

ASUNTO CONTRACTUAL MINERO - Competencia en única instancia del Consejo de Estado

En cuanto hace a la distribución de los negocios entre las distintas secciones del Consejo de Estado el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1992, modificado por el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, por el cual se adoptó el Reglamento del Consejo de Estado, dispuso que la Sección Tercera conoce de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros. En el sub lite concurren dos de las cuatro hipótesis regladas por la norma en cita como de conocimiento de esta Sección. En efecto, el subcontrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El Tesoro, ubicado en el municipio de la Jagua de Ibirico de fecha 30 de diciembre de 1993 que se demanda, fue celebrado, según se expresa en el mismo, por el departamento del Cesar y la Comercializadora y Transportadora de Carbón del Magdalena-Cotranscesar Ltda., sociedad comercial. Al respecto conviene hacer referencia a la naturaleza y régimen jurídico que para la época de su suscripción tenía este contrato, conforme a la regla general según la cual son aplicables a los contratos las normas vigentes a su celebración, prevista en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887. Resulta pertinente llamar la atención sobre el hecho de que de conformidad con lo prescrito por los artículos 56 y 57 del Decreto Ley-2655 de 1988 (Código Minero vigente para la época de su celebración), el negocio jurídico celebrado entre el departamento del Cesar y Cotranscesar Ltda., es un contrato minero, lo cual se confirma a partir de sus estipulaciones y en particular de lo dispuesto en su Cláusula Novena en la que se señala expresamente que se aplicará lo dispuesto en el Capítulo XX del Código de Minas. De otro lado, el artículo 79 de la citada Codificación Minera, previó que los contratos mineros celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado (...), son de carácter administrativo, lo cual resultaba congruente con lo establecido por el numeral 6 del artículo 16 del Decreto-Ley 222 de 1983, por cuya inteligencia eran de esa naturaleza los contratos de explotación de bienes del Estado, no obstante que ellos se rigieran por las normas especiales de la materia que los gobierna, como así también lo expresó el parágrafo del citado artículo. En definitiva, la Sección Tercera es competente para conocer de este asunto, habida cuenta que lo que se está discutiendo es la legalidad de un contrato de naturaleza minera, lo mismo que del acto de adjudicación del mismo. Y por tratarse de un asunto contractual minero, lo conoce privativamente y en única instancia el Consejo de Estado (art. 128 numeral 6 del CCA).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 237 NUMERAL 6 / ACUERDO 58 DE 1992 DE LA SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO - ARTICULO 12 / ACUERDO 58 DE 1999 DE LA SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO - ARTICULO 13 / LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 38 / DECRETO LEY 2655 DE 1988 - ARTICULO 56 / DECRETO LEY 2655 DE 1988 - ARTICULO 57 - DECRETO LEY 2655 DE 1988 - ARTICULO 79 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 16 NUMERAL 6 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 228 NUMERAL 6

NOTA DE RELATORIA: Sobre la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de asuntos contractuales en razón a que el objeto contractual esté afecto al cumplimiento de función administrativa, Consejo de Estado, Sección Tercera, autos de 8 de febrero de 2001, exp. 16661, C.P. Ricardo Hoyos Duque y 20 de agosto de 1998, exp. 14202

DEMANDA EN FORMA - Carga de acompañar copia del acto acusado / DECISION INHIBITORIA - Si no se reúne el presupuesto de demanda en forma

El actor demandó, por una parte, el acto del Consejo de Gobierno del departamento del Cesar, de 28 de diciembre de 1993, a través del cual se escogió a la firma Comercializadora y Transportadora del Cesar Ltda.-Cotranscesar Ltda., como beneficiaria de la operación minera carbonífera de la mina El Tesoro, ubicada en el municipio de La Jagua de Ibirico, departamento del Cesar. Lo calificó, asimismo, como un “acto verbal” y por ello no lo acompañó con su escrito. (...) Para la Sala no son de recibo las apreciaciones tanto del actor como del Ministerio Público, en el sentido de que la sola referencia que aparece consignada en los considerandos del subcontrato de 30 de diciembre de 1993 con arreglo a la cual “(...) en Consejo de Gobierno celebrado el día 28 de diciembre de 1993, y previo el estudio efectuado por el Comité de Evaluación Departamental, se escogió a la firma Cotranscesar, para subcontratar dicha operación” es suficiente para “presumir” la existencia del acto que se impugna. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el inciso primero del artículo 139 del C.C.A., subrogado por el artículo 25 del Decreto 2304 de 1989, a la demanda el actor debe acompañar una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución. Por manera que al no haberse reunido el presupuesto de demanda en forma en este punto, habrá de proferirse decisión inhibitoria respecto del acto de adjudicación.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 139 / DECRETO 2304 DE 1989 - ARTICULO 25

CAPACIDAD LEGAL - Elemento esencial para la existencia y validez del contrato / COMPETENCIA - Capacidad legal de las entidades estatales

(...) dentro de las condiciones de validez del contrato ocupa lugar importante la capacidad de las partes, tanto de la de la persona jurídica contratante, como la de la persona jurídica contratista. Mientras respecto de la primera se aplica el principio de legalidad (arts. 6, 121, 122 superiores), en cuanto se refiere a la segunda se tiene claro que sólo puede ejecutar válidamente los actos para cuyo cumplimiento es creada, no otros. La capacidad legal o de ejercicio, como elemento esencial para la existencia y validez del contrato, vale decir, la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, en las relaciones negociales del Estado, por lo que respecta a la entidad estatal contratante, suele manejarse bajo la noción de “competencia”, expresión nítida del principio de legalidad (arts. 6, 121, 122 y 123 C.P.). Como advierte la doctrina, mientras en el campo del derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, en el ámbito del derecho público la competencia supone un texto, de modo que si el órgano actúa fuera de competencia, el acto administrativo dictado es ilegítimo, tiene vicio de incompetencia y corresponde su nulidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 6 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 121 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 122 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 123}

NOTA DE RELATORIA: Sobre la capacidad de las entidades estatales, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 21 de septiembre de 2000, rad. 1286, C. P. Augusto Trejos Jaramillo y concepto de septiembre 18 de 1987, rad. No. 143, C. P. Jaime Betancur Cuartas

CONTRATO DE MEDIANA MINERIA - Contrato solemne. Solemnidad ad existentiam actum / CONTRATO DE MEDIANA MINERIA - Inscripción en el registro minero

Conviene no perder de vista que el artículo 80 del Código de Minas (Decreto 2655 de 1988), vigente para la época de los hechos, se ocupó de regular los requisitos de perfeccionamiento de este tipo de negocios jurídicos y al hacerlo dispuso que los contratos mineros celebrados por los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado que por sus características, metas propuestas y la extensión del área, puedan calificarse como de gran minería, requerirán para su perfeccionamiento y ejecución, únicamente, la aprobación del Ministerio, previa a su inscripción en el Registro Minero. Igualmente, la disposición en cita ordenó que los contratos que se celebren con pequeños y medianos mineros sobre áreas comprendidas en los aportes, no necesitan más formalidad que su inscripción en el Registro. A voces del artículo 1500 del CC el negocio jurídico en referencia es un contrato solemne, habida cuenta de que está sujeto a la observancia de formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil. En síntesis, esa formalidad especial a que está sujeta la formación de este tipo de contratos [inscripción en el registro minero], que fue impuesta por el legislador en atención a su especial naturaleza, constituye una solemnidad legal ad existentiam actum.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1500 / Decreto 2655 de 1988 - ARTICULO 80 / LEY 685 DE 2001

INEFICACIA DEL NEGOCIO JURIDICO PRINCIPAL - Vicia de nulidad los subcontratos

No obstante, y en franca rebeldía de lo dispuesto claramente por el legislador extraordinario y lo pactado en ese contrato, se procedió a celebrar el subcontrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El Tesoro, ubicado en el municipio de la Jagua de Ibirico, entre el departamento del Cesar y Contrancesar Ltda. que se demanda, sin que el contrato principal, esto es el No. 023 de 1993 celebrado entre Carbocol S.A. y dicho departamento, se hubiese perfeccionado. En efecto, está acreditado en el plenario que antes de que se radicara la solicitud de inscripción en el Registro Minero del Contrato 023 de 1993 suscrito el 26 de abril de 1993, entre Carbocol y el departamento del Cesar, se procedió a celebrar el subcontrato (el 30 de diciembre de 1993) que se impugna, entre ese departamento y Cotranscesar Ltda. (...) La ineficacia del negocio jurídico principal [Contrato No. 023 de 1993 celebrado entre Carbocol S.A. y el departamento del Cesar], al no reunir las formalidades ab substantiam actus, afecta -en tanto que no produjo efectos jurídicos- de nulidad el subcontrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El Tesoro suscrito entre el departamento del Cesar y Cotranscesar Ltda. que se impugna, en tanto este último es desarrollo de aquel.

INCAPACIDAD DE LA ENTIDAD CONTRATANTE - Vicia de nulidad el negocio jurídico / INCOMPETENCIA DE LA ENTIDAD CONTRATANTE - Vicia de nulidad el negocio jurídico

Por manera que está acreditado, que la entidad estatal contratante no tenía capacidad (competencia) o habilitación jurídica para celebrar el subcontrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El Tesoro y ello es motivo suficiente para que el cargo formulado prospere.

INCAPACIDAD DEL CONTRATISTA PARA CONTRATAR - Vicia de nulidad el negocio jurídico

Está acreditado que el objeto social del subcontratista [Cotranscesar Ltda.] al momento de la celebración del subcontrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El Tesoro que se demanda, no incluía actividades de explotación y exploración minera del carbón. (...) Es de notar que el artículo 19 del Decreto 2655 de 1988, entonces vigente Código de Minas, al regular la "capacidad", señaló que toda persona natural, nacional o extranjera, legalmente capaz, puede ser titular de licencias de exploración, licencias de explotación y contratos mineros. Y al referirse a las personas jurídicas dispuso que también pueden serlo "si en su objeto se han previsto las actividades mineras de exploración y explotación". De manera que Cotranscesar Ltda. no podía suscribir con el departamento del Cesar el subcontrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El Tesoro, ubicado en el municipio de la Jagua de Ibirico. Y al celebrarlo las partes se quebrantó el claro mandato legal contenido en el citado artículo 19 del Decreto 2655 de 1988, en tanto no podía hacerse con una firma que no preveía en su objeto social la exploración y explotación minera del carbón.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2655 DE 1988 - ARTICULO 19

CAPACIDAD JURIDICA DEL PROPONENTE - Se evalúa al momento de decidir adjudicar y celebrar el contrato / INCAPACIDAD DEL OFERENTE PARA CONTRATAR - Se evalúa al momento de decidir adjudicar y celebrar el contrato

Ahora, según certificado de existencia y representación legal de fecha 27 de mayo de 1994, esto es expedido con posterioridad a la fecha de suscripción del subcontrato impugnado [30 de diciembre de 1993], el objeto social de Cotranscesar Ltda. es en adelante la "prospección, explotación, explotación (sic), beneficio, fundición, transformación, acopio, transporte, aprovechamiento y comercialización del carbón y sus derivados o cualquier otro recurso natural renovable o no, que se encuentre en el suelo o subsuelo, incluidos los espacios marítimos, ya sean de propiedad nacional o de propiedad privada (...)". A juicio de la Sala esta ilegalidad evidente -que también afecta de nulidad el subcontrato demandado- no desaparece, por la sola circunstancia de que los estatutos de la sociedad adjudicataria hayan sido objeto de modificación con posterioridad a la celebración del mismo en punto del objeto social. En otras palabras, la capacidad jurídica del favorecido se debe evaluar al momento mismo en que la Administración toma la decisión de adjudicar y celebrar el subcontrato respectivo, pues es entonces -y no después- que debían cumplirse los requisitos de ley que lo habilitaran para desplegar la actividad minera.

CAPACIDAD PARA CONTRATAR - Concepto / CAPACIDAD - Capacidad jurídica o de goce / CAPACIDAD - Capacidad de ejercicio o de obrar

Es menester recordar que la capacidad puede revestir dos formas: i) capacidad jurídica o de goce: que hace referencia a la idoneidad que tienen todas las personas para ser titulares de derechos. Es un atributo propio de las personas (art.14 de la C.P.), pues todas la tienen por el sólo hecho de serlo; y ii) capacidad de ejercicio o de obrar, que se refiere a la aptitud de ejercer por sí mismo sus derechos sin requerir de la autorización de otra persona, y no es atributo propio de la persona, porque hay personas que son incapaces, es decir, sujetos que no pueden ejercer sus derechos por sí mismos. Por lo tanto, la capacidad legal que

interesa para el estudio del cargo es la segunda, la capacidad para contratar, esto es, aquella que consiste en la aptitud jurídica para poderse obligar válidamente una persona por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 14

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil once (2011)

Radicación número 11001-03-26-000-1996-01544-01(11544)

Actor: DEPARTAMENTO DEL CESAR

Demandado: COMERCIALIZADORA Y TRANSPORTADORA DEL CESAR-COTRANSCESAR

Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Decide la Sala en única instancia el proceso iniciado por virtud de la demanda que, en ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y contractual establecidas en los artículos 85 y 87 del C.C.A, se interpuso para que se declare la nulidad de un acto del Consejo de Gobierno del departamento del Cesar a través del cual se escogió a un beneficiario de la operación carbonífera de una mina, lo mismo que del subcontrato de servicios mineros respectivo.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y norma acusada

El proceso se originó en la demanda presentada el 14 de diciembre de 1997 por el departamento del Cesar en contra de la Sociedad Comercializadora y Transportadora del Cesar Ltda.-Cotranscesar, instaurada por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del

derecho y contractual, en la cual se solicitó la declaración de nulidad del acto del Consejo de Gobierno del departamento del Cesar, de 28 de diciembre de 1993, a través del cual se escogió a la firma Comercializadora y Transportadora del Cesar Ltda.-Cotranscesar Ltda., como beneficiaria de la operación minera carbonífera de la mina El Tesoro, ubicada en el municipio de la Jagua de Ibirico, departamento del Cesar.

Como consecuencia de lo anterior, demandó la declaratoria de nulidad absoluta del subcontrato de servicios mineros de 30 de diciembre de 1993, suscrito entre el departamento del Cesar y la firma Comercializadora y Transportadora del Cesar Ltda.-Cotranscesar Ltda., cuyo objeto fue la operación minera del citado predio El Tesoro, y de sus otrosíes de 21 de febrero y 8 de junio de 1994.

Pretende el demandante que, en consecuencia, se declare que entre el departamento del Cesar y la firma Comercializadora y Transportadora del Cesar Ltda.-Cotranscesar Ltda., no ha existido relación jurídica alguna. A título de restablecimiento, solicitó que como resultado de las nulidades pedidas, el departamento del Cesar no está obligado jurídicamente a hacer pago alguno a Cotranscesar Ltda.

2. Hechos

Expuso que Carbones de Colombia S.A-Carbocol y el departamento del Cesar celebraron el contrato de mediana explotación carbonífera con exploración adicional sobre el área debidamente identificada en el mismo, la cual estaba ubicada en el municipio de la Jagua de Ibirico. Destacó que según la cláusula 29.1 ese contrato se considera perfeccionado una vez las partes contratantes lo hayan suscrito y se encuentre debidamente inscrito en el Registro Minero Nacional, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo XXXI del Código de Minas. Puso de presente que conforme a la cláusula 16.3 el contratista podrá subcontratar la operación minera libremente, por su cuenta y riesgo, con quien considere conveniente y que para tal efecto deberá únicamente inscribir el subcontrato en el Registro Minero Nacional.

El 28 de diciembre de 1993, el Consejo de Gobierno del departamento del Cesar escogió a Cotranscesar Ltda. como subcontratista del predio El Tesoro, “[e]sta decisión no consta en acta ninguna”. El 30 de diciembre de 1993 las partes

(Cotranscesar y el departamento del Cesar) suscribieron el contrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El Tesoro. Dicho contrato fue modificado mediante dos otrosíes, el 21 de febrero y el 8 de junio de 1994.

El departamento no inscribió el contrato de 23 de abril de 1993 suscrito con Carbocol, en el registro minero, tal y como lo ordenó para su perfeccionamiento el artículo 80 del Código de Minas y la cláusula 29 del mismo contrato. Sin cumplir tal requisito –además- suscribió el subcontrato de 30 de diciembre de 1993, con la firma Cotranscesar Ltda. La referida inscripción intentó producirse el 17 de mayo de 1994, y el Ministerio de Minas y Energía mediante resolución 700781 de 27 de julio de 1995, archivó la solicitud.

2. Normas violadas y concepto de la violación

Razonó que con los actos acusados se violaron las siguientes disposiciones: artículos 4, 238, 121 y 13 de la Constitución; 19, 21, 60 y 290 del Código de Minas; 99 del Código de Comercio y 7 inciso 3 del Decreto ley 222 de 1983. Como concepto de la violación adujo que el “acto verbal” de 28 de diciembre de 1993 es ilegal por cuanto, el Consejo de Gobierno escogió a Cotranscesar Ltda. pese a: (i) la ineficacia del contrato de 26 de abril de 1993, suscrito con Carbocol, (ii) la incapacidad de la firma escogida, cuyo objeto social no contemplaba la exploración y explotación del carbón; (iii) la incapacidad financiera de la firma escogida que iba a adelantar un proyecto de 500 millones con 5 millones de capital; (iv) la inhabilidad de la firma escogida que tenía como plazo de existencia 10 años, mientras la ley le exigía tener 16.

Destacó que al ser nulo el acto de 28 de diciembre de 1993, es nulo el contrato que se suscribió con fundamento en él. Pero además es nulo por las mismas razones que lo fue el primero (y las expone de nuevo).

3. Admisión y contestación de la demanda

Mediante proveído de marzo 6 de 1996 se admitió la demanda formulada. Luego de intentar infructuosamente notificar al demandado se le emplazó y por auto de 12 de diciembre de 1997 se le nombró curador *ad litem*. Al contestar la demanda se opuso a las pretensiones y observó que no siempre será contratista el que

obtenga el mejor puntaje, sino aquel que objetivamente le pueda brindar una mejor actividad contractual al contratante.

Agregó que al contratista no se le puede exigir lo imposible, en tanto no tiene la obligación de tener conocimiento del perfeccionamiento del contrato con la inscripción del registro minero, pues es la propia administración la obligada a cumplir con ello.

Explicó que no existe ninguna empresa nacional o internacional que tenga tanto respaldo financiero como el exigido por el actor, dado que cualquier persona puede tener una capacidad de endeudamiento tan grande que puede superar muy significativamente su propio capital social y en todo caso, para ello están ordenadas las garantías.

Indicó que la demanda desconoce que las personas jurídicas están autorizadas por ley a prorrogar su plazo de existencia, con el solo hecho de que 6 meses antes de su fenecimiento se hagan los trámites necesarios. Preciso que la nulidad que se endilga al contrato podría ser relativa, pues no encaja dentro de los parámetros taxativos de la nulidad absoluta.

4. Alegatos para fallo y concepto del Ministerio Público

Por auto de 24 de agosto de 2000 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. El actor reiteró lo expuesto en su escrito de demanda. El demandado guardó silencio. La Procuraduría Quinta Delegada ante esta Corporación conceptuó que aunque el actor afirma que se trata de un “acto verbal” ya que “no obra en acta alguna”, en el plenario reposa copia del expediente disciplinario, en el que el abogado visitador “tuvo a la vista el documento contentivo del acto administrativo que aquí se cuestiona”.

Estimó que al constatar el objeto social de Cotranscesar aparece que no incluía actividades de explotación y exploración minera del carbón, sino compraventa y transporte, razón por la cual no podía ser destinataria de la adjudicación del subcontrato. En relación con el subcontrato, consideró que resulta improcedente la declaración de nulidad de un contrato que ni siquiera se perfeccionó y del cual la única declaración posible es la de su inexistencia, en tanto no se cumplió con el requisito de perfeccionamiento previsto en el artículo 80 “y en el plenario no obra

prueba alguna de la inscripción de este contrato en el Registro Minero, es decir que no se acreditó que el mismo se haya perfeccionado”.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

En cuanto hace a la distribución de los negocios entre las distintas secciones del Consejo de Estado el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1992,¹ modificado por el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, por el cual se adoptó el Reglamento del Consejo de Estado, dispuso que la Sección Tercera conoce de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros. En el *sub lite* concurren dos de las cuatro hipótesis regladas por la norma en cita como de conocimiento de esta Sección.

En efecto, el subcontrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El Tesoro, ubicado en el municipio de la Jagua de Ibirico de fecha 30 de diciembre de 1993 (visible en copia auténtica a fls. 5 a 12 c. ppal.) que se demanda, fue celebrado, según se expresa en el mismo, por el departamento del Cesar y la Comercializadora y Transportadora de Carbón del Magdalena-Cotranscesar Ltda., sociedad comercial.

Al respecto conviene hacer referencia a la naturaleza y régimen jurídico que para la época de su suscripción tenía este contrato, conforme a la regla general según la cual son aplicables a los contratos las normas vigentes a su celebración, prevista en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887².

Resulta pertinente llamar la atención sobre el hecho de que de conformidad con lo prescrito por los artículos 56 y 57 del Decreto Ley-2655 de 1988³ (Código Minero

¹ En desarrollo de lo dispuesto por el numeral 6º del artículo 237 de la Carta.

² Esta norma ordena que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, con excepción de lo previsto en sus numeral 1º y 2º. de esa disposición, que se refiere precisa y específicamente a “[l]as leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato” y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido”.

³ “Artículo 56. CONTRATOS MINEROS. Son contratos mineros los que crean derechos y obligaciones cuyo

vigente para la época de su celebración⁴), el negocio jurídico celebrado entre el departamento del Cesar y Cotranscesar Ltda., es un contrato minero, lo cual se confirma a partir de sus estipulaciones y en particular de lo dispuesto en su Cláusula Novena en la que se señala expresamente que se aplicará lo dispuesto en el Capítulo XX del Código de Minas.

De otro lado, el artículo 79 de la citada Codificación Minera⁵ previó que los contratos mineros celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado [el *sub examine* es un subcontrato del Contrato 023 de mediana explotación minera con exploración adicional celebrado entre Carbocol (empresa industrial y comercial del Estado) y el departamento del Cesar⁶], son de carácter administrativo, lo cual resultaba congruente con lo establecido por el numeral 6 del artículo 16 del Decreto-Ley 222 de 1983, por cuya inteligencia eran de esa naturaleza los contratos de explotación de bienes del Estado, no obstante que ellos se rigieran por las normas especiales de la materia que los gobierna⁷, como así también lo expresó el párrafo del citado artículo⁸.

objeto principal es la exploración, montaje de minas, explotación, y beneficio de minerales. Estos contratos, además de los requisitos que deben llenar por razón de su clase y naturaleza, deberán inscribirse en el Registro Minero.”

“Artículo 57. CLASES DE CONTRATOS MINEROS. Por la naturaleza de la entidad contratante y la forma y condiciones a que están sujetos, habrá dos clases de contratos mineros: Los de concesión, celebrados por el Ministerio de Minas y Energía y los de cualesquiera otras denominaciones y forma, celebrados por las entidades descentralizadas, adscritas o vinculadas a ese despacho, y cuyas materias se refieran a lo dispuesto en el artículo anterior.”

4 Este estatuto fue derogado expresamente por la Ley 685 de 15 de agosto de 2001, por la cual se expidió un nuevo Código Minero (art. 361).

⁵ “Artículo 79. LOS CONTRATOS MINEROS DE LAS EMPRESAS VINCULADAS. Los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculadas al Ministerio de Minas y Energía, cuyo objeto sea explorar y explotar áreas recibidas en aporte, son administrativos y sus cláusulas serán las que se acuerden en cada caso. Si versan sobre proyectos de gran minería, se ceñirán a las pautas y criterios generales que se establecen en los artículos 82 a 87 de este Código y a los lineamientos que periódicamente establezca el CONPES. A estos contratos no les serán aplicables las normas de la contratación administrativa ordinaria; la entidad contratante deberá incluir en ellos la cláusula de caducidad, y deberá establecer cuando fuere pertinente, la de renuncia a reclamación diplomática.

“Los contratos de las empresas que tengan por objeto la obtención o prestación de servicios o de interventoría o consultoría de cualquier clase, relacionados con la exploración o explotación minera y con la comercialización de minerales, son de derecho privado y contendrán las cláusulas que la ley exige para los contratos entre particulares.”

⁶ Obra copia auténtica a fls. 23 a 36 c. ppal.

⁷ Actualmente el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 prescribe: “DE LOS CONTRATOS DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE LOS RECURSOS NATURALES. Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse. Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley. En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los Tribunales Administrativos.” Sin embargo, debe entenderse esta

En definitiva, la Sección Tercera es competente para conocer de este asunto, habida cuenta que lo que se está discutiendo es la legalidad de un contrato de naturaleza minera, lo mismo que del acto de adjudicación del mismo. Y por tratarse de un asunto contractual minero, lo conoce privativamente y en única instancia el Consejo de Estado (art. 128 numeral 6 del CCA).

2. Lo que se demanda

El actor demandó, por una parte, el acto del Consejo de Gobierno del departamento del Cesar, de 28 de diciembre de 1993, a través del cual se escogió a la firma Comercializadora y Transportadora del Cesar Ltda.-Cotranscesar Ltda., como beneficiaria de la operación minera carbonífera de la mina El Tesoro, ubicada en el municipio de La Jagua de Ibirico, departamento del Cesar. Lo calificó, asimismo, como un “acto verbal” y por ello no lo acompañó con su escrito.

En cumplimiento de lo ordenado en el auto admisorio de la demanda, el Secretario Privado de la Gobernación del Cesar envió una serie de documentos relacionados con la escogencia de Cotranscesar como beneficiaria de la operación minera carbonífera citada (fls. 139 y ss. c. ppal.), sin embargo dentro de ellos no obra el acto administrativo impugnado.

norma de manera concordante con lo actualmente previsto en la Ley 685 de 15 de agosto de 2001, por la cual se expidió el nuevo Código de Minas, la cual constituye el marco jurídico especial para lo relacionado con ese tipo de contratos. En efecto, dispone el artículo 53 de esa ley: “Artículo 53. Leyes de Contratación Estatal. Las disposiciones generales sobre contratos estatales y las relativas a procedimientos precontractuales, no serán aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, ni a la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación de ésta, salvo las referentes a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17 del presente Código. En todas estas materias se estará a las disposiciones de este Código y a las de otros cuerpos de normas a las que el mismo haga remisión directa y expresa.”

8 El artículo 16 del Decreto Ley 222 de 1983 señalaba que “*Son contratos administrativos (...) 6. Los de explotación de bienes del Estado*” y su parágrafo prescribió que “*Los contratos de explotación de bienes del Estado se rigen por las normas especiales de la materia*”.

Por lo demás, según lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, por la cual se modifica el artículo 82 del código contencioso administrativo, a su vez modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, la asignación de competencia quedó determinada por la naturaleza de la entidad a juzgar y no de la función de la cual se deriva la controversia que plantea el litigio.

Aún antes de la expedición de esta ley, la Sala tenía determinado que con independencia del régimen de derecho aplicable a un contrato celebrado por entidad pública, su juzgamiento corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para cuando el objeto contractual está afecto al cumplimiento de función administrativa Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 16661, Actor: Nación – Ministerio de Minas y Energía, Auto de 8 de febrero de 2001, C.P. Ricardo Hoyos Duque. En igual sentido ver auto de 20 de agosto de 1998, Exp. 14.202.

Adicionalmente, en el plenario se encuentra una certificación de la Gobernación del Cesar con arreglo a la cual una vez “revisados minuciosamente los libros de Actas de Consejo de Gobierno no se encontró la correspondiente al 28 de diciembre de 1993” (documento original fls. 1 y 1 bis c. ppal. que se aportó con el escrito de demanda).

Para la Sala no son de recibo las apreciaciones tanto del actor como del Ministerio Público, en el sentido de que la sola referencia que aparece consignada en los considerandos del subcontrato de 30 de diciembre de 1993 con arreglo a la cual “(...) en Consejo de Gobierno celebrado el día 28 de diciembre de 1993, y previo el estudio efectuado por el Comité de Evaluación Departamental, se escogió a la firma Cotranscesar, para subcontratar dicha operación” (copia auténtica fls. 5 y 6 c. ppal.) es suficiente para “presumir” la existencia del acto que se impugna.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el inciso primero del artículo 139 del C.C.A., subrogado por el artículo 25 del Decreto 2304 de 1989, a la demanda el actor debe acompañar una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución. Por manera que al no haberse reunido el presupuesto de demanda en forma en este punto, habrá de proferirse decisión inhibitoria respecto del acto de adjudicación.

De otro lado, el demandante impugnó el subcontrato de servicios de minería correspondiente al predio El Tesoro, ubicado en el municipio de La Jagua de Ibirico suscrito entre el departamento del Cesar y la Sociedad Comercializadora y Transportadora de Carbón del Magdalena Ltda.-Cotranscesar Ltda., el 30 de diciembre de 1993 (copia auténtica fls. 5 a 12 c. ppal.), lo mismo que los otrosíes suscritos el 21 de febrero y el 8 de junio de 1994 (copia auténtica fls. 13 a 20 c. ppal.). Al haberse acompañado copia auténtica de estos documentos, la Sala contraerá su atención al estudio de los cargos formulados respecto de estos últimos.

3. Estudio de la censura

La Sala declarará la nulidad del subcontrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El Tesoro, ubicado en el municipio de la Jagua de Ibirico celebrado entre el departamento del Cesar y Contranscesar Ltda. que se

demanda, habida cuenta de que: i) la entidad contratante (departamento del Cesar) no estaba habilitada para suscribir el subcontrato atacado y ii) el contratista (Cotranscesar Ltda.) no tenía capacidad para celebrar el negocio jurídico impugnado.

Hay que señalar que dentro de las condiciones de validez del contrato ocupa lugar importante la capacidad de las partes, tanto de la de la persona jurídica contratante, como la de la persona jurídica contratista. Mientras respecto de la primera se aplica el principio de legalidad (arts. 6, 121, 122 superiores), en cuanto se refiere a la segunda se tiene claro que sólo puede ejecutar válidamente los actos para cuyo cumplimiento es creada, no otros⁹.

3.1 El departamento del Cesar no estaba habilitado para celebrar el negocio jurídico impugnado

La capacidad legal o de ejercicio, como elemento esencial para la existencia y validez del contrato, vale decir, la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, en las relaciones negociales del Estado, por lo que respecta a la entidad estatal contratante, suele manejarse bajo la noción de “*competencia*”¹⁰, expresión nítida del principio de legalidad (arts. 6, 121, 122 y 123 C.P.).

Como advierte la doctrina, mientras en el campo del derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, en el ámbito del derecho público la competencia supone un texto, de modo que si el órgano actúa fuera de competencia, el acto administrativo dictado es ilegítimo, tiene vicio de incompetencia y corresponde su nulidad.¹¹

En el *sub lite*, está acreditado que la Empresa Industrial y Comercial del Estado Carbones de Colombia S.A.-Carbocol y el departamento del Cesar celebraron el Contrato de mediana explotación carbonífera con exploración adicional No. 023 de 26 de abril de 1993 (copia auténtica fls. 23 a 36 c. ppal.), con base en la facultad

⁹ Uribe Holguín, Ricardo, *De las obligaciones y del contrato en general*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1980, p. 283.

¹⁰ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto de 21 de septiembre de 2000, Rad. 1.286, C. P. Augusto Trejos Jaramillo y Concepto de septiembre 18 de 1987, Rad. No. 143, C. P. Jaime Betancur Cuartas.

¹¹ Díez, Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Ed. Plus Ultra. pp. 132 y ss.

otorgada a Carbocol por el artículo 52 del Código de Minas, vigente para la época de los hechos¹².

Según la cláusula primera, las partes acordaron celebrar ese contrato en desarrollo de la solicitud, presentada por el contratista (departamento del Cesar) y aprobada por la Presidencia de Carbocol. El objeto principal se hizo consistir en el desarrollo de un proyecto carbonífero en su etapa de explotación sujetándose al Programa de Trabajos e Inversiones (P.T.I.), de que trata la cláusula octava, una vez sea aprobado por Carbocol, el cual constituye el anexo No. 2, con la obligación complementaria de realizar simultáneamente labores de exploración adicional, de acuerdo al Programa de Exploración que apruebe Carbocol (cláusula segunda).

Para lo que importa en este proceso, es preciso destacar que la cláusula décima sexta (aparatado 16.3) de este contrato, autorizó al contratista (departamento del Cesar) para subcontratar la operación minera libremente, por su cuenta y riesgo, con quien considerara conveniente. Para el efecto se estableció que debería únicamente inscribir el subcontrato en el Registro Minero Nacional.

En consonancia con esta estipulación, la cláusula octava del contrato en cita dispuso que el Contratista (departamento del Cesar) se obligaba a presentar a Carbocol (entidad contratante) en un plazo no superior a seis (6) meses, contados a partir de la fecha de perfeccionamiento de este contrato, el Programa de Trabajos e inversiones (P.T.I.) a desarrollar en el área, conforme a las especificaciones técnicas que se anexaron a ese documento y que hacen parte del mismo.

¹² "ARTICULO 52. CONTRATOS CON TERCEROS. La entidad titular del aporte podrá explorar y explotar el área o parte de ella, directamente o mediante contratos con terceros. Igualmente podrá aportar el derecho temporal a realizar dichas actividades como pago de acciones, cuotas o partes de interés que suscriba o tome en sociedades, en las condiciones establecidas en el Código de Comercio.

Al disolverse por cualquier causa y entrar en liquidación la sociedad a la cual la entidad descentralizada hubiere hecho el aporte comercial del derecho a explorar y explotar en las condiciones mencionadas en el inciso anterior, este derecho revertirá ipso facto a dicha entidad y en ningún caso será incluido en las diligencias y procesos de liquidación del patrimonio social, evento en el cual la entidad descentralizada que hizo el aporte restituirá al fondo social el valor equivalente al del derecho revertido, para los efectos de la liquidación. Tampoco será embargable por causa del pasivo externo o interno, salvo en el caso del artículo 206 de este Código.

Las características, condiciones y requisitos de estos contratos con terceros, serán las previstas en el capítulo IX de este Código."

También se pactó -al regular las normas de aplicación- que para todos los efectos a que haya lugar se entendía suscrito dentro de los términos y alcances del Código de Minas y sus normas reglamentarias (cláusula vigésima octava).

En armonía con esa cláusula, se previó que dicho contrato de mediana explotación carbonífera se consideraba perfeccionado una vez las partes contratantes lo suscribieran y se encontrara debidamente inscrito en el Registro Minero Nacional, de acuerdo con lo establecido en el capítulo XXXI del Código de Minas. Del mismo modo, se convino que el desarrollo de labores de explotación por terceras personas sin el cumplimiento de lo establecido en esa cláusula, constituía explotación ilegal de minerales conforme con el artículo 11 del Código de Minas cuya inobservancia hace incurrir en las sanciones del Código Penal (cláusula vigésima novena).

Conviene no perder de vista que el artículo 80 del Código de Minas (Decreto 2655 de 1988)¹³, vigente para la época de los hechos, se ocupó de regular los requisitos de perfeccionamiento de este tipo de negocios jurídicos y al hacerlo dispuso que los contratos mineros celebrados por los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado que por sus características, metas propuestas y la extensión del área, puedan calificarse como de gran minería, requerirán para su perfeccionamiento y ejecución, únicamente, la aprobación del Ministerio, previa a su inscripción en el Registro Minero.

Igualmente, la disposición en cita ordenó que los contratos que se celebren con pequeños y medianos mineros sobre áreas comprendidas en los aportes, no necesitan más formalidad que su inscripción en el Registro. A voces del artículo 1500 del CC el negocio jurídico en referencia es un **contrato solemne**, habida cuenta de que está sujeto a la observancia de formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil.

En síntesis, esa **formalidad especial** a que está sujeta la formación de este tipo de contratos [inscripción en el registro minero], que fue impuesta por el legislador en atención a su especial naturaleza, constituye una solemnidad legal *ad existentiam actum*.

¹³ Derogado por el artículo 362 de la Ley 685 de 2001

No obstante, y en franca rebeldía de lo dispuesto claramente por el legislador extraordinario y lo pactado en ese contrato, se procedió a celebrar el subcontrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El Tesoro, ubicado en el municipio de la Jagua de Ibirico, entre el departamento del Cesar y Cotranscesar Ltda. que se demanda, sin que el contrato principal, esto es el No. 023 de 1993 celebrado entre Carbocol S.A. y dicho departamento, se hubiese perfeccionado.

En efecto, está acreditado en el plenario que antes de que se radicara la solicitud de inscripción¹⁴ en el Registro Minero del Contrato 023 de 1993 suscrito el 26 de abril de 1993, entre Carbocol y el departamento del Cesar, se procedió a celebrar el subcontrato (el 30 de diciembre de 1993) que se impugna, entre ese departamento y Cotranscesar Ltda.

Así se desprende de la prueba documental que obra en el plenario (copia auténtica del subcontrato de 23 de diciembre de 1993, fls. 5 a 12 c. ppal.; copia auténtica de las comunicaciones de los oferentes a fls. 48 a 55, 67 a 73, 139 a 140, 157 a 166, 185 a 186 y 197 a 206, c. ppal.; copia auténtica del acta de evaluación a fls. 56 a 62 y 178 a 184 c. ppal.).

Es procedente anotar que a fls. 88 y 89 del c. ppal. obra copia auténtica de la Resolución 784 de 25 de julio de 1995, expedida por el Ministerio de Minas que da cuenta de que el trámite de inscripción en el registro minero del contrato principal No. 023 de 1993, suscrito por Carbocol S.A. y el departamento del Cesar, se comenzó a adelantar el 17 de mayo de 1994, esto es, con posterioridad a la adjudicación y celebración del subcontrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El Tesoro, ubicado en el municipio de la Jagua de Ibirico, suscrito entre el departamento del Cesar y Cotranscesar Ltda., objeto de esta demanda¹⁵.

La ineficacia del negocio jurídico principal [Contrato No. 023 de 1993 celebrado entre Carbocol S.A. y el departamento del Cesar], al no reunir las formalidades *ab substantiam actus*, afecta -en tanto que no produjo efectos jurídicos- de nulidad el subcontrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El

¹⁴ El 17 de mayo de 1994 bajo el número No. 18319.

¹⁵ Por lo demás en ese acto administrativo se determinó archivar el expediente contentivo de la solicitud de inscripción en el Registro minero radicada con el no. 18319, en virtud de lo dispuesto por el artículo 8º del C.C.A.

Tesoro suscrito entre el departamento del Cesar y Cotranscesar Ltda. que se impugna, en tanto este último es desarrollo de aquel.

En otros términos, al no producir los efectos jurídicos deseados el contrato 023 de abril 26 de 1993 suscrito entre Carbocol y el departamento del Cesar, se vio necesariamente truncada la posibilidad de adelantar el proceso de celebración del subcontrato de servicios de minería demandado.

Por manera que está acreditado, que la entidad estatal contratante no tenía capacidad (competencia) o habilitación jurídica para celebrar el subcontrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El Tesoro y ello es motivo suficiente para que el cargo formulado prospere.

Adicionalmente, se advierte, no sólo la falta de capacidad desde la perspectiva de la entidad estatal, sino que también se avizora desde la orilla del contratista particular favorecido con la adjudicación, como pasa a verse.

3.2 El contratista no tenía capacidad para celebrar el contrato que se enjuicia

Está acreditado que el objeto social del subcontratista [Cotranscesar Ltda.] al momento de la celebración del subcontrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El Tesoro que se demanda (copia auténtica, fls. 5 a 12 c. ppal.), no incluía actividades de explotación y exploración minera del carbón.

Conviene reiterar que entre Carbones de Colombia S.A. Carbocol y el departamento del Cesar se suscribió un contrato cuyo objeto principal es el desarrollo de un proyecto carbonífero en su etapa de explotación sujetándose al Programa de Trabajos de Inversiones (P.T.I.) con la obligación complementaria de realizar simultáneamente labores de explotación adicional, de acuerdo con el programa de Explotación que apruebe Carbocol S.A.

Es procedente insistir en que en la cláusula decimasexta del citado contrato principal, se determinó que el departamento podía subcontratar la operación minera libremente, por su cuenta y riesgo, con quien considerara conveniente, para lo cual se requería inscribir el subcontrato en el Registro Minero Nacional. Adicionalmente, cualquier subcontrato derivado del contrato de explotación debía

realizarse en los términos y condiciones del contrato principal y del régimen jurídico aplicable.

No obstante, de acuerdo con el Certificado de existencia y representación legal de la Comercializadora y Transportadora de Carbón del Cesar Ltda.-Cotranscesar Ltda. [subcontratista], expedido por la Cámara de Comercio de Santa Marta y fechado el 28 de enero de 1994, el objeto social de la sociedad “es la explotación del negocio de compraventa de carbón y el transporte terrestre de carga de todas las clases y especificaciones, en vehículos automotores de diversas capacidades y características, propios o afiliados. La prestación de servicio de alquiler para el cargue y descargue de productos a granel. En desarrollo de este objetivo la sociedad podrá ejecutar toda clase de actos de comercio o industria tales como la compra, venta y explotación de establecimiento de comercio o empresas industriales, dar y recibir dinero en mutuo de entidades particulares u oficiales, bancarias y en general todos los demás actos jurídicos lícitos de comercio o industria que estén directamente o indirectamente relacionados con el objeto principal” (original, fls. 78 a 80 c. ppal.).

En idéntico sentido aparece consignado el objeto social de la citada sociedad, en el artículo 3 de la escritura n.º 878 de constitución de la sociedad, expedida por la Notaría Segunda del Círculo de Santa Marta, con fecha 12 de marzo de 1993 (copia auténtica, fls. 84 a 87 c. ppal.).

Es de notar que el artículo 19 del Decreto 2655 de 1988, entonces vigente Código de Minas, al regular la “capacidad”, señaló que toda persona natural, nacional o extranjera, legalmente capaz, puede ser titular de licencias de exploración, licencias de explotación y contratos mineros. Y al referirse a las personas jurídicas dispuso que también pueden serlo “si en su objeto se han previsto las actividades mineras de exploración y explotación”.

De manera que Cotranscesar Ltda. no podía suscribir con el departamento del Cesar el subcontrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El Tesoro, ubicado en el municipio de la Jagua de Ibirico. Y al celebrarlo las partes se quebrantó el claro mandato legal contenido en el citado artículo 19 del Decreto 2655 de 1988, en tanto no podía hacerse con una firma que no preveía en su objeto social la exploración y explotación minera del carbón.

Ahora, según certificado de existencia y representación legal de fecha 27 de mayo de 1994, esto es expedido con posterioridad a la fecha de suscripción del subcontrato impugnado [30 de diciembre de 1993], el objeto social de Cotranscesar Ltda. es en adelante la “prospección, explotación, explotación (sic), beneficio, fundición, transformación, acopio, transporte, aprovechamiento y comercialización del carbón y sus derivados o cualquier otro recurso natural renovable o no, que se encuentre en el suelo o subsuelo, incluidos los espacios marítimos, ya sean de propiedad nacional o de propiedad privada (...)” (copia auténtica, fls. 90 a 94 c. ppal.).

A juicio de la Sala esta ilegalidad evidente -que también afecta de nulidad el subcontrato demandado- no desaparece, por la sola circunstancia de que los estatutos de la sociedad adjudicataria hayan sido objeto de modificación con posterioridad a la celebración del mismo en punto del objeto social.

En otras palabras, la capacidad jurídica del favorecido se debe evaluar al momento mismo en que la Administración toma la decisión de adjudicar y celebrar el subcontrato respectivo, pues es entonces -y no después- que debían cumplirse los requisitos de ley que lo habilitaran para desplegar la actividad minera.

Es menester recordar que la capacidad puede revestir dos formas: i) capacidad jurídica o de goce: que hace referencia a la idoneidad que tienen todas las personas para ser titulares de derechos. Es un atributo propio de las personas (art.14 de la C.P.), pues todas la tienen por el sólo hecho de serlo; y ii) capacidad de ejercicio o de obrar, que se refiere a la aptitud de ejercer por sí mismo sus derechos sin requerir de la autorización de otra persona, y no es atributo propio de la persona, porque hay personas que son incapaces, es decir, sujetos que no pueden ejercer sus derechos por sí mismos.

Por lo tanto, la capacidad legal que interesa para el estudio del cargo es la segunda, la **capacidad para contratar**, esto es, aquella que consiste en la aptitud jurídica para poderse obligar válidamente una persona por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Al respecto, es importante destacar que el citado artículo 19 del Código de Minas -entonces en vigor- preveía que las personas jurídicas podrían ser titulares de licencias de exploración, de licencias de explotación y de contratos mineros si y

solo si en su objeto se habían previsto las actividades mineras de exploración y explotación. O lo que es igual, con arreglo a esa norma de orden público sólo tenían capacidad para celebrar contratos mineros las personas jurídicas que reunieran esa condición de aplicación de la norma y por ello sólo tenía aptitud de obligarse válidamente si su objeto social preveía dichas actividades.

En tal virtud, sólo era viable celebrar el respectivo subcontrato, tratándose de personas jurídicas, cuando éstas tuvieran capacidad legal para contratar al tenor de su objeto social.

La Sala encuentra que en el caso concreto al suscribirse el subcontrato de servicios de minera del proyecto correspondiente al predio El Tesoro, ubicado en el municipio de la Jagua de Ibirico, entre el departamento del Cesar y Cotranscesar Ltda. a todas luces se infringió lo dispuesto por el artículo 19 del Decreto 2655 de 1988, toda vez que está acreditado que el subcontratista no tenía capacidad para celebrarlo.

Dicha irregularidad acarrea la nulidad del subcontrato impugnado y así habrá de declararse, como quiera que se trata de una ilegalidad grotesca o protuberante, que compromete indudablemente la legitimidad del subcontrato acusado.

Síguese de todo lo anterior que merced a la doble ilegalidad que se cierne sobre el subcontrato, se impone decretar su anulación, dada la incapacidad absoluta de las dos partes contratantes y la violación del derecho público de la Nación, esto es de normas imperativas (arts. 1519 C.C. y 899 C.Co.), configurándose sin asomo de duda causal de nulidad absoluta del negocio jurídico *sub judice*.

Finalmente, en estos eventos en que en éste se decreta la nulidad del negocio jurídico atacado, el juzgador debe proceder a determinar el reconocimiento y pago de las prestaciones mutuas. Sin embargo, como en el plenario no obra prueba alguna sobre la ejecución del subcontrato enjuiciado, la Sala se abstendrá de pronunciarse al respecto.

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

FALLA

PRIMERO.- INHIBESE para decidir, por las razones expuestas en la parte motiva, respecto del acto del Consejo de Gobierno del departamento del Cesar de fecha 28 de diciembre de 1993, a través del cual se afirma que se escogió a la firma Comercializadora y Transportadora del Cesar Ltda.-Cotranscesar Ltda., como beneficiaria de la operación minera carbonífera de la mina El Tesoro, ubicada en el municipio de la Jagua de Ibirico, departamento del Cesar.

SEGUNDO.- DECLARASE LA NULIDAD ABSOLUTA del subcontrato de servicios mineros de 30 de diciembre de 1993, suscrito entre el departamento del Cesar y la firma Comercializadora y Transportadora del Cesar Ltda. y de sus otrosíes de 21 de febrero y 8 de junio de 1994.

TERCERO.- Sin lugar a disponer sobre restituciones mutuas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta

RUTH STELLA CORREA PALACIO

DANILO ROJAS BETANCOURTH