

APLICACION DE LAS NORMAS VIGENTES AL MOMENTO DE LA CELEBRACION DEL CONTRATO - Eventos sucedidos en vigencia de la Ley 222 de 1983 / CONTRATOS QUE CELEBRAN LAS ENTIDADES ESTATALES - Administrativos y de derecho privado de la administración / CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION - Regulación normativa / CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION - Jurisdicción competente / CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - El conocimiento de sus litigios corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa / CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION - El conocimiento de sus litigios corresponde a la justicia ordinaria salvo si, se ha estipulado una cláusula de caducidad o, se trata de juzgar los actos administrativos precontractuales que dieron origen a su celebración

La Sala advierte que el asunto en cuestión deben ser conocido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 222 de 1983, vigente en el momento de celebración del contrato. El artículo 16 clasificaba los contratos que podían celebrar las entidades estatales en administrativos y de derecho privado de la administración y sujetaba los primeros a las disposiciones del Decreto 222 de 1983 mientras que establecía respecto de los segundos, que en sus efectos estarían sometidos a las normas civiles, comerciales y laborales según su naturaleza, salvo en lo concerniente a la declaratoria de caducidad; por su parte, el artículo 17 ibidem, atribuía a la justicia contencioso administrativa el conocimiento de los litigios que surgieran de los contratos administrativos, y a la justicia ordinaria el conocimiento de los originados en contratos de derecho privado, con excepción de aquellos en los que se hubiera pactado la cláusula de caducidad o cuando se tratara de juzgar los actos administrativos proferidos en su formación o adjudicación, pues en este caso sería la contencioso administrativa la jurisdicción competente.

FUENTE FORMAL: DECRETO 222 DE 1983 - ARTICULO 16 / DECRETO 222 DE 1983 - ARTICULO 17

APLICACION DE LAS NORMAS VIGENTES AL MOMENTO DE LA CELEBRACION DEL CONTRATO - Eventos sucedidos en vigencia de la Ley 222 de 1983. Convenios de cofinanciación / CONVENIOS DE COFINANCIACION CELEBRADOS POR LA CAJA DE VIVIENDA MILITAR - No constituyen contratos administrativos sino contratos privados de la administración / CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION - Convenio interadministrativo para la administración de recursos de fondo creado por el Concejo Municipal de Sincelejo para promover la actividad de los microempresarios / CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION - Convenio interadministrativo donde se pactó cláusula de caducidad del contrato. El conocimiento de sus litigios corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa

El Consejo de Estado, en vigencia del Decreto 222, tuvo la oportunidad de analizar la naturaleza de los convenios de cofinanciación celebrados por la Caja de Vivienda Militar y concluyó que no constituían contratos administrativos sino contratos privados de la administración, puesto que no estaban tipificados dentro de las normas referidas. Habida cuenta de que en el presente caso se trata de un convenio de cofinanciación, es pertinente tener en cuenta este pronunciamiento anterior. De acuerdo con lo expuesto, podría pensarse, erradamente, que la jurisdicción ordinaria es la que debería conocer de este caso, dado que se trata de un contrato privado de la administración, pero en consideración a la incorporación

dentro del texto contractual de cláusulas que aluden a la atribución de la entidad estatal de declarar la caducidad del convenio, la Sala concluye que, en los términos del artículo 17 del Decreto 222 de 1983 - “los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad”-, la jurisdicción contenciosa administrativa conocerá del caso. (...) El tenor literal de la cláusula contenida en el convenio evidentemente se aleja de lo que la norma define como una de terminación unilateral, razón por la cual la Sala concluye que la cláusula décima primera es de caducidad y no de terminación. En el mismo sentido, la cláusula décima segunda, llamada “penal pecuniaria”, señala a favor de la entidad territorial que “en caso de incumplimiento del convenio o declaratoria de caducidad, se estipula como sanción una suma equivalente al 10% del valor entregado al Ejecutor”. Esto último, sumado a la cláusula décima tercera antes analizada, hace concluir que se ha incorporado en el contrato la cláusula de caducidad, puesto que si no hubiera sido así, no se podría referir la declaratoria de caducidad como causa de sanción, en la modalidad penal pecuniaria.

TEORIA GENERAL DE LOS CONTRATOS - Clasificación en relación con las exigencias legales para su eficacia, existencia y validez / CONTRATOS CONSENSUALES - Clase predominante y general de los contratos / CONTRATO CONSENSUAL - Perfeccionamiento

De conformidad con la teoría general, los contratos, en relación con las exigencias legales para su eficacia, existencia y validez, se pueden clasificar en tres grupos, a saber: reales, solemnes y consensuales, según la definición que de tales categorías recoge el artículo 1500 del Código Civil. En atención a lo anterior, la clase predominante y general de los contratos corresponde a los consensuales, lo cual significa que ante la falta de una norma que califique cierto contrato como real o solemne se considerará consensual y, por ende, bastará con el consentimiento de las partes respecto de los elementos esenciales del mismo para que se dé el perfeccionamiento del contrato.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1500

CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION - Perfeccionamiento. Constitución y aprobación de las garantías / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION - Convenio de Cooperación y cofinanciación suscrito entre el municipio de Sincelejo y la Fundación para el Desarrollo Integral para la Mujer y la Niñez “FUNDIMIR” / PERFECCIONAMIENTO DEL CONVENIO - No se configuró por la inexistencia de la constitución y aprobación de las garantías. Falta de las solemnidades legales y convencionales dispuestas por las partes. Contrato no nació a la vida jurídica. Inexistencia del contrato

En el caso específico de los negocios jurídicos que correspondían a la calificación de “contratos de derecho privado de la administración”, como resulta ser el caso del que ahora se somete a la decisión de la Sala, el artículo 25 del Decreto 222 de 1983, ordenaba que “la celebración de contratos escritos, administrativos y de derecho privado de la administración” se sometería, entre otros requisitos, al de “constitución y aprobación de garantías”. La jurisprudencia ha indicado que más allá de la objetivación del acuerdo en un documento escrito y firmado por los contrayentes, “era necesario que cumplieran con otros requisitos para que aquél quedara perfeccionado, los del art. 25 ibídem y los demás que se señalaran para determinados contratos”. (...) En diferentes artículos, el Decreto 222 de 1983 prescribe la necesidad de que se constituyan y aprueben las garantías del contrato para su perfeccionamiento y existencia jurídica, las cuales resultan aplicables en

su integridad a los “contratos de derecho privado de la administración” (...) Tanto como las disposiciones legales, las contractuales, específicamente la cláusula décima sexta del convenio, establecía una serie de requisitos para el perfeccionamiento del contrato, dentro de las cuales se encontraba la constitución de las garantías y su aprobación por parte de la entidad territorial. (...) la Sala no desconoce que en otras ocasiones, la jurisprudencia ha manifestado que la ausencia de requisitos legalmente exigidos para la formación de los contratos de la administración, da lugar a la nulidad absoluta de los mismos, pero debe tenerse en cuenta que no todas las actuaciones que se imponen en el procedimiento de formación de la voluntad de las partes en los contratos estatales tienen la misma entidad y categoría y por lo tanto, su ausencia o incumplimiento no conduce a las mismas consecuencias, pues ello depende de la entidad del requisito incumplido, bajo el entendido de que no todos ellos resultan indispensables para la existencia misma del negocio jurídico y aún para su validez. (...) existen eventos en los cuales el incumplimiento que se observa en el proceso de celebración del contrato, se refiere a exigencias que si bien no constituyen requisitos para su perfeccionamiento, se ha entendido que su ausencia se traduce en una contravención de normas de derecho público, la que a su vez configura una causal de nulidad absoluta de los contratos, a la luz de lo establecido en las normas de derecho privado - artículos 1519 y 1741, CC-, las cuales son aplicables a los contratos regidos por el Decreto Ley 222 de 1983, de conformidad con lo establecido en su artículo 78. (...) la exigencia cuyo cumplimiento no se acreditó en la formación del contrato objeto de la controversia - constitución y aprobación de garantías-, está contemplada no sólo por el artículo 51 del Decreto 222 de 1983 para los contratos a los que se refiere dicho estatuto, sino también por la cláusula décima sexta del mismo negocio jurídico suscrito por las partes, como un requisito de perfeccionamiento del mismo. En consecuencia, su incumplimiento no conduce a la invalidez del contrato sino a su inexistencia. (...) la falta de las solemnidades legales y convencionales dispuestas por las partes dan lugar a que el convenio no se hubiera perfeccionado y a que, en consecuencia, no hubiera nacido a la vida jurídica, es decir, a que sea catalogado como inexistente, razón por la cual carece de eficacia y no hay lugar a proferir condena alguna a favor del demandante.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencias de: 15 de julio de 1991, exp. 6227; 6 de abril de 2000, exp. 12775; 28 de septiembre de 2006, exp. 15307; 9 de marzo de 2007, exp. 15052; 22 de julio de 2009; exp. 16106 y de 18 de febrero de 2010, exp. 16106

FUENTE FORMAL: DECRETO 222 DE 1983 - ARTICULO 25 / DECRETO 222 DE 1983 - ARTICULO 78 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1519 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1741

NOTA DE RELATORIA: Con salvamento de voto de la doctora Stella Conto Díaz del Castillo y aclaración de voto del doctor Ramiro Pazos Guerrero

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 70001-23-31-000-1997-06354-01(25549)

Actor: FUNDIMIR

Demandado: MUNICIPIO DE SINCELEJO

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demanda en contra de la sentencia del 21 de mayo de 2003, dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. La sentencia será revocada.

SÍNTESIS DEL CASO

El municipio de Sincelejo y la Fundación para el Desarrollo Integral de la Mujer y la Niñez "Fundimur" celebraron un convenio para que la segunda administrara los recursos de un fondo creado, mediante un acuerdo del Concejo Municipal, cuya finalidad era promover la actividad de los microempresarios. El convenio fue suscrito por las partes, pero no se probó que se hubieran expedido las pólizas de garantía, ni que hubieran sido aprobadas por parte del municipio.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1 El 24 de abril de 1997, la organización no gubernamental denominada Fundación para el Desarrollo Integral de la Mujer y la Niñez "Fundimur", presentó **demanda** en contra del municipio de Sincelejo, en ejercicio de la acción de controversias contractuales (f. 3-13, c. 1).

1.1 Los **hechos** sobre los cuales hizo consistir la demanda se pueden presentar así: (i) El 2 de septiembre de 1992, el Concejo de Sincelejo expidió el Acuerdo 08 de 1992, por medio del cual se dispuso la creación de un fondo para el desarrollo de la microempresa, la economía informal y otras formas asociativas; (ii) el 8 de julio de 1993, el municipio de Sincelejo y Fundimur celebraron un convenio cuyo objeto comprendía la cofinanciación para el montaje operativo, asesoramiento y administración del Fondo Municipal para el desarrollo de la microempresa, la economía informal y otras formas asociativas; (iii) el 20 de junio de 1994, el contrato se adicionó; (iv) Fundimur habría de recibir, como contraprestación por la administración y manejo de los recursos del Fondo, el 50% de los rendimientos financieros; (v) el 10 de abril de 1995, el Concejo de Sincelejo profirió el Acuerdo n.º 004, a través del cual ordenó derogar todos los convenios que daban destinación específica a los ingresos por recursos propios del municipio; (vi) en atención a ello, la entidad territorial expidió la resolución n.º 533 de 1995, que resolvía liquidar el convenio; (vii) frente al recurso de reposición interpuesto por Fundimur, expidió la resolución n.º 575 de 1995, en la cual se adujo que la decisión de liquidar estos convenios obedecía a la sentencia C - 250 del 29 de noviembre de 1994 que declaró inexecutable el parágrafo del artículo 22 de la Ley 60 de 1993.

1.2 Las **pretensiones** comprenden las siguientes declaraciones y condenas:

- 1.1. *Que se declare la nulidad de la resolución 533 de 4 de septiembre de 1995, mediante la cual el alcalde del Municipio de Sincelejo (Sucre), resolvió liquidar el convenio suscrito entre la alcaldía de la mencionada localidad y la Fundación para el Desarrollo Integral de la Mujer y la Niñez - Fundimur.*
- 1.2. *Que se declare la nulidad de la resolución 575 del 22 de septiembre de 1995, mediante la cual el alcalde del municipio de Sincelejo (Sucre), desató el recurso de reposición contra la resolución citada en el numeral anterior y la dejó en firme.*
- 1.3. *Que se declare la nulidad del acto de fecha 14 de junio de 1996 (sic), mediante el cual el municipio de Sincelejo liquidó unilateralmente el convenio sin número de fecha 8 de julio de 1993, junto con su otrosí de fecha 20 de junio de 1994.*
- 1.4. *Que se declare la terminación del convenio sin número suscrito el 8 de julio de 1993, entre el municipio de Sincelejo y Fundimur, junto con su otrosí suscrito el 20 de junio de 1994,*

por incumplimiento del municipio, contrato mediante el cual las partes se comprometieron a constituir un fondo municipal destinado al desarrollo de la microempresa, la economía informal y otras formas asociativas en Sincelejo.

- 1.5. *Que se ordene la liquidación del contrato y su otrosí citados en el numeral anterior por parte del municipio o directamente por el Tribunal, teniendo en cuenta el petitum, el dictamen de los peritos y el acápite de cuantía.*
- 1.6. *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al municipio de Sincelejo, a título de indemnización, a pagar a Fundimur, la cantidad de ochenta y ocho millones trescientos cuarenta y nueve mil quinientos cincuenta y un pesos (\$88 349 551), por concepto de gastos de administración y ejecución del convenio, entre la fecha de su firma, el 4 de julio de 1993 y la fecha de la entrega, o sea la del acta definitiva, el 14 de junio de 1996.*
- 1.7. *Que se condene al municipio de Sincelejo a pagar a Fundimur la cantidad de veintitrés millones novecientos catorce mil sesenta y cuatro pesos (\$23 914 064), o la cantidad que aparezca demostrada en el transcurso del proceso, por concepto de honorarios, de los rendimientos financieros del manejo del Fondo, durante el término del convenio, de acuerdo a la cláusula tercera del mismo; cantidad que la demandante dejó de percibir por la injusta terminación unilateral del convenio por parte de la demanda.*
- 1.8. *Que se condene al municipio de Sincelejo a pagar a Fundimur la cantidad de sesenta y un millones ciento sesenta y cuatro mil ciento cincuenta pesos (\$61 164 150), por concepto de los aportes que estaba obligado a girar de los recursos de la vigencia fiscal del año 1994 y que omitió hacer.*
- 1.9. *Que se actualicen todas las cantidades reconocidas, a la fecha de ejecutoria de la sentencia definitiva, de acuerdo con el índice de precios al consumidor suministrado por el DANE, con sus rendimientos o intereses.*

1.3 Bajo el título de *“concepto de la violación y normas aplicables”*, la demanda indica que: (i) se vulneraron los artículos 29 de la Constitución Política y 35 del Código Contencioso Administrativo, en tanto que la argumentación de la resolución que resolvió la reposición, incorporó un elemento nuevo, la sentencia C-520 del Corte Constitucional, respecto de la resolución impugnada. Así, *“los motivos argumentados en los actos administrativos definitivos, no pueden ser modificados, ni aumentados, con ocasión de la resolución de la vía gubernativa”*; (ii) se vulneraron el artículo 58 de la Constitución Política y los artículos 38 y 39 de la Ley 153 de 1887, puesto que los contratos se rigen por la norma vigente al momento de su celebración y en el caso concreto la entidad territorial los liquidó con base en la sentencia de la Corte Constitucional; (iii) se violaron los artículos 25, numeral 2, y 60 de la Ley 80 de 1993, relacionados con la liquidación de los contratos estatales, puesto que, en contra de lo dispuesto en tales normas, en el caso concreto *“el término del convenio no estaba vencido, ni la administración profirió acto alguno*

ordenando la terminación unilateral del contrato, ni hubo acuerdo entre las partes para liquidarlo y mucho menos para terminarlo”; (iv) se infringió la cláusula décima primera del contrato porque en ella se preveía la terminación del contrato frente al supuesto de su incumplimiento, cuestión que no ocurrió; (v) la entidad desconoció los procedimientos legales comprendidos en la Ley 80 de 1993, artículo 44, numeral 2 y artículo 45 inciso 2º, al ordenar la liquidación del contrato sin antes haberlo dado por terminado; (vi) en caso de que la entidad territorial hubiera querido, a través de los actos impugnados, terminar el contrato en los términos del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, se aprecia que los supuestos invocados en los actos impugnados no corresponden a los de la norma; (vii) finalmente, “aunque en el peor de los casos se llegase a concluir que el municipio tenía facultades para dar por terminado unilateralmente el contrato, su obligación era la de ordenar en los actos respectivos, las indemnizaciones correspondientes a favor del contratista, para no desconocer el principio de la ecuación previsto en el artículo 27 del estatuto de la contratación estatal”.

II. Trámite procesal

2 El Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre **admitió** la demanda mediante auto del 18 de junio de 1997 (f. 76–77, c. 1) y notificó debidamente a la entidad (f. 83, c. 1).

3 En la **contestación**, la entidad se opuso a las pretensiones y se refirió a los hechos y propuso excepciones. En concreto, argumentó que: (i) el contrato estaba sometido al Decreto 222 de 1983, en cuyo artículo 19 se expresa que la administración puede dar por terminado unilateralmente un contrato en razón a una situación de coyuntura crítica, la cual se presentó en el caso concreto por los ajustes o modificaciones en el presupuesto de la vigencia de 1995; (ii) el acuerdo 004 de 1995 redujo el presupuesto de rentas y gastos del municipio de Sincelejo para la vigencia fiscal de 1995, que había sido expedido originariamente por el acuerdo 31 de 1994. La modificación se hizo para conjurar la situación que se presentó por la decisión adoptada por la Corte Constitucional, que declaró inexecutable el párrafo del artículo 22 de la Ley 60 de 1993; (iii) la resolución 575 no introdujo hechos ni argumentos nuevos, sino que se explicaron los motivos que dieron lugar a la resolución 533, en cumplimiento del artículo décimo tercero de las disposiciones generales del acuerdo 004 de 1995; (iv) los actos administrativos demandados fueron de terminación unilateral del contrato, no de liquidación, tal y

como lo entendió el ahora demandante; la circunstancia de que se haya empleado el término “*liquida*”, no desvirtúa su naturaleza, en tanto que su significado, de acuerdo con el diccionario, es “*poner término a una cosa o a un estado de cosas*”; (v) la entidad territorial no estaba obligada a lo imposible, esto es a ejecutar un contrato en un momento de “*coyuntura financiera crítica*” (f. 88–93, c. 1).

4 El Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, profirió **sentencia** el 21 de mayo de 2003, a través de la cual accedió a la mayor parte de las pretensiones de la demanda (f. 290–305, c. ppl).

4.1 En términos generales, consideró que: (i) la normatividad aplicable al contrato no era la Ley 80 de 1993, sino el régimen anterior, en virtud del cual el contrato *sub judice* correspondía a los “*de derecho privado de la administración*”, regulado por el derecho común y por las cláusulas incluidas por las partes relativas a garantías; terminación unilateral del convenio; penal pecuniaria; multas; inhabilidades e incompatibilidades; título ejecutivo; perfeccionamiento; (ii) los actos impugnados están viciados de nulidad por falsa motivación: se expidieron para liquidar el convenio, sin que hubiera base contractual para ello - resulta extraño a lo acordado por las partes-, ni legal - no corresponde a los eventos señalados en el artículo 287 del Decreto 222 de 1983-; (iii) si se llegare a interpretar que los actos impugnados eran de terminación del contrato, también estarían viciados de nulidad puesto que la cláusula décima primera del contrato solo comprende la sanción de terminación cuando quiera que el contratista haya incumplido sus obligaciones, cuestión que no ocurrió en el caso concreto; (iv) tampoco resulta posible encontrar el fundamento legal para los actos en el artículo 19 del Decreto 222 de 1983, pues no se basan en graves motivos posteriores al perfeccionamiento del contrato o sobrevinientes dentro de su ejecución, que sean “*explícitos en forma alguna de la existencia de una coyuntura económica crítica, la cual por ser un concepto jurídico indeterminado, debe ser concretado claramente en la motivación del acto administrativo*”; (v) en consecuencia, de acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil, se configuró el incumplimiento del contrato por la interrupción abrupta del convenio por parte de la entidad territorial, al expedir los actos impugnados.

4.2 De acuerdo con lo anterior, decidió:

PRIMERO: Declárase la nulidad de la resolución n.º 533 del 4 de septiembre de 1995, mediante la cual el alcalde del municipio de Sincelejo (Sucre), resolvió liquidar el convenio suscrito entre la

alcaldía de dicho municipio y la Fundación para el Desarrollo Integral de la Mujer y la Niñez FUNDIMUR.

SEGUNDA: Declárase la nulidad de la resolución n.º 575 del 22 de septiembre de 1995, mediante la cual el alcalde del municipio de Sincelejo (Sucre) desató el recurso de reposición contra la resolución citada en la pretensión anterior dejándola firme.

TERCERA: Declárase la terminación del convenio sin número suscrito el 8 de julio de 1993, entre el municipio de Sincelejo y FUNDIMUR, junto con su otrosí suscrito el 20 de junio de 1994, por incumplimiento de dicho ente territorial, contrato mediante el cual las partes se comprometieron a constituir un fondo municipal destinado al desarrollo de la microempresa, la economía informal y otras formas asociativas en Sincelejo.

CUARTA: Como consecuencia, ordénase la liquidación del convenio y su otrosí citados en el numeral anterior, para lo cual el municipio tendrá como fundamento las restituciones mutuas efectuadas mediante el acta suscrita el día 14 de junio de 1996 entre el municipio de Sincelejo y FUNDIMUR.

QUINTA: Condénase al municipio de Sincelejo, a título de indemnización, a pagar a FUNDIMUR, las sumas resultantes de aplicar los siguientes parámetros:

- a) El municipio deberá pagar a Fundimir la suma que resulte por concepto de liquidar el cincuenta por ciento (50%) de los rendimientos del fondo a su favor, según lo dispuesto en la última parte de la cláusula tercera del convenio. La suma correspondiente deberá deducirse de las operaciones matemáticas respectivas teniendo en cuenta los montos que como aportes estaba obligado a girar el municipio y no giró el municipio, según lo establecido en la cláusula séptima del convenio original como en el otrosí suscrito el 20 de junio de 1994. Para los intereses de mora se tendrá en cuenta el interés legal, pues no se estableció uno para el caso del incumplimiento por parte del municipio y se liquidarán desde la fecha en que debiendo ser girados se omitió el respectivo giro.
- b) En cuanto a los recursos para gastos y ejecución del convenio, se tendrán en cuenta para su cálculo lo dicho en la primera parte de la cláusula tercera, y deberán cancelarse hasta el día en que funcionó el Fondo, es decir, el 14 de junio de 1996. La liquidación respectiva deberá hacerse a partir de la fecha en que el municipio omitió hacer los giros o transferencias correspondientes a Fundimur por este concepto. Deberá cancelar intereses de mora aplicando el mismo criterio señalado en el literal anterior.

SEXTA: Niéganse las demás súplicas de la demanda.

SÉPTIMA: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

4.3 Uno de los magistrados que integraba la Sala consideró que se han debido denegar las pretensiones, razón por la cual salvó el voto. Sostuvo que el convenio no obligaba a las partes, puesto que más allá de la firma del documento correspondiente, no se habían cumplido los requisitos para su perfeccionamiento, comprendidos en la cláusula décima sexta. Indicó que no se cumplió con: (i) la autenticación de las firmas; (ii) la aportación del certificado de disponibilidad presupuestal; (iii) el pago de los derechos de publicación en la Gaceta Departamental o en el Diario Oficial; (iv) la aportación de la copia de las pólizas de

garantía; (v) la aportación de las resoluciones por medio de las cuales la entidad aprobó las garantías (f. 306–308, c. ppl).

5 En contra de la sentencia, la parte demandante presentó **recurso de apelación**. Entre otros argumentos sostuvo que *“no es de recibo acertar la existencia de un contrato o convenio o de una obligación sin que exista prueba de haber perfeccionado el contrato, pues sólo así será eficaz y capaz de producir efectos jurídicos”*.

CONSIDERACIONES

I. Competencia

6 El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto y debidamente sustentado por la parte demandante, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales, con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme al Decreto 597 de 1988 - aplicable en el *sub examine*–, la cuantía exigida en 1997 era de \$13 460 000 y en este caso la mayor de las pretensiones, correspondiente a los perjuicios patrimoniales ascendía a \$173 427 765.

II. Hechos probados

7 De conformidad con las pruebas incorporadas al expediente, las cuales se hallan en estado de valoración puesto que fueron allegadas en cumplimiento de los presupuestos procesales, los hechos que resultan de mayor relevancia para resolver el problema jurídico que con posterioridad se plantea - párrafo 8–, se pueden presentar de la siguiente forma:

7.1 El 2 de septiembre de 1992, el Concejo Municipal de Sincelejo aprobó el Acuerdo n.º 08 *“por medio del cual se crea el Fondo Municipal para el Desarrollo de la Microempresa y la Economía Informal y otras formas asociativas”* (copia auténtica,

f. 94-97, c.1). En términos generales, el acuerdo dispuso que: (i) El Fondo recibiría como aporte anual del municipio el valor equivalente al 3% del presupuesto ordinario para cada vigencia fiscal; (ii) además, el Fondo estaría constituido por asignaciones que del presupuesto nacional, departamental o municipal, le destinaran específicamente; (iii) el alcalde habría de contratar la administración y manejo del Fondo con una entidad del sector o con una organización legítimamente constituida y especializada, la cual aportará una contrapartida del 20% de los gastos operacionales respectivos; (iv) la destinación exclusiva del Fondo sería: a) la creación de un fondo rotativo con créditos blandos para créditos a microempresarios y trabajadores de la economía informal y asociativa; b) el 50% de los intereses que genere el Fondo serán para gastos operativos y capacitación de la organización encargada de su administración; c) el 50% restante se utilizará para la capitalización del fondo¹.

7.2 El 8 de julio de 1993, entre el municipio de Sincelejo y la Fundación para el Desarrollo Integral de la Mujer y la Niñez, Fundimur, “entidad legalmente constituida, según consta en la resolución n.º 0033 de enero 13 de 1993, y expedida por la gobernación de Sucre, con domicilio principal en la ciudad de Sincelejo”, se celebró el “Convenio de Cofinanciación para el Montaje Operativo, Asesoramiento y Administración del Fondo Municipal para el Desarrollo de la Microempresa, la economía informal y otras formas asociativas de Sincelejo” (copia auténtica, f. 14-15, c. 1), el cual se transcribe a continuación en su totalidad:

¹ Art. 1. Créase el Fondo Municipal para el Desarrollo de la Microempresa y la Economía Informal y otras formas asociativas de la ciudad de Sincelejo. (...) Art. 3. A partir de la fecha de vigencia del presente Acuerdo el Fondo Municipal para el Desarrollo de la Microempresa y la Economía Informal y otras formas asociativas recibirá como aporte anual del municipio el valor equivalente al 3% del presupuesto ordinario para cada vigencia fiscal (...) Art. 5. El patrimonio del Fondo Municipal para el Desarrollo de la Microempresa y la Economía Informal estará constituido por: 1. Los ingresos provenientes de los aportes que hace referencia el artículo segundo del presente Acuerdo y los demás que se les asigne. 2. Las asignaciones del presupuesto nacional, departamental y municipal con destinación específica al Fondo Municipal para el Desarrollo de la Microempresa y la Economía Informal y otras formas asociativas. 3. Los aportes y/o donaciones que reciba mediante convenios con personas y entidades públicas y privadas del orden nacional e internacional (...) Art. 7. Los recaudos del Fondo tendrán destinación exclusiva así: a) Constitución de un Fondo Rotatorio de créditos blandos para requerimiento de capital de inversión y de trabajo de los microempresarios y demás trabajadores de la economía informal y solidaria de Sincelejo. b) El 50% de los intereses que devengue el Fondo se destinará a gastos operativos y de capacitación de la entidad u organización contratada para llevar a cabo este programa. c) El 50% restante de los intereses, servirán para la capitalización del fondo, posibilitando de esta manera ampliar la cobertura y establecer definitivamente la cadena de la solidaridad entre las gentes trabajadoras de menos oportunidades en Sincelejo. Art. 8. El alcalde de Sincelejo contratará con alguna entidad del sector u otra organización legítimamente constituida y especializada, la administración y manejo del fondo. La entidad u organización contratada aportará una contrapartida no inferior al 20% de los gastos operacionales del programa. Todo ello enmarcado en el espíritu de los artículos 2 y 355 de la Constitución Nacional.

PRIMERA: OBJETO: El objeto del presente convenio es la cofinanciación, entre el Municipio de Sincelejo y Fundimur, para el Montaje Operativo, Asesoramiento y Administración del Fondo Municipal para el desarrollo de la Microempresa, la Economía Informal y otras formas asociativas de Sincelejo. En el desarrollo del presente convenio el ejecutor desarrollará las actividades de promoción, capacitación, asesoría socio-empresarial, manejo y administración de los recursos del mismo. SEGUNDA: DURACIÓN: La duración total del convenio son cinco años y seis meses contados a partir de su firma y perfeccionamiento. TERCERA: PROVISIÓN DE RECURSOS: El municipio de Sincelejo proveerá los recursos para la ejecución de los primeros seis (6) meses del convenio del presupuesto para la vigencia fiscal de ese mismo año. Para 1994, se totalizará el costo de ejecución del año 1993 aplicándole un incremento del índice de inflación más tres puntos. Para los años sucesivos se aplicará el mismo procedimiento hasta culminar el tiempo del convenio el 31 de diciembre de 1998, comprometiéndose el municipio de Sincelejo a incluir en el presupuesto anual de cada vigencia fiscal los recursos pertinentes para financiar estos costos. Así mismo, anualmente, el ejecutor se liquidará a su favor el cincuenta por ciento (50%) de los rendimientos financieros del fondo y el otro cincuenta por ciento (50%) se utilizará para capitalizar al mismo, tal como se establece en el acuerdo n.º 08 de septiembre de 1992. CUARTA: COBERTURA: El Ejecutor se compromete a ejecutar el objeto del presente convenio, es decir adelantar las actividades de promoción, capacitación, asesoría socio-empresarial y desembolsar créditos para microempresarios, grupos asociativos o trabajadores independientes del Municipio de Sincelejo. QUINTA: VALOR DEL CONVENIO, DETERMINACIÓN DE LOS APORTES, RECURSO EN ADMINISTRACIÓN E IMPUTACIÓN PRESUPUESTAL: El valor del convenio a seis meses es de \$15 754 000 moneda corriente, suma que las partes aportarán así: A) El municipio de Sincelejo transferirá a FUNDIMUR la suma de \$10 670 400 provenientes del presupuesto de municipio, vigencia fiscal 1993... Así mismo el municipio de Sincelejo aportará en bienes y servicios la suma de \$2 583 600 representados en el suministro de una secretaria, una empleada de servicios generales, local para el funcionamiento de la oficina con sus servicios públicos y dotación de muebles, tres escritorios con sus respectivas sillas. B) El ejecutor, la suma de \$2 500 000, representados en el sueldo del coordinador, en materiales y útiles de oficina. C) El municipio de Sincelejo transferirá en administración al ejecutor la suma de \$38 653 396, provenientes del presupuesto municipal, vigencia fiscal de 1993 con cargo al programa 03, numeral 176, proyecto 08. Así mismo, el municipio de Sincelejo hará anualmente la consecuente apropiación para la inyección económica del fondo, correspondiente al 3% del presupuesto ordinario tal como lo establece el acuerdo n.º 08 de septiembre de 1992. SEXTA: ENTREGA DE LOS APORTES DE EJECUCIÓN: Las partes entregarán sus aportes así: A) El municipio de Sincelejo girará al Ejecutor, a la firma del presente convenio, la suma de \$4 268 160, equivalente al 40% del monto total de su aporte y el saldo de \$6 402 240, cuatro meses después de perfeccionado el convenio. B) El ejecutor hará sus aportes de acuerdo al cronograma convenido. Parágrafo: Para los años subsiguientes, el municipio de Sincelejo girará el 30% del valor de sus aportes en los dos primeros meses del año y el saldo en 3 cuotas, las cuales deben estar canceladas a 31 de diciembre del año respectivo. SÉPTIMA: ENTREGA DE LOS RECURSOS DEL FONDO EN ADMINISTRACIÓN: El municipio transferirá a una cuenta con destinación específica y exclusiva que para efectos, abra el Ejecutor en una entidad bancaria de la ciudad, la suma de \$38 653 396, de la siguiente manera: a la firma del convenio el equivalente al valor que corresponde a seis cuotas mensuales, o sea \$19 326 698 y el saldo en seis cuotas mensuales de \$3 221 116,33 cada una. Parágrafo: A partir de 1994, para efecto de los desembolsos de los recursos en administración, el municipio de Sincelejo obrará con base en lo

establecido en el acuerdo n.º 08 de septiembre de 1992. OCTAVA: OBLIGACIONES DE LAS PARTES: A. Del municipio: 1. Girar oportunamente los recursos de cofinanciación al ejecutor para que este pueda cumplir con el montaje operativo del Fondo, igualmente las apropiaciones mensuales del mismo. 2. Señalar u objetar aspectos de carácter técnico, administrativos, financieros y logísticos que deban cumplirse para una cabal ejecución del programa. 3. Velar por el estricto cumplimiento del convenio. 4. Facilitar la operatividad del programa a través del funcionamiento eficaz de su junta directiva. 5. Ejercer cuando lo considere necesario, labor de auditoría y fiscalización de los recursos en administración. 6. Estudiar y decidir sobre las modificaciones que el ejecutor considere pertinentes hacerle al programa. B. Del ejecutor: 1. Realizar su aporte oportunamente. 2. Desembolsar los créditos de conformidad con el manual y las decisiones del comité de crédito. 3. Promover, capacitar, evaluar y asesorar socio-empresarialmente a los beneficiarios del programa. 4. Destinar el personal especializado propuesto para la coordinación y cumplimiento de las actividades precisadas en el proyecto. 5. Cumplir con la ejecución del proyecto de conformidad con el diseño y programación acordada con el municipio para lo cual la propuesta presentada por Fundimur a la Alcaldía hace parte integrante del presente convenio. NOVENA: GARANTÍAS: Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se asumen en virtud del presente convenio, el ejecutor constituirá en una entidad bancaria o compañía de seguros las siguientes garantías a favor y a satisfacción del municipio de Sincelejo: 1. De cumplimiento del convenio en cuantía equivalente al diez por ciento (10%) del aporte del municipio de Sincelejo en cofinanciación, por término de seis meses y dos meses más, comprometiéndose el ejecutor a contraer una garantía anual a este nivel en los sucesivos. 2. De manejo para los recursos en administración, en cuantía equivalente al total de los recursos a administrar. DÉCIMA: NO VINCULACIÓN LABORAL: El presente convenio no genera vinculación laboral entre el municipio de Sincelejo y las personas contratadas por el Ejecutor para ejecutarlo. DÉCIMA PRIMERA: TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONVENIO: El municipio de Sincelejo podrá dar por terminado unilateralmente el presente convenio sin previo aviso y sin lugar a indemnización alguna si el Ejecutor incumpliere con las obligaciones establecidas en este convenio, en este caso el Ejecutor reintegrará al municipio el saldo de los dineros recibidos más los respectivos intereses corrientes certificados en esta fecha por la Superintendencia Bancaria. Así mismo de los recursos, en administración, cartera y demás implementos aportados por el municipio para el funcionamiento del programa. DÉCIMA SEGUNDA: PENAL PECUNIARIA: Para imputar el valor de los perjuicios que sufra el municipio de Sincelejo, en caso de incumplimiento del convenio o declaratoria de caducidad, se estipula como sanción una suma equivalente al 10% del valor entregado al Ejecutor. DÉCIMA TERCERA: MULTAS: En caso de mora o incumplimiento parcial de las obligaciones que asume el Ejecutor, el municipio de Sincelejo podrá imponerle, a través de resolución motivada, multas proporcionales al aporte del municipio. DÉCIMA CUARTA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES: El Ejecutor declara bajo la gravedad del juramento que no se encuentra incurso en ninguna de las causales de inhabilidades o incompatibilidades que establece la ley. DÉCIMA QUINTA: TÍTULO EJECUTIVO: En caso de incumplimiento en el aporte de los recursos de ejecución por parte del municipio de Sincelejo, transformándose en deuda permanente, el presente convenio prestará mérito ejecutivo suficiente. DÉCIMA SEXTA: PERFECCIONAMIENTO: El presente convenio requiere para su perfección de los siguientes requisitos: 1. Firma de las dos partes; 2. Autenticación de firmas del representante legal; 3. Certificado de disponibilidad presupuestal. 4. Pago de los derechos de publicación en la gaceta departamental o diario oficial; 5. Constitución de las garantías acordadas y; 6. Aprobación de las garantías por parte del municipio.

III. Problema jurídico

8 El análisis que a continuación adelantará la Sala habrá de absolver el siguiente problema jurídico: ¿el convenio se perfeccionó, es decir alcanzó existencia en la vida jurídica?

IV Análisis de la Sala

9 En primer término, si bien es cierto que a lo largo del proceso no ha habido duda al respecto, la Sala advierte que el asunto en cuestión deben ser conocido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 222 de 1983, vigente en el momento de celebración del contrato.

9.1 El artículo 16 clasificaba los contratos que podían celebrar las entidades estatales en administrativos y de derecho privado de la administración y sujetaba los primeros a las disposiciones del Decreto 222 de 1983², mientras que establecía respecto de los segundos, que en sus efectos estarían sometidos a las normas civiles, comerciales y laborales según su naturaleza, salvo en lo concerniente a la declaratoria de caducidad; por su parte, el artículo 17 *ibidem*, atribuía a la justicia contencioso administrativa el conocimiento de los litigios que surgieran de los contratos administrativos, y a la justicia ordinaria el conocimiento de los originados en contratos de derecho privado, con excepción de aquellos en los que se hubiera pactado la cláusula de caducidad o cuando se tratara de juzgar los actos administrativos proferidos en su formación o adjudicación, pues en este caso sería la contencioso administrativa la jurisdicción competente³.

² Los contratos correspondían a: concesión de servicios públicos, obras públicas, prestación de servicios, suministros, interadministrativos internos que tuvieran estos mismos objetos; explotación de bienes del Estado, empréstito, crédito celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE, conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo, y los que celebraran las instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considerara como tratados o convenios internacionales.

³ Artículo 17. *De la jurisdicción competente. La calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contencioso administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la justicia ordinaria. Parágrafo. No obstante, la justicia contencioso administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula*

9.2 En ese orden de ideas, la confrontación del objeto del contrato o convenio sometido a consideración de la Sala - *“la cofinanciación, entre el Municipio de Sincelejo y Fundimur, para el Montaje Operativo, Asesoramiento y Administración del Fondo Municipal para el desarrollo de la Microempresa, la Economía Informal y otras formas asociativas de Sincelejo”*- y los tipos contractuales comprendidos en el Decreto 222 de 1983, artículo 16 - *“concesión de servicios públicos, obras públicas, prestación de servicios, suministros, interadministrativos internos que tuvieran estos mismos objetos; explotación de bienes del Estado, empréstito, crédito celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE, conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo, y los que celebraran las instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considerara como tratados o convenios internacionales”*- y artículo 80 - *“obras públicas, de consultoría, de suministro, de compraventa y permuta de muebles, compraventa y permuta de inmuebles, arrendamiento, prestación de servicios, donación, para recuperación de bienes ocultos, concesión de servicios públicos, de correos, acuñación de moneda metálica y de billetes, empréstito y seguros”*- conducen inequívocamente a concluir que el convenio celebrado no constituía un contrato administrativo.

9.3 Al respecto es conveniente señalar que el Consejo de Estado, en vigencia del Decreto 222, tuvo la oportunidad de analizar la naturaleza de los convenios de cofinanciación celebrados por la Caja de Vivienda Militar y concluyó que no constituían contratos administrativos sino contratos privados de la administración, puesto que no estaban tipificados dentro de las normas referidas⁴. Habida cuenta de que en el presente caso se trata de un convenio de cofinanciación, es pertinente tener en cuenta este pronunciamiento anterior.

9.4 De acuerdo con lo expuesto, podría pensarse, erradamente, que la jurisdicción ordinaria es la que debería conocer de este caso, dado que se trata de un contrato privado de la administración, pero en consideración a la incorporación dentro del texto contractual de cláusulas que aluden a la atribución de la entidad estatal de

de caducidad. Igualmente, en los contratos de derecho privado de la administración, en cuya formación o adjudicación haya lugar a la expedición de actos administrativos, se aplicarán a éstos las normas del procedimiento gubernativo conforme a este estatuto, y las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables, estarán sometidas a las reglas de la justicia contencioso administrativa.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 23 de enero de 1992, exp n.º 1337, C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

declarar la caducidad del convenio, la Sala concluye que, en los términos del artículo 17 del Decreto 222 de 1983 - *“los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad”*-, la jurisdicción contenciosa administrativa conocerá del caso.

9.4.1 En efecto, la cláusula décima primera, bajo el nombre de *“terminación unilateral del convenio”* expresa que el municipio *“podrá dar por terminado unilateralmente el presente convenio sin previo aviso y sin lugar a indemnización alguna si el Ejecutor incumpliere con las obligaciones establecidas en este convenio”*. La Sala encuentra que esta cláusula, no obstante su denominación, corresponde a la de caducidad, en tanto que el artículo 62 del Decreto 222 de 1983 indica que ésta última se halla prescrita *“en orden al exacto cumplimiento del contrato”*, y aquí se advierte que las partes la establecieron como sanción frente al incumplimiento del contrato. Por el contrario, acerca de la facultad de terminación unilateral del contrato, el artículo 19 del Decreto 222 prescribe que la entidad podrá proceder en tal sentido, *“cuando graves motivos posteriores al perfeccionamiento del contrato o sobrevinientes dentro de su ejecución, determinen que es de grave inconveniencia para el interés público el cumplimiento del objeto del contrato, éste podrá darse por terminado mediante resolución motivada”*. El tenor literal de la cláusula contenida en el convenio evidentemente se aleja de lo que la norma define como una de terminación unilateral, razón por la cual la Sala concluye que la cláusula décima primera es de caducidad y no de terminación.

9.4.2 En el mismo sentido, la cláusula décima segunda, llamada *“penal pecuniaria”*, señala a favor de la entidad territorial que *“en caso de incumplimiento del convenio o declaratoria de caducidad, se estipula como sanción una suma equivalente al 10% del valor entregado al Ejecutor”*. Esto último, sumado a la cláusula décima tercera antes analizada, hace concluir que se ha incorporado en el contrato la cláusula de caducidad, puesto que si no hubiera sido así, no se podría referir la declaratoria de caducidad como causa de sanción, en la modalidad penal pecuniaria.

10 De conformidad con la teoría general, los contratos, en relación con las exigencias legales para su eficacia, existencia y validez, se pueden clasificar en tres grupos, a saber: reales, solemnes y consensuales, según la definición que de tales categorías recoge el artículo 1500 del Código Civil⁵. En atención a lo anterior, la

⁵ *“Artículo 1500.- El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.”*

clase predominante y general de los contratos corresponde a los consensuales, lo cual significa que ante la falta de una norma que califique cierto contrato como real o solemne se considerará consensual y, por ende, bastará con el consentimiento de las partes respecto de los elementos esenciales del mismo para que se dé el perfeccionamiento del contrato.

10.1 En el caso específico de los negocios jurídicos que correspondían a la calificación de *“contratos de derecho privado de la administración”*, como resulta ser el caso del que ahora se somete a la decisión de la Sala, el artículo 25 del Decreto 222 de 1983, ordenaba que *“la celebración de contratos escritos, administrativos y de derecho privado de la administración”* se sometería, entre otros requisitos, al de *“constitución y aprobación de garantías”*⁶. La jurisprudencia ha indicado que más allá de la objetivación del acuerdo en un documento escrito y firmado por los contrayentes, *“era necesario que cumplieran con otros requisitos para que aquél quedara perfeccionado, los del art. 25 ibídem y los demás que se señalaran para determinados contratos”*⁷.

10.2 En diferentes artículos, el Decreto 222 de 1983 prescribe la necesidad de que se constituyan y aprueben las garantías del contrato para su perfeccionamiento y existencia jurídica, las cuales resultan aplicables en su integridad a los *“contratos de derecho privado de la administración”*, en tanto que se exigen en el artículo 25, antes referido: (i) el artículo 51 establece que los contratos se perfeccionan, es decir, existen *“con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado que los declare ajustados a la ley; si no requieren revisión del Consejo de Estado, con la aprobación de la fianza de que trata el inciso primero del artículo 48; y si no requieren constitución de fianza, con el correspondiente registro presupuestal, si hay lugar a él, o una vez suscritos”*, salvo disposición en contrario; (ii) el artículo 48 indica, en su primer inciso, que *“las garantías exigidas deberán constituirse una vez obtenido el registro presupuestal correspondiente y requerirán aprobación del jefe de la entidad contratante o del funcionario delegado”*; (iii) el artículo 67 señala que

⁶ *“Artículo 25. De los requisitos. Salvo disposición legal en contrario, la celebración de contratos escritos, administrativos y de derecho privado de la administración, se someterá a los siguientes requisitos: a) presentación por el oferente del paz y salvo por concepto de impuestos sobre la renta y complementarios, desde el momento de formular la propuesta; b) Licitación o concurso de méritos; c) Registro presupuestal; d) Constitución y aprobación de garantías; e) Concepto del Consejo de Ministros; f) Firma del Presidente de la República; g) Revisión del Consejo de Estado; h) Publicación en el Diario oficial y pago de los derechos de timbre. Parágrafo. Es entendido que además de los requisitos previstos en este artículo deberán cumplirse los especiales que se señalen para determinados contratos.*

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de septiembre de 2006, radicación n.º 15307, C.P. Ramiro Saavedra

en todo contrato *“se pactará expresamente la obligación del contratista de garantizar: a) el cumplimiento del contrato; b) el manejo y buena inversión del anticipo...; c) la estabilidad de la obra o la calidad del servicios; d) el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones...; e) el correcto funcionamiento de los equipos...”*. (iv) finalmente, el artículo 68, recalca la importancia de la constitución de las garantías, cuando precisa que *“el hecho de no estipularse la cláusula de garantías no libera al contratista de la obligación de constituir las”*.

11 Tanto como las disposiciones legales, las contractuales, específicamente la cláusula décima sexta del convenio, establecía una serie de requisitos para el perfeccionamiento del contrato, dentro de las cuales se encontraba la constitución de las garantías y su aprobación por parte de la entidad territorial.

11.1 Al respecto, se encuentra que el Tribunal de Sucre, a través de auto del 6 de diciembre de 2000 (f. 270-271, c.1), en desarrollo de lo preceptuado en el numeral 2º del artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, solicitó a la entidad territorial que enviara copias auténticas de: (i) *“las pólizas de garantía de cumplimiento y manejo de los recursos presentados por la Fundación para el Desarrollo Integral de la Mujer y de la Niñez”*; (ii) *“las resoluciones por medio de las cuales se aprobaron las garantías”*; (iii) *“los recibos por medio de los cuales FUNDIMUR canceló los derechos de publicación en la Gaceta Departamental de Sucre o en el Diario Oficial”*.

11.2 La entidad territorial respondió que *“el convenio de 8 de junio/93 no aparece relacionado en los documentos almacenados en la oficina de archivo municipal”* (original, f. 278, c.1), de suerte que no se acreditó en el expediente la existencia de tales documentos.

12 De acuerdo con las exposiciones más autorizadas del derecho de contratos en Colombia, *“el acto es inexistente cuando en su parte interna o externa le faltan de manifiesto elementos esenciales para que tenga vida legal”*⁸, a saber: consentimiento, objeto, causa y forma legal solemne. Así:

⁸ F. VÉLEZ, *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, Tomo VI, (2ª Ed.), Imprenta París–América, s.d., p. 374.

“...sin la voluntad o consentimiento, o sin la declaración de este por el cauce autorizado o prescrito por la ley para que pueda ser tenida en cuenta, o sin un objeto jurídico a que se enderece en ejercicio de la función reguladora de las relaciones sociales, no hay ningún acto jurídico; la esencia de este no se realiza; el derecho le niega el ingreso a esta categoría ontológico-jurídica. La falta de los elementos esenciales en todo acto jurídico, voluntad o consentimiento legítimamente declarado, u objetivo regulador de las relaciones sociales, no permite que el hecho, si es que existe, se repute como un acto de tal categoría jurídico-ontológica, ni que se le pueda atribuir la eficacia que a dicha categoría le asigna la ley dentro del marco de la autonomía de la voluntad privada.”⁹

“De no recorrerse en la práctica la definición de una de las varias categorías específicas de negocio no puede decirse que haya en verdad disposición de intereses, la tentativa incurre en la forma más absoluta de ineficacia que pueda concebirse: la inexistencia, ya que el conato no alcanza siquiera a vincular a quien lo promueve, su fracaso se palpa desde el comienzo ... Si se traen a la memoria los casos ... de la compraventa de inmuebles sin escritura pública (1857) ... de hipoteca sin escritura o con escritura sin registro oportuno ... se apreciará la diferencia que media entre el acto irregular, así sea por el aspecto formal, que no está en condiciones de subsistir, pero que existe física y jurídicamente, que ata a los otorgantes al punto de exigir demanda y decisión judicial para librarse de los compromisos adquiridos, del acto cuyas fallas son tan grandes y protuberantes que ni siquiera requieren intervención de funcionarios para su desconocimiento”¹⁰

12.1 La figura de la inexistencia jurídica de los actos o contratos es de recibo en la contratación estatal. En relación con la situación que se presentaba respecto de los contratos administrativos y los contratos privados de la administración bajo el imperio del Decreto 222 de 1983, la jurisprudencia de la Sala en su momento concluyó que el contrato *“existe judicialmente a la luz del derecho una vez haya sido completamente legalizado, esto es, cuando cumplido el trámite señalado en la ley se perfecciona, lo cual se alcanza cuando queda ejecutoriada la providencia del Consejo de Estado o el Tribunal Administrativo que declare ajustado a la ley el contrato. Si no requiere dicha revisión, con la aprobación de garantías; y si no requiere constitución de garantías, una vez suscrito”¹¹*. Posteriormente, indicó la Sala que: *“el contrato al que le falta un elemento o requisito esencial se le resta cualquier eficacia jurídica, porque es inexistente y, por ende, ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, tal y como se puede colegir de los artículos 1501 del Código Civil, 897 y 898 del Código de Comercio”¹²*

⁹ G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Teoría General de los actos o negocios jurídicos*, Temis, 1987, p. 444-446.

¹⁰ F. HINESTROSA, *Curso de Obligaciones*, 2ª Ed., Universidad Externado de Colombia, 1961, p. 277.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de julio de 1991, exp. n.º 6227, C.P. Daniel Suárez Hernández.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2007, exp. n.º 15.052), C.P. Ruth Stella Correa

12.2 Tanto como lo anterior, sirven para sustentar la afirmación respecto de la sanción de inexistencia dentro del campo de los contratos que celebra el Estado, los siguientes argumentos: (i) habida cuenta de que en el artículo 51 del Decreto 222 de 1983 - actualmente artículo 41 de la Ley 80 de 1993- se determinan los requisitos indispensables para el perfeccionamiento de los contratos estatales, de manera implícita pero clara se le da cabida a la figura de la inexistencia - *“gramatical y jurídicamente el contrato es perfecto cuando existe, esto es cuando se cumplen los elementos esenciales que determinan su configuración”*¹³-, puesto que a partir de dicha disposición resulta evidente que no podrán tenerse por existentes, es decir que se reputarán como inexistentes en el mundo jurídico, los pretendidos contratos estatales que no alcancen a perfeccionarse; (ii) en segundo lugar, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984- determina con claridad que la acción de controversias contractuales tiene entre sus fines el de conseguir que el juez competente resuelva los litigios que pudieren surgir acerca de la existencia o inexistencia de los respectivos contratos, aspecto a propósito del cual esa norma legal señala, de manera expresa y precisa, que mediante el ejercicio de dicha acción cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia; (iii) finalmente, cabe sostener que ante la ausencia de una regulación expresa y completa acerca de la figura de la inexistencia de los actos o contratos en el régimen contractual de las entidades del Estado, se abre la posibilidad para la aplicación de los dictados del inciso 2º del artículo 898 del Código de Comercio, dentro del cual claramente se precisa la figura de la inexistencia - *“Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”*-.¹⁴

13. Ahora bien, la Sala no desconoce que en otras ocasiones, la jurisprudencia ha manifestado que la ausencia de requisitos legalmente exigidos para la formación de los contratos de la administración, da lugar a la nulidad absoluta de los mismos¹⁵, pero debe tenerse en cuenta que no todas las actuaciones que se

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de abril de 2000, exp. n.º 12775, C.P. Ricardo Hoyos

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, exp. n.º 16106, C.P (E) Mauricio Fajardo Gómez. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. n.º 16106, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 18294, C.P. Enrique Gil Botero. En esta providencia se declaró la nulidad absoluta de un contrato regido por el Decreto Ley 222 de 1983, por cuanto de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 del referido decreto, *“se requería la aprobación del Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle adscrito el respectivo establecimiento público... cuando la cuantía exceda de ciento*

imponen en el procedimiento de formación de la voluntad de las partes en los contratos estatales tienen la misma entidad y categoría y por lo tanto, su ausencia o incumplimiento no conduce a las mismas consecuencias, pues ello depende de la entidad del requisito incumplido, bajo el entendido de que no todos ellos resultan indispensables para la existencia misma del negocio jurídico y aún para su validez.

14. Así, existen eventos en los cuales el incumplimiento que se observa en el proceso de celebración del contrato, se refiere a exigencias que si bien no constituyen requisitos para su perfeccionamiento, se ha entendido que su ausencia se traduce en una contravención de normas de derecho público, la que a su vez configura una causal de nulidad absoluta de los contratos, a la luz de lo establecido en las normas de derecho privado - artículos 1519 y 1741, CC¹⁶-, las cuales son aplicables a los contratos regidos por el Decreto Ley 222 de 1983, de conformidad con lo establecido en su artículo 78.

15. La situación en el *sub-lite* resulta diferente, en la medida en que la exigencia cuyo cumplimiento no se acreditó en la formación del contrato objeto de la controversia - constitución y aprobación de garantías-, está contemplada no sólo por el artículo 51 del Decreto 222 de 1983 para los contratos a los que se refiere dicho estatuto, sino también por la cláusula décima sexta del mismo negocio jurídico suscrito por las partes, como un requisito de perfeccionamiento del mismo. En consecuencia, su incumplimiento no conduce a la invalidez del contrato sino a su inexistencia.

16. Por lo tanto, considera la Sala que la falta de las solemnidades legales y convencionales dispuestas por las partes dan lugar a que el convenio no se hubiera perfeccionado y a que, en consecuencia, no hubiera nacido a la vida jurídica, es decir, a que sea catalogado como inexistente, razón por la cual carece de eficacia y no hay lugar a proferir condena alguna a favor del demandante.

cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000.00)", y también se necesitaba "el concepto del Consejo de Ministros y la revisión de legalidad del Consejo de Estado... cuando la cuantía sea superior a doscientos cincuenta millones de pesos (\$ 250.000.000.00)" y en el contrato suscrito por las partes, no se dio cumplimiento a dichos requisitos.

¹⁶ De acuerdo con el artículo 1519, hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación y de conformidad con el artículo 1741, la nulidad proveniente de un objeto o causa ilícita, es una nulidad absoluta.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 21 de mayo de 2003, dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y DEVUÉLVASE

Danilo Rojas Betancourth

Presidente

Stella Conto Díaz del Castillo

Ramiro Pazos Guerrero

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

CONVENIO DE COOPERACION Y COFINANCIACION - Contrato de derecho privado de la Administración. No está sometido al estatuto contractual / CONVENIO DE COOPERACION Y COFINANCIACION - Contrato de derecho privado de la Administración. No está sometido a las normas sobre celebración y perfeccionamiento / CONVENIO DE COOPERACION Y COFINANCIACION - No comporta prestación de servicios / CONVENIO DE COOPERACION Y COFINANCIACION - Regido por el derecho privado. Para su perfeccionamiento bastaba el acuerdo de voluntades / CONVENIO DE COOPERACION Y COFINANCIACION - La exigencia de la constitución y aprobación de las garantías como requisito de perfeccionamiento no era procedente

Me aparto de la fundamentación en cuanto no se puede pasar por alto, como lo hace la providencia, que en el caso concreto el convenio suscrito el 8 de julio de 1993, entre el municipio de Sincelejo y la mentada fundación no se encontraba sometido al estatuto contractual, en lo que tiene que ver con las normas sobre celebración y perfeccionamiento y las relativas a tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, al margen que en desarrollo del último inciso del artículo 1º los municipios y los departamentos en dichos aspectos quedaban bajo su tutela. Esto es así, porque del artículo 17 del Decreto 222 de 1983 no se sigue que el contrato de que se trata se gobernó por dicha normatividad, dado que no fue incluido en la enumeración taxativa del artículo 80 del mismo estatuto, por lo que la inclusión de cláusulas que atribuyen facultades excepcionales comporta desconocimiento de las competencias fijadas por la ley y vulneración del principio de igualdad, sin perjuicio de la pretensión de nulidad de las resoluciones que liquidaron unilateralmente el contrato de cofinanciación suscrito el 8 de julio de 1993. En rigor, el anterior estatuto contractual regía y gobernaba, desde su formación, los contratos allí previstos entre los que no encuentran cabida los convenios de cooperación, cofinanciación o financiación, por lo mismo sometidos a las normas del derecho privado y en consecuencia excluidos de los procesos de selección, celebración y perfeccionamiento. En ese orden de ideas les resultaba extraña la exigencia contenida en el artículo 51 sobre requisitos de perfeccionamiento. Aunado a que el convenio objeto de la controversia no comporta prestación de servicios cuyo entendimiento y alcance fue dado por la Sala, en tanto no goza de la misma naturaleza, ni de las características propias de este último. En suma el contrato de cofinanciación para el desarrollo de la microempresa, la economía informal y otras formas asociativas de trabajo fue regido por el derecho privado, por lo que para su perfeccionamiento bastaba el acuerdo de voluntades y no las exigencias contenidas en el artículo 51 del Decreto 222 de 1983, sobre registro presupuestal y aprobación de las garantías.

FUENTE FORMAL: DECRETO 222 DE 1983 - ARTICULO 17 / DECRETO 222 DE 1983 - ARTICULO 51

ACCION CONTRACTUAL - Interpuesta en vigencia del artículo 75 de la ley 80 de 1993, correspondía resolver de fondo sobre la nulidad de los actos acusados

Como la acción se ejerció en vigencia de la como la acción se ejerció en vigencia de la Ley 80 de 1993 - artículo 75-, correspondía resolver de fondo

sobre la nulidad de los actos acusados y en el ámbito de la deprecada nulidad determinar si la administración tenía competencia para terminar y liquidar unilateralmente el convenio. Bajo esa línea de pensamiento determinar si el poder de auto-tutela se encontraba legitimado al amparo del contrato conforme la cláusula décima primera del acuerdo, correspondía resolver de fondo sobre la nulidad de los actos acusados y en el ámbito de la deprecada nulidad determinar si la administración tenía competencia para terminar y liquidar unilateralmente el convenio. Bajo esa línea de pensamiento determinar si el poder de auto-tutela se encontraba legitimado al amparo del contrato conforme la cláusula décima primera del acuerdo.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 75

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 70001-23-31-000-1997-06354-01(25549)

Actor: FUNDIMIR

Demandado: MUNICIPIO DE SINCELEJO

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Con el debido respeto por la posición mayoritaria, expongo a continuación las razones que me llevaron a disentir de ésta y a apartarme de la decisión.

De cara al presente asunto, no comparto la apreciación de la Sala en cuanto revocó la sentencia proferida el 21 de mayo de 2003 por el Tribunal Administrativo de Sucre y en su lugar negó las súplicas de la demanda, porque a su juicio el convenio de cooperación y cofinanciación suscrito entre el municipio de Sincelejo y la Fundación para el Desarrollo Integral para la Mujer y la Niñez "FUNDIMUR", en tanto celebrado al amparo del Decreto

222 de 1983, no logró perfeccionarse en los términos del artículo 51, pues no cuenta con la aprobación de las garantías ni el correspondiente registro prespuestal. Siendo así no alcanzó a nacer a la vida jurídica.

Me aparto de la fundamentación en cuanto no se puede pasar por alto, como lo hace la providencia, que en el caso concreto el convenio suscrito el 8 de julio de 1993, entre el municipio de Sincelejo y la mentada fundación no se encontraba sometido al estatuto contractual, en lo que tiene que ver con las normas sobre celebración y perfeccionamiento y las relativas a tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, al margen que en desarrollo del último inciso del artículo 1º los municipios y los departamentos en dichos aspectos quedaban bajo su tutela.

Esto es así, porque del artículo 17¹⁷ del Decreto 222 de 1983 no se sigue que el contrato de que se trata se gobernó por dicha normatividad, dado que no fue incluido en la enumeración taxativa del artículo 80¹⁸ del mismo estatuto, por lo que la inclusión de cláusulas que atribuyen facultades excepcionales comporta desconocimiento de las competencias fijadas por la

¹⁷ *Artículo 17º. De la jurisdicción competente - <DEROGADO POR EL Artículo 81 DE LA LEY 80 DE 1993>. La calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contencioso administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la justicia ordinaria.*

Parágrafo. No obstante, la justicia contencioso administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad.

Igualmente, en los contratos de derecho privado de la administración, en cuya formación o adjudicación haya lugar a la expedición de actos administrativos, se aplicarán a éstos las normas del procedimiento gubernativo conforme a este estatuto, y las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables, estarán sometidas a las reglas de la justicia contencioso administrativa.

¹⁸ **Artículo 80. De los distintos contratos** - <DEROGADO POR EL Artículo 81 DE LA LEY 80 DE 1993>. El presente estatuto trata de los siguientes contratos: de obras públicas, de consultoría, de suministro, compraventa y permuta de muebles, compraventa y permuta de inmuebles, arrendamiento, prestación de servicios, donación, para recuperación de bienes ocultos, concesión de servicios públicos, de correos, acuñación de moneda metálica y de billetes, empréstito y seguros.

Los demás contratos continuarán rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos.

ley y vulneración del principio de igualdad, sin perjuicio de la pretensión de nulidad de las resoluciones que liquidaron unilateralmente el contrato de cofinanciación suscrito el 8 de julio de 1993.

En rigor, el anterior estatuto contractual regía y gobernaba, desde su formación, los contratos allí previstos entre los que no encuentran cabida los convenios de cooperación, cofinanciación o financiación, por lo mismo sometidos a las normas del derecho privado y en consecuencia excluidos de los procesos de selección, celebración y perfeccionamiento. En ese orden de ideas les resultaba extraña la exigencia contenida en el artículo 51 sobre requisitos de perfeccionamiento. Aunado a que el convenio objeto de la controversia no comporta prestación de servicios¹⁹, cuyo entendimiento y alcance fue dado por la Sala, en tanto no goza de la misma naturaleza, ni de las características propias de este último. En suma el contrato de cofinanciación para el desarrollo de la microempresa, la economía informal y otras formas asociativas de trabajo fue regido por el derecho privado, por lo que para su perfeccionamiento bastaba el acuerdo de voluntades y no las exigencias contenidas en el artículo 51 del Decreto 222 de 1983, sobre registro presupuestal y aprobación de las garantías.

Por último, como la acción se ejerció en vigencia de la Ley 80 de 1993 - artículo 75-, correspondía resolver de fondo sobre la nulidad de los actos acusados y en el ámbito de la deprecada nulidad determinar si la administración tenía competencia para terminar y liquidar unilateralmente el convenio. Bajo esa línea de pensamiento determinar si el poder de auto-

¹⁹ Decreto 222 de 1983. Artículo 163°. *De la definición del contrato de prestación de servicios. Para los efectos del presente estatuto, se entiende por contrato de prestación de servicios, el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta.*

tutela se encontraba legitimado al amparo del contrato conforme la cláusula décima primera del acuerdo²⁰.

En los anteriores términos dejo consignado mi disenso.

Fecha *ut supra*.

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Consejera de Estado

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR RAMIRO PAZOS GUERRERO

²⁰ *“DÉCIMA PRIMERA: terminación unilateral del convenio: El municipio de Sincelejo podrá dar por terminado unilateralmente el presente convenio sin previo aviso y sin lugar a indemnización alguna si el Ejecutor incumpliere con las obligaciones establecidas en este convenio, en este caso el ejecutor reintegrará al municipio el saldo de los dineros recibidos más los respectivos intereses corrientes certificados en esta fecha por la Superintendencia Bancaria. Así mismo de los recursos, en administración, cartera y demás implementos aportados por el municipio para el funcionamiento del programa.*

NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL E INEXISTENCIA DEL CONTRATO ESTATAL - Soluciones jurídicas diferentes por falta de las solemnidades legales y convencionales / SOLUCIONES JURIDICAS DIFERENTES A LA FALTA DE REQUISITOS DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO - Se debió abordar con mayor detenimiento los efectos de una y otra postura / INEXISTENCIA DEL CONTRATO - El juez se limita a negar las pretensiones / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Impone el estudio de restituciones mutuas / POSTURAS DIFERENTES - Amerita un estudio muy profundo de las decisiones

Las exigencias que dieron lugar a la nulidad en la oportunidad arriba expuesta y a la declaratoria de inexistencia en la providencia objeto de la presente aclaración constituyen requisitos de perfeccionamiento; sin embargo, en uno y otro caso dieron lugar a soluciones jurídicas diferentes, a saber: nulidad absoluta e inexistencia, respectivamente. En consecuencia, estimo que debió abordarse con mayor detenimiento la anterior problemática y por qué no en los efectos de una u otra postura, cuando están de por medio la suerte de los recursos públicos entregados a particulares como consecuencia de un contrato, en tanto la inexistencia se limita a negar las pretensiones sin detenerse en esa cuestión, mientras que la nulidad absoluta impone el estudio de las restituciones mutuas; además, precisa advertir que las facultades oficiosas del juez se limitan a esta última declaratoria, pero no así frente a la otra figura.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 70001-23-31-000-1997-06354-01(25549)

Actor: FUNDIMIR

Demandado: MUNICIPIO DE SINCELEJO

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

ACLARACION DE VOTO

Aunque comparto la decisión de fondo de la sentencia del 20 de febrero de 2014 de revocar la sentencia del 21 de mayo de 2003 del Tribunal Administrativo de Sucre, por medio de la cual se accedió parcialmente las pretensiones, para en su lugar denegarlas, no así frente a uno de sus fundamentos de fondo de la decisión, en los términos que paso a exponer:

(i) La Sala estimó que en el asunto de la referencia se daba la inexistencia del convenio de cofinanciación para el montaje operativo, asesoramiento y administración del Fondo Municipal para el desarrollo de la microempresa, por cuanto no se satisfizo el requisito de constitución y aprobación de las garantías, que el artículo 51 del Decreto Ley 222 de 1983²¹ consagraba como requisito de perfeccionamiento.

También advirtió que si bien en otras ocasiones la jurisprudencia sostuvo que la ausencia de tales requisitos legalmente exigidos para la formación de los contratos de la administración daban lugar a su nulidad absoluta, lo cierto es que *“debe tenerse en cuenta que no todas las actuaciones que se imponen en el procedimiento de formación de la voluntad de las partes en los contratos estatales tiene la misma entidad y categoría y por lo tanto, su ausencia o incumplimiento no conduce a las mismas consecuencias, pues ello depende de la entidad del requisito incumplido bajo el entendido de que no todos ellos resulta indispensables para la existencia misma del negocio jurídico y aún para su validez”*. Y más adelante sigue:

14. Así, existen eventos en los cuales el incumplimiento que se observa en el proceso de celebración contrato se refiere a exigencias que si bien

²¹ ***“Del perfeccionamiento de los contratos. Salvo disposición en contrario, los contratos a los cuales se refiere este estatuto se entienden perfeccionados con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado que los declare ajustados a la ley; si no requieren revisión del Consejo de Estado, con la aprobación de las fianzas de que trata el inciso primero del artículo 48; y si no requieren constitución de fianzas, con el correspondiente registro presupuestal, si hay lugar a él, o una vez suscritos”***.

no constituyen requisitos para su perfeccionamiento, se ha entendido que su ausencia se traduce en una contravención de normas derecho público, la que a su vez configura una causal de nulidad absoluta de los contratos, a la luz de lo establecido en las normas de derecho privado - artículo 1519 y 1741, C.C., las cuales son aplicable a los contratos regidos por el Decreto Ley 222 de 1983, de conformidad con lo establecido en su artículo 78.

*15. La situación en el sub lite resulta diferente, en la medida en que la exigencia cuyo cumplimiento no se acreditó en la formación del contrato objeto de la controversia - constitución y aprobación de garantías-, está contemplada no sólo por el artículo 51 del Decreto Ley 222 de 1983 para los contratos a lo que se refiere dicho estatuto, sino también por la cláusula décima sexta del mismo negocio jurídico suscrito por las partes, como un requisito de perfeccionamiento del mismo. **En consecuencia, su incumplimiento no conduce a la invalidez del contrato sino de su inexistencia** (se destaca).*

Frente a lo anterior llama la atención que la Sección en otro evento similar - que se cita en la sentencia que aclaro (pie de página15)- declaró la nulidad absoluta con fundamento en que se omitió, entre otros, la revisión de legalidad del Consejo de Estado²². Esa exigencia es a su vez de perfeccionamiento de los contratos regulados por dicho estatuto, en los términos del artículo 51 del Decreto Ley 222 de 1983²³.

En consecuencia, las exigencias que dieron lugar a la nulidad en la oportunidad arriba expuesta y a la declaratoria de inexistencia en la providencia objeto de la presente aclaración constituyen requisitos de perfeccionamiento; sin embargo, en uno y otro caso dieron lugar a soluciones jurídicas diferentes, a saber: nulidad absoluta e inexistencia, respectivamente.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 18.294, C.P. Enrique Gil Botero.

²³ ***“Del perfeccionamiento de los contratos. Salvo disposición en contrario, los contratos a los cuales se refiere este estatuto se entienden perfeccionados con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado que los declare ajustados a la ley; si no requieren revisión del Consejo de Estado, con la aprobación de las fianzas de que trata el inciso primero del artículo 48; y si no requieren constitución de fianzas, con el correspondiente registro presupuestal, si hay lugar a él, o una vez suscritos”.***

En consecuencia, estimo que debió abordarse con mayor detenimiento la anterior problemática y por qué no en los efectos de una u otra postura, cuando están de por medio la suerte de los recursos públicos entregados a particulares como consecuencia de un contrato, en tanto la inexistencia se limita a negar las pretensiones sin detenerse en esa cuestión, mientras que la nulidad absoluta impone el estudio de las restituciones mutuas; además, precisa advertir que las facultades oficiosas del juez se limitan a esta última declaratoria, pero no así frente a la otra figura.

La polémica que despiertan las dos instituciones las ha puesto de presente la doctrina local, así²⁴:

No obstante existir una diferencia entre requisitos de existencia y validez, lo que generaría especies diferentes del género ineficacia, para el primer caso la inexistencia y para el segundo la nulidad, debemos advertir que esta postura no es uniformemente aceptada.

La Corte Suprema de Justicia, tribunal de justicia que más se ha ocupado de estos temas de clara incidencia en la contratación estatal, no tiene una postura definida sino que ha transitado por los dos polos porque, de un lado, ha reconocido que la inexistencia es diferente de la nulidad y, por el otro, ha sostenido que en material civil al no tener la inexistencia un reconocimiento expreso debe seguir los lineamientos de la nulidad absoluta.

Empero, esta es una visión limitada porque así no haya una consagración explícita de la inexistencia, lo cierto es que abundan disposiciones en que la reconocen. Ahora, el asunto no es de poca monta habida cuenta que mientras los actos nulos producen efectos y hasta existe la posibilidad de convalidarlos para el caso de los inexistentes, cualquier efecto es impensable y menos aún la convalidación.

A diferencia del Código Civil, el ordenamiento mercantil si reconoce expresamente la inexistencia, lo cual facilita el camino hacia su aplicación. Así ocurre con el artículo 898 del Código de Comercio, sólo que con una impropiedad que propicia debate ya que sugiere la idea de ratificación del acto inexistente siendo que no puede ser ratificable ni produce efectos.

En los anteriores términos dejo rendida mi aclaración.

²⁴ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, Legis Editores S.A., Segunda Edición, 2003, Bogotá, p. 550.

Respetuosamente,

Fecha ut supra

RAMIRO PAZOS GUERRERO
MAGISTRADO