituto, para todos los efectos y en el artículo 12 se estableció que, una vez concluido el plazo para la liquidación, los bienes, derechos y obligaciones del INAT serán transferidos a la Nación-Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

¹⁶ El salario mínimo de la época ascendía a \$309.000.

¹⁷ “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

“Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, **los términos que hubieren comenzado a correr**, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, **se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.**

“La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad” (negritas fuera de texto). (El texto de este artículo fue modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso).

3.3.1. La decisión de segunda instancia respecto de la caducidad de la acción

A través de auto del 27 de mayo de 2004, la Sección Tercera de esta Corporación resolvió el recurso de apelación que interpuso la parte demandante en contra del proveído del 2 de octubre de 2003, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó la demanda por caducidad de la acción¹⁸.

En esa oportunidad, la Sección consideró que en este caso la acción procedente para encausar las pretensiones incorporadas en la demanda corregida era la de controversias contractuales, toda vez que, de conformidad con lo previsto en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, esta acción enmarcaba, además de otras, las pretensiones relacionadas con actuaciones administrativas desarrolladas con ocasión de un contrato estatal y porque, según lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, los actos administrativos expedidos con motivo u ocasión de la actividad contractual son susceptibles de ser demandados a través de esa misma acción.

Seguidamente, señaló que como en este caso el contrato con ocasión del cual se profirieron las manifestaciones demandadas era uno de obra, el término de caducidad debía definirse según las reglas establecidas en los literales c) y d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, esto es, a partir de su liquidación o del vencimiento del plazo para adelantar este acto contractual. Agregó que la admisión de la demanda no era el momento procesal adecuado para establecer si se había o no configurado el silencio administrativo negativo. En ese escenario y al considerar que en esa etapa aún no se contaba con los elementos de juicio necesarios para determinar si la demanda se había presentado en tiempo, la Sala concluyó que: ***“lo procedente es admitir la demanda, sin perjuicio de las consideraciones que deban hacerse posteriormente sobre la caducidad de la acción”*** (negritas fuera de texto).

Surge de lo anterior, que, si bien, a través del auto del 27 de mayo de 2004 al que alude la parte recurrente en su apelación, esta Corporación revocó la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el sentido de rechazar la demanda por caducidad de la acción, lo cierto es que esta determinación no se adoptó porque se hubiere establecido que la demanda fue oportuna, sino porque en ese momento no se contaba con los elementos de juicio suficientes para determinar con certeza si se había configurado o no dicho fenómeno procesal; por ello, en garantía del acceso a la administración de justicia de los demandantes y en aplicación de los principios *pro actione* y *pro damato*, se la admitió con el fin de que se adelantara el trámite del proceso y en su curso se recopilaran las pruebas necesarias que permitieran, al momento del fallo, retomar el estudio obligatorio de este presupuesto procesal.

En ese mismo orden de ideas, fue que en el auto del 27 de mayo de 2004, la Sección Tercera mencionó que, por tratarse de un contrato de obra, el término de

¹⁸ El auto obra de folios 24 a 30 del cuaderno 3.

caducidad debía contarse con base en lo previsto en los literales c) y d) del numeral 10 del Código Contencioso Administrativo, asunto que no suponía, en manera alguna, que en el análisis de la caducidad que posteriormente se debía abordar, el Tribunal hubiere quedado indefectiblemente sujeto a aplicar esos literales al momento de definir el ejercicio oportuno del derecho de acción, pues esa mención se basó en un análisis preliminar del asunto, el cual, en todo caso, de conformidad con la propia providencia de segunda instancia, quedó sujeto a las consideraciones que debieran hacerse al respecto según lo que impusiera la realidad fáctica que resultara demostrada en el proceso. No por otra razón, de cara también a la caducidad de la acción, en ese mismo proveído la Sección Tercera de esta Corporación señaló que la configuración o no de un acto ficto negativo no era un asunto que debiera definirse al momento de la admisión de la demanda y, por tanto, tampoco con base en este supuesto definió si la demanda se había presentado o no en tiempo.

Esto es así, además, porque para establecer cuál era el supuesto normativo aplicable al caso para determinar la caducidad de la acción –como ocurre para la aplicación de cualquier norma–, era necesario primero establecer con exactitud en cuál de esos supuestos se subsumían los hechos de este caso, lo cual se haría, según lo definido en el auto del 27 de mayo de 2004, según lo que resultara acreditado en el proceso.

Se agrega a todo lo anterior, que, además de ser un presupuesto procesal de la acción, la caducidad es una institución de orden público y, por tanto, es indisponible e irrenunciable; por ello, el hecho de que al momento de la admisión de la demanda se considere cumplido ese presupuesto, no significa que, posteriormente, si con el recaudo probatorio se revela una realidad diferente, el juez se releve de cumplir con su obligación de declarar la ocurrencia de ese fenómeno procesal, incluso, de oficio.

En ese contexto, la Sala concluye que el *a quo* no solo podía, sino que debía analizar este aspecto de la demanda; por tanto, como este argumento de la apelación no desvirtúa la conclusión a la que se arribó en la sentencia recurrida, la Sala procede a analizar los demás argumentos en los que se funda la impugnación.

3.3.2. La norma aplicable para determinar la caducidad de la acción – tránsito de legislación en el tiempo

En el recurso de apelación la parte demandante arguyó que, para determinar si la demanda fue oportuna, se debía tener en cuenta que “*las conductas omisivas*” del INAT se presentaron durante el tránsito de legislación entre lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 80 de 1993 y la entrada en vigencia de las modificaciones que introdujo la Ley 446 de 1998 a las normas que regulaban la caducidad de la acción en el Código de Contencioso Administrativo.

En relación con este aspecto, es importante mencionar que con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 se incorporaron modificaciones en relación con el

plazo de dos años que estaba contemplado en el Código Contencioso Administrativo para ejercer el derecho de acción en asuntos de naturaleza contractual, pero únicamente en lo que respecta a conductas antijurídicas contractuales, pues en lo demás –por ejemplo: nulidad contractual, nulidad de los actos contractuales y rompimiento del equilibrio económico del contrato– se mantuvo ese término. Posteriormente, salvo en lo relacionado con la nulidad del contrato, la Ley 446 de 1998 unificó el término de caducidad contractual en dos años, contados a partir de distintos momentos, según los supuestos que esa misma norma previó para estos casos¹⁹.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887²⁰, las normas de orden procesal son de aplicación inmediata y, por tanto, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que empiezan a regir; sin embargo, ese mismo artículo dispone que las actuaciones iniciadas y los términos que hubieren empezado a correr antes de la entrada en vigencia de una nueva norma de esa naturaleza, se rigen por las normas anteriores²¹.

Entonces, para determinar si, como sugiere la parte apelante, en este caso el término para presentar la demanda era el previsto en el artículo 55 de la Ley 80 de 1993 -20 años- y no el contemplado en el numeral 10 del artículo 136 de Código Contencioso Administrativo, es necesario determinar cuándo empezó a correr ese plazo, para lo cual se requiere establecer cuál es la causa en la que se sustentaron las pretensiones de esta demanda.

La parte actora pretende que se declare la nulidad de un supuesto acto administrativo ficto negativo y, consecuentemente a ello, la nulidad de otro expreso; el primero se habría producido dado que el INAT no se pronunció expresamente en relación con la manifestación de retractación que el señor Plinio José Ramos Molina hizo el **20 de septiembre de 1999**²² respecto del contrato de cesión que, en su nombre y en el de sus hermanos, celebró con el señor David Salas Osorio el **18 de agosto de 1999**²³ y que recayó sobre los derechos y obligaciones que tenían en el Consorcio Zanja Honda y, el segundo, que aceptó expresamente esta cesión. Consecuentemente, pidió que se restablezcan sus derechos consorciales y, por tanto, que se reconozca a favor de los demandantes, en los porcentajes correspondientes a su participación en ese esquema de colaboración, los pagos que se hubieren hecho o se hicieran al consorcio en razón de la ejecución del contrato 081 de 1997, sus adiciones u otrosíes.

¹⁹ En este sentido se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias proferidas por la Sección Tercera de esta Corporación: auto del 9 de marzo de 2000 (exp. 17333), auto del 19 de febrero de 2004 (exp. 24427), sentencia del 4 de diciembre de 2006 (exp. 15239), auto del 14 de agosto de 2013 (exp. 45191), entre otras.

²⁰ Este artículo fue modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso.

²¹ Se precisa que para resolver el conflicto de normas en el tiempo que se presentó entre la vigencia del artículo 55 de la Ley 80 de 1993 y las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998 respecto de la oportunidad para ejercer la acción de controversias contractuales, esta Corporación consideró que, si bien la primera de las referidas normativas utilizó al término de "*prescripción de la acción*", en rigor, hizo referencia a un término de caducidad, por lo cual se estimó procedente la aplicación del inciso segundo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 sobre tránsito de legislación. Al respecto se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias: Sección Tercera, auto del 9 de marzo de 2000, expediente 17333 y sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 15239.

²² Folio 29 del cuaderno 4.

²³ Folios 134 a 136 del cuaderno 1.

En ese contexto, encuentra la Sala que, al margen de las precisiones que corresponde hacer respecto de tales manifestaciones de la Administración –de lo que se ocupará la Sala en el siguiente acápite–, la causa de esta demanda no se ubica en el –denominado por el actor– silencio administrativo ficto presunto de carácter negativo, sino en la aceptación que el INAT expresó respecto de la referida cesión (tema que se retomará más adelante), lo cual tuvo lugar el **20 de diciembre de 1999**²⁴, esto es, en vigencia de la Ley 446 de 1998, norma que, salvo algunos aspectos, entró a regir el **7 de julio de 1998**; por tanto, el término de caducidad inició a correr en vigencia de esta normativa y, por ello, las reglas para definir la oportunidad en la que debía presentarse la demanda eran las contenidas en la Ley 446 de 1998 y no las previstas en el artículo 55 de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, como tampoco este argumento desvirtúa la conclusión a la que arribó el *a quo* en relación con la configuración de la caducidad de la acción, y, además, habiéndose determinado que en esta materia el caso se reguló por lo previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo –en su texto modificado por la Ley 446 de 1998–, la Sala pasa a estudiar, a la luz de estas disposiciones, si la demanda se presentó o no en tiempo.

3.3.3. El conteo del término de caducidad

A juicio de la parte recurrente, en este caso no podía operar la caducidad de la acción, porque la demanda se interpuso en contra de un acto administrativo ficto negativo, por lo cual, a su juicio, la demanda podía presentarse en cualquier tiempo.

Este argumento de la apelación tampoco está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

- No hay evidencia de la ocurrencia de un silencio administrativo y menos de la existencia de un acto ficto presunto, pues ninguna determinación, para la fecha de la demanda, estaba pendiente de ser tomada por la entidad contratante en relación con la cesión de la posición contractual. Sobre este aspecto, más allá de los elementos de prueba –lo cual será objeto de manifestación y análisis en los párrafos siguientes–, recuerda la Sala que el retardo de la Administración en adoptar una decisión no constituye por sí misma un acto ficto presunto, pues en esta materia la garantía que el legislador estatuyó en procura de que ningún aspecto bajo el conocimiento y decisión de la Administración quedara inconcluso, reside en facultar al particular afectado para hacer producir efectos a ese silencio, de manera tal que solo en tanto ello ocurra, podrá hablarse de un acto ficto o presunto. Así, mientras el particular no acuda a la jurisdicción para cuestionar la decisión ficta negativa derivada de ese silencio, o no la recurra, tratándose del silencio negativo, o no proceda a la protocolización de la petición con la declaración juramentada de no haber recibido respuesta, en el caso del silencio

²⁴ Así surge del oficio DIGE 100-007467 (folio 30 del cuaderno 4) y de lo narrado por la parte actora en los hechos veintidós de la demanda inicial y catorce de la corregida.

administrativo positivo, no es dable considerar la existencia de un acto administrativo.

Al lado de lo anterior también habrá de considerarse que la mera omisión de la Administración de pronunciarse en los tiempos debidos no conduce a una pérdida de competencia, pues justamente la garantía que privilegia la ley es la de obtener una decisión expresa y definitiva, para lo cual, en señal de protección de los intereses involucrados, se estatuye la figura del silencio administrativo, como opción para la realización y protección de los derechos comprometidos

-No le asiste razón a la parte demandante al afirmar que como el INAT no se manifestó expresamente en relación con la retractación que el señor Plinio José Molina Ramos manifestó respecto de la cesión que, en nombre propio y en de los señores Edmundo Molina y Simeón Molina Ramos, suscribió con el señor David Salas Osorio, se hubiere configurado un acto administrativo ficto, en tanto que, frente a dicha cesión, la entidad pública no actuó en el marco de una actuación administrativa, ni en ejercicio de prerrogativas de poder público de la Administración, sino que lo hizo en el marco de la ejecución de un contrato, con ocasión del diálogo propio de cualquier relación comercial y como desarrollo del contenido obligacional –integrado por deberes y derechos– del contrato 081 de 1997.

Al respecto, es pertinente mencionar que, según lo previsto en el inciso tercero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos regidos por esta normativa no pueden cederse sin previa autorización de la entidad contratante, porque se celebran en razón de las condiciones particulares del contratista, las cuales se han definido previamente en un proceso de selección, cuyo objeto consiste en asegurar que se contrate con aquel participante cuyas características objetivas sean las más favorables para satisfacer los intereses de la Administración.

Como la cesión del contrato supone el cambio, sustitución o remplazo de una parte por otra, la cual adquiere los derechos y asume las obligaciones que están en cabeza del cedente y que se derivan de su posición en el negocio jurídico que cede, bajo un específico régimen de responsabilidades, el requisito de la aceptación de la otra parte del contrato se constituye en un mecanismo instituido para garantizar que se mantengan las condiciones especiales en consideración a las cuales se celebró el negocio jurídico con determinado sujeto.

Tal garantía, sin embargo, no se asocia al ejercicio de prerrogativas públicas conferidas exclusivamente a la Administración, sino que se estructura sobre la necesidad de conservar las condiciones que motivaron a un sujeto, sea o no una entidad pública, a celebrar un negocio jurídico con una persona específica en razón de sus cualidades especiales. De hecho, el contenido del inciso tercero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 encuentra su referente en el derecho común que prevé que en los contratos celebrados *intuito personae* la sustitución de una parte por otra requiere aceptación expresa del contratante cedido (art. 887 del Código de Comercio).

Así las cosas, como la cesión del contrato o de una parte de él supone su modificación, en razón de la sustitución de un sujeto por otro²⁵, la Administración, como cualquier otro contratante que haya celebrado un negocio jurídico en consideración a las características especiales de su contratista, tiene la facultad de aceptar o no tal modificación, decisión a la que, por virtud de la ley, tanto en los contratos regidos por el derecho privado como en los regulados por el derecho público, debe someterse quien pretenda ceder su posición en el contrato, pues recuérdese que, según lo dispuesto en los 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella. El hecho de que, en el caso de las entidades públicas, la decisión frente a la cesión del contrato deba asentarse en el respeto del deber de selección objetiva y, en general, en la garantía del interés general, no supone que su aceptación o rechazo sea expresión de una prerrogativa de poder público.

- Con todo, si en gracia de discusión, y solo de ella, se admitiera que frente a la retractación del señor Plinio José Molina Ramos el INAT hubiera actuado en el marco de una actuación administrativa y en ejercicio de prerrogativas de poder público, lo cierto es que, en todo caso, el término de caducidad de la acción no habría podido contarse teniendo como referencia ese supuesto acto ficto, en tanto que, de conformidad con lo previsto en el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993²⁶, la decisión presunta habría sido positiva –sujeta, para producir efectos, a la protocolización de los documentos que establece la ley acción que tampoco se desarrolló–, por lo que en ningún supuesto podría entenderse que de ella se derivara algún daño en contra de los demandantes.

- Y aun si se aceptara que el acto ficto habría sido negativo, la conclusión sería la misma, pues, la causa del daño que alegan haber sufrido los demandantes no se habría originado en el silencio del INAT frente a la retractación manifestada por el señor Molina Ramos, pues la razón por la que los demandantes dejaron de percibir las sumas de dinero que en este proceso reclaman les sean reconocidas a su favor consistió en que esa entidad pública decidió expresamente aceptar la cesión que hicieron de su participación en el Consorcio Zanja Honda a favor de un tercero, quien, por virtud de esa determinación, los reemplazó en la conformación de ese consorcio y, por tanto, en el contrato 081 de 1997, dado que fue a partir de tal determinación, y no antes, que el cesionario asumió las obligaciones de los cedentes y adquirió sus derechos como integrantes del mencionado esquema de colaboración.

En este punto, resulta pertinente mencionar que, si bien, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 facultó expresamente a los consorcios para celebrar contratos con las entidades públicas, lo cierto es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo

²⁵ El artículo 895 del Código de Comercio prevé: "**ARTÍCULO 895. <IMPLICACIÓN DE LA CESIÓN>**. La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes".

²⁶ Aplicable al INAT de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, pues la naturaleza jurídica de ese Instituto era la de un establecimiento público.

7 *ibídem*, estas figuras asociativas no constituyen sujetos de derechos y obligaciones distintos al de sus integrantes, pues, además de que la ley no les dio tal condición, se trata de un contrato de colaboración en el que cada uno de ellos conserva su independencia. En ese sentido, en ese mismo artículo se estableció que son los miembros del consorcio los que responden solidariamente por todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato y que los hechos y las omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, los afectan a todos.

El referido artículo 7 de la Ley 80 de 1993 también prevé que el consorcio supone la unión de dos o más personas para presentar de manera conjunta una misma propuesta tendiente a la adjudicación; por tanto, la evaluación recae sobre las condiciones objetivas que juntos logren demostrar. De esa manera, si su propuesta es la mejor, el contrato se celebra en consideración a las características especiales que de esa conjunción de esfuerzos surgió, lo que, a su vez, explica por qué en el inciso tercero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993 se prohibió expresamente la cesión entre quienes integren un consorcio o unión temporal, pues admitirlo supondría desmejorar la propuesta a la cual se adjudicó el contrato, en desmedro del deber de selección objetiva y, por tanto, en contra del interés general.

Este mismo razonamiento es el que lleva a concluir que si uno o varios de los integrantes de un consorcio pretende ceder su participación en ese esquema de colaboración a un tercero, se imponga la necesidad de que, en los términos del ya referido inciso tercero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, la entidad pública contratante deba aceptar previamente dicha cesión, pues, al alterar la composición del consorcio, se alteran también las condiciones especiales en virtud de las cuales se celebró el negocio jurídico y, por esa vía, termina por sustituirse una de las partes del contrato.

Se indica además, que frente a la solicitud que el INAT recibió para autorizar la cesión del contrato, no medió ninguna circunstancia que fuera susceptible de impedir su manifestación expresa, en tanto, tal como se ha dicho antes, en esta materia no existe norma alguna que conlleve la pérdida de competencia por el transcurso del tiempo, al lado de lo cual, también se debe insistir en que el silencio administrativo no depende únicamente del transcurso del tiempo, pues debe mediar la voluntad del sujeto afectado, quien de cara a la omisión o retardo en decidir, opta, por habilitación de la ley, en hacer producir efectos a tal silencio, sea presentando los recursos que en la vía gubernativa, o acudiendo al juez para impugnar tal determinación. Desde este punto de vista, no se explica que, habiéndose producido una manifestación expresa de la entidad contratante, se aduzca haber acontecido un silencio administrativo negativo previo.

Definido entonces que en este caso no se configuró un acto administrativo ficto negativo y, también, que el origen del daño por el cual se demanda consistió en la determinación de la entidad pública demandada de aceptar la cesión que los señores Molina Ramos hicieron a favor del señor David Salas Osorio, procede la

Sala a establecer a partir de qué momento empezó a correr en este caso la caducidad de la acción.

El numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo estableció un término de caducidad de dos años para interponer la acción de controversias contractuales; sin embargo, para determinar el momento a partir del cual iniciaba a correr ese plazo, fijó unas reglas en consideración, en suma, a los siguientes tres aspectos globales: dos especiales, dependiendo de si el contrato estaba o no sometido a liquidación, y, otro general, determinado en razón del momento de ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sustentaran las pretensiones la demanda, al que debía acudir cuando el supuesto fáctico no se ajustara a las reglas especiales.

En este caso, la Sala observa que, si bien el contrato de obra 081 de 1997 requería ser liquidado, la caducidad de la acción no debe contarse según lo dispuesto en los literales c) o d) del numeral 10 del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, toda vez que, en realidad, el fundamento de hecho en el que se sustentaron las pretensiones de la demanda, aunque se dio con ocasión de ese negocio jurídico, no obedeció a situaciones derivadas propiamente de su ejecución que debieran ser consideradas por las partes del contrato al momento de su liquidación, sino que se derivó directamente de la aceptación de la cesión que, sin salvedades, los señores Molina Ramos²⁷ hicieron a favor del señor David Salas Osorio respecto de todos los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles en el consorcio Zanja Honda en relación con el contrato 081 de 1997, pues, como ya se explicó, fue como consecuencia de esta determinación, que los demandantes dejaron de ser parte de ese esquema de colaboración y, por contera, del referido contrato de obra, lo que, a su vez, les impidió acceder a los recursos por cuyo reconocimiento demandaron.

Consta en el proceso que, al margen del contrato de obra antes indicado, el 18 de agosto de 1999, el señor Plinio José Molina Ramos (en nombre propio y en el de los señores Simeón Ulises y Edmundo Molina Ramos) y el señor David Salas Osorio concurrieron a la celebración de un contrato de cesión, en el que acordaron lo siguiente:

“PRIMERA: LOS CEDENTES ceden al CESIONARIO todos los derechos y obligaciones inherentes a su participación en el CONSORCIO ZANJA HONDA, para la ejecución del Contrato Estatal No. 081/97, celebrado con el INSTITUTO DE ADECUACIÓN DE TIERRAS (INAT), para la Construcción de la presa Zanja Honda...

“SEGUNDA: Como consecuencia de la Cesión, EL CESIONARIO se sustituye en todos los derechos y obligaciones de LOS CEDENTES frente al INSTITUTO DE ADECUACIÓN DE TIERRAS (INAT) y frente al CONSORCIO ZANJA HONDA, con ocasión del Contrato No. 081/97. Así mismo, el CESIONARIO asume la totalidad de las obligaciones comerciales y laborales contraídas por el CONSORCIO ZANJA HONDA desde la firma del Contrato

²⁷ Representados por el señor Plinio José Molina Ramos, quien también actuó en nombre propio. Obra en el proceso documento de constitución del consorcio conformado por los hermanos Molina Ramos, con el objeto de asociarse, en otro consorcio, con la sociedad Construcciones Sigma Ltda. Edwin Solano & Cía., documento en el que se designó como representante al mencionado (folio 137 del cuaderno 1).

No. 081/97 y en especial las obligaciones derivadas de la Cláusula VIGESIMA y VIGESIMA PRIMERA del Contrato No. 081/97.

“TERCERA: La Cesión del **Contrato No. 081/97**, obedece a los acuerdos a que han llegado los Consorciantes con el ánimo de buscar un mejor desarrollo para la obra. El presente contrato no tiene precio alguno, pero **EL CESIONARIO** asumirá todas las obligaciones e inversiones en que han incurrido **LOS CEDENTES** hasta la fecha con ocasión de su participación en **EL CONSORCIO** y de la ejecución del **Contrato No. 081/97**.

“CUARTA: El presente Contrato solo rige a partir de la fecha de aceptación del Contratante **INSTITUTO DE ADECUACIÓN DE TIERRAS (INAT)**.

“(…)”²⁸.

En ese contexto, esta Sala coincide con el Tribunal en cuanto a que el término de caducidad debe contarse con base en la regla general contenida en el inciso primero del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, esto es, a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvieron de fundamento a la demanda, lo que tuvo lugar el 20 de diciembre de 1999, pues en esa fecha, a través de oficio DIGE 100-007467, el Director General del INAT le comunicó al señor Plinio José Molina Ramos, en su condición de representante del Consorcio que integró con sus hermanos, la decisión de aceptar la cesión que, en esa mismo condición, realizó de “*todos los derechos y obligaciones inherentes a su participación en el Consorcio Zanja Honda, para la ejecución del contrato estatal número 081 de 1997*”²⁹.

Al respecto, advierte la Sala que, si bien en el referido documento se aprecian unas firmas que dan cuenta de haber recibido ese documento en la misma fecha de su expedición, lo cierto es que no es posible establecer a quién corresponden; sin embargo, en el hecho veintidós de la demanda inicial y catorce de la corregida, la parte actora manifestó expresamente que, en la misma fecha de su expedición, el señor Fernando Cepeda Sanabria –quien suscribió el documento en calidad de Director General del INAT– comunicó el contenido de ese oficio, por tanto, en los términos de los artículos 194, 195 y 197 del Código de Procedimiento Civil, se encuentra que en relación con este aspecto se produjo una confesión por apoderado judicial³⁰, toda vez que lo confesado recayó sobre un hecho que se manifestó de manera expresa, consciente y libre en la demanda, respecto del cual tenía conocimiento la parte confesante, a quien, como enseguida se verá, le

²⁸ Folios 134 a 136 del cuaderno principal.

Posteriormente, los hermanos Molina Ramos suscribieron un documento en el que, entre otras cosas, manifestaron que el 20 de diciembre de 1999 acordaron con el cesionario el reconocimiento de la suma de \$400'000.000 a título de compensación por la cesión celebrada y manifestaron su ratificación frente a ese negocio. En este documento tampoco se dejaron salvedades (folio 138 del cuaderno 1).

²⁹ Folio 30 del cuaderno 4.

En el expediente obra copia de la comunicación, con firmas de recibido fechadas el 20 de diciembre de 1999; si bien las firmas son ilegibles, lo cierto es que en el hecho veintidós de la demanda inicial y catorce de la corregida, manifestó que

³⁰ “**ARTÍCULO 197. CONFESION POR APODERADO JUDICIAL.** <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 94 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se presume para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones y la audiencia de que trata el artículo 101”.

produce consecuencias jurídicas adversas que favorecen a su contraparte y cuya acreditación no exige otro medio de prueba.

Adicionalmente, cabe mencionar que, para establecer el momento a partir del cual empezó a correr el término de caducidad, el Tribunal también tuvo en cuenta esa fecha³¹, aspecto que, sin embargo, no fue debatido por la parte recurrente en su apelación.

En consecuencia, como el oficio DIGE 100-007467 fue comunicado a la parte demandante el 20 de diciembre de 1999, el término de dos años para presentar la demanda empezó a correr a partir del día 21 de esos mismos mes y año y venció el 11 de enero de 2002³², pero como la demanda se instauró el 19 de diciembre de ese año, se concluye que fue extemporánea, por tanto, la Sala confirmará la sentencia recurrida.

3.4. Costas

En consideración a que no se evidenció temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

4. 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 y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR: la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 13 de julio de 2012, por medio de la cual declaró probada la excepción de caducidad de la acción.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas.

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

³¹ Lo hizo para establecer el momento en el que habría quedado en firme el “acto administrativo” contenido en el oficio DIGE 100-007467, pues la caducidad la contó a partir del día siguiente a aquél en que ese supuesto acto administrativo habría quedado ejecutoriado.

³² Por vacancia judicial el vencimiento del plazo de caducidad se desplaza hasta el primer día hábil judicial.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

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 siguiente enlace: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>