

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

Consejera Ponente (E): GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ

Bogotá, D. C., nueve (9) de febrero de dos mil once (2011).

Radicación : 200012331000199703550 01
Expediente : 15686
Demandante: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -
EATCOM-.
Demandado: Municipio de Valledupar.
Naturaleza: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el día 23 de julio de 1998, en cuya parte resolutive se dispuso:

"PRIMERO.- Declarar la nulidad de los artículos cuarto y quinto de la resolución 000829 de 11 de julio de 1997, proferida por el Alcalde Municipal de Valledupar.

"SEGUNDO. Declarar la nulidad de la resolución 000829 de 11 de julio de 1997 en lo atinente a los artículos cuarto y quinto de la resolución 000708 de 17 de junio de 1997 dictada por el Alcalde Municipal de Valledupar.

"TERCERO.- Es entendido que el Municipio de Valledupar, no entregará a la Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario "eatcom", ninguno de los bienes objeto del contrato de comodato suscrito entre demandante y demandado.

"CUARTO.- En firme esta providencia, archívese el expediente".

1. Antecedentes.-

1.1 La demanda.

La Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario "EATCOM", persona jurídica de derecho privado, actuando por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

demanda el día 1º de diciembre de 1997 contra el municipio de Valledupar, con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad parcial de la Resolución No. 000708 del 17 de junio de 1997 y la nulidad total de la Resolución No. 000829 del 11 de julio de 1997, proferidas por el municipio de Valledupar, para lo cual formuló las siguientes pretensiones.¹

1.1.1. Las Pretensiones.

"Solicito la nulidad de los artículos primero, cuarto, quinto de la Resolución No. 000708 del 17 de junio de 1997 y la totalidad de los Artículos contenidos en la Resolución No. 000829 de julio de 11 de 1.997, que confirma la primera en todas sus partes.

"Que como consecuencia de lo anterior, se declare que la Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario "Eatcom", no está obligada a pagar el diez por ciento (10%) del valor del Comodato a título de pena, estipulado a favor del municipio de Valledupar.

1.1.2. Hechos.

Como fundamento de las pretensiones, el demandante expuso los siguientes hechos:

"Primero.- El Municipio de Valledupar suscribió Contrato de Comodato con la Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario "Etacom", en Agosto 13 de 1.993, con el objeto de entregarle el ente oficial al ente asociativo, maquinaria y equipos con el fin de que esta última entidad realizara la Adecuación, Conservación, Mantenimiento, y arreglo de vías y veredas en el Municipio de Valledupar. Dicho Contrato fue pactado a siete (7) años.

"Segundo.- En virtud de tal contrato el Municipio hizo entrega de unos equipos y vehículos al Contratista en préstamo de uso. En la cláusula (sic) octava se pactó que el comodatario deberá asegurar por el equivalente al ciento por ciento del valor de los bienes dados en comodato, en una Compañía de Seguros legalmente constituida por los riesgos de incendio, robo, pérdida a favor del comodante, o sea del Municipio.

"Tercera.- También fue objeto de estipulación en el Contrato de Comodato que el Municipio se obligaba a celebrar "Todos" los Contratos relativos a la conservación, mantenimiento, adecuación y arreglo de las vías veredales durante la vigencia del Contrato (ver cláusula séptima del contrato que adjuntamos).

"Cuarto.- El Municipio de Valledupar no cumplió esta última cláusula y desde abril de 1.995, con el cambio que hubo de Alcalde, dio Contrato a más de sesenta y nueve (69) contratistas, debilitando a un extremo de penuria económica al comodatario, que le impidió renovar la póliza que mantenía la

¹ Folios 26 a 30.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

Empresa Asociativa de Trabajo comunitario (sic) "Eatcom", pero hasta Noviembre de 1.996, se vino a dar el incumplimiento de esta entidad, en esta obligación, cuando las reiteradas violaciones a la cláusula séptima del Contrato venían desde hacía más de año y medio.

"Quinto.- El Municipio de Valledupar dio por terminado unilateralmente el Contrato de Comodato con la Resolución No. 000708 del 17 de junio de 1.997, aduciendo la no renovación de la Póliza como motivo de incumplimiento. En tal documento se dispone hacer efectiva la cláusula novena del Contrato o sea el pago del 10% del valor del Comodato a título de pena.

"Sexto.- Con fecha de 1º de julio de 1.997, el comodatario hace uso del recurso de reposición, aduciendo la *exceptio non adimpleti contractus*, y demostrando que el Municipio había incumplido antes, en más de sesenta y nueve (69) veces al adjudicar contratos de la naturaleza de los pactados para la realización en su totalidad por parte de Eatcom, violando esas tantas ocasiones la cláusula séptima del contrato dicho, postrando económicamente a la entidad comodataria, hasta el extremo de no poder disponer monetariamente para renovar la póliza, de por sí cuantiosa.

"Séptimo. El recurso es resuelto desfavorablemente por la Resolución No. 000829 de julio 11 de 1.997, confirmando la anterior Resolución en todas sus partes...."

1.1.3. Normas violadas y Concepto de Violación.-

Adujo que los actos administrativos cuestionados transgreden los artículos 20 y 29 de la Constitución Política y 18 de la Ley 80 de 1993, este último por omisión.

Explicó que el municipio de Valledupar, equivocadamente declaró la terminación unilateral del contrato, pues los supuestos aducidos por la administración podrían ubicarse, hipotéticamente, en la caducidad administrativa.

En efecto, sostuvo que la terminación unilateral resulta procedente ante el acaecimiento de situaciones jurídicas distintas al incumplimiento del contrato, particularmente cuando ocurre alguna de las siguientes hipótesis:

1.- cuando las exigencias del servicio público lo requiera o la situación de orden público lo imponga.

2.- Por la muerte o incapacidad física permanente del contratista si es persona natural, o por la disolución de la persona jurídica del contratista.

Expediente 15.686.

Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

3.- Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4.- Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que detecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Afirmó que ninguno de los supuestos antes enunciados motivó la terminación unilateral del contrato, *stricto sensu*, la motivación eventualmente podría subsumirse en un supuesto de caducidad del contrato como forma de terminación, admitiendo en gracia de discusión que la demandante hubiera incurrido en incumplimiento de las obligaciones contractuales. Con todo, de admitir que la declaración de terminación unilateral resultaba viable, ésta no conlleva la imposición de la sanción pecuniaria.

Finalmente señaló:

"Ha habido una interpretación errónea de la Ley 80 de 1993 en los Artículos 17 y 18 por parte del funcionario que dictó el acto; en este caso se centraría la ley dándole una aplicación equivocada, con un procedimiento incorrecto. El artículo 29 de la C.N., dice que el debido proceso se aplicará en toda clase de actuaciones administrativas. Ya vemos como en el asunto sub - lite no la hubo.

"De otro lado el artículo 20 de la Corte (sic) establece que los funcionarios no pueden hacer sino aquello que la Ley les ordene y por tanto no aborda legalmente cuando adicionan exigencias distintas a las demandadas por las normas."

1.2. Actuación Procesal.

Mediante auto del 5 de diciembre de 1997, el Tribunal Administrativo del Cesar admitió la demanda, ordenó la notificación personal de la providencia al señor Alcalde del Municipio de Valledupar y al señor Agente del Ministerio Público y dispuso la fijación en lista del negocio.²

1.3. La contestación de la demanda.

² Folio 31.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-.
Nulidad y restablecimiento del derecho.

El Municipio de Valledupar, por intermedio de apoderado judicial debidamente constituido y reconocido como tal en el proceso, contestó la demanda dentro de la oportunidad que para el efecto prescribe la ley. En su escrito se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En relación con los hechos admitió algunos como ciertos, negó otros y pidió la prueba de los restantes.

Como razones de la defensa, el municipio sostuvo que la demandante realizó una interpretación distorsionada de las cláusulas del contrato de comodato y por la misma razón concluyó que el municipio había incurrido en incumplimiento de sus obligaciones. En efecto, el municipio no podía contraer la obligación de "adjudicar" todos los contratos que tuvieran por objeto la conservación, mantenimiento, adecuación y arreglo de las vías veredales a la comodataria, pues una estipulación en tal sentido trasgrediría los preceptos contenidos en la ley 80 de 1993 que consagran el principio de transparencia y el deber de selección objetiva del contratista.

Por otra parte, sostuvo que el comodatario tenía la obligación de constituir una póliza de seguros que amparara los bienes entregados a título de comodato por parte del municipio, según lo estipularon las partes en la cláusula octava del contrato y en caso de incumplimiento de las obligaciones del comodatario, las partes convinieron el pago de una pena pecuniaria equivalente al 10% del valor del contrato.

La demandante no cumplió la obligación de mantener las garantías requeridas, pues la compañía aseguradora revocó las pólizas por falta de pago, de tal suerte que al configurarse el incumplimiento de las obligaciones a cargo del comodatario, la única forma de hacer exigible la cláusula pena pecuniaria fue, precisamente, declarando el incumplimiento del contrato a través del acto administrativo acusado.

Añadió: "...En armonía con lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil, el artículo 1546 del mismo cuerpo legal dispuso, que en los contratos bilaterales, si uno de los contratantes no cumple lo pactado, opera la condición resolutoria y en tal caso, por ministerio de la ley se faculta al otro

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-.
Nulidad y restablecimiento del derecho.

*contratante para pedir a su arbitrio, o el incumplimiento (sic) del contrato o su resolución, en ambos casos con la indemnización de perjuicios correspondientes..."*³

1.4.- Los alegatos de primera instancia.-

1.4.1.- El apoderado de la parte demandada reiteró las razones de la defensa y en ese sentido cuestionó nuevamente la cláusula contractual a través de la cual el comodante se obligaba a celebrar todos los contratos referentes a la conservación, mantenimiento, adecuación y arreglo de vías veredales del municipio de Valledupar con el comodatario, disposición que consideró violatoria del derecho a la libre competencia.

Por otra parte, sostuvo que dentro del expediente obra el oficio suscrito el día 2 de marzo de 1998 por la Gerente de la Agencia Barranquilla de la Aseguradora Solidaria de Colombia que acompañó con los anexos de las pólizas 000618, 000619, 000620, 005836, 005837, 005838, 005839 donde consta que las mismas fueron revocadas por falta de pago. Con lo anterior, la parte demandada acreditó, según su afirmación, que el comodatario incumplió las obligaciones que surgieron del contrato⁴.

1.4.2.- La parte demandante y el señor Agente del Ministerio Público guardaron silencio.

1.5.- La sentencia recurrida.-

El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante sentencia proferida el 23 de julio de 1998, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En efecto, declaró la nulidad de los artículos cuarto y quinto de la Resolución No. 000708 del 17 de junio de 1997 y la nulidad de la Resolución 000829 del 11 de julio de 1997 "...en lo atinente a los artículos cuarto y quinto de la resolución 000708 del 17 de junio de 1997...". Por otra parte, dispuso que

³ Folios 36 a 40.

⁴ Folios 110 a 112.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-.
Nulidad y restablecimiento del derecho.

el municipio de Valledupar no haría entrega a la Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario "EATCOM" de "...ninguno de los bienes objeto del contrato de comodato suscrito entre el demandante y demandado...".

Como fundamento de la decisión, en síntesis, sostuvo lo siguiente:

"...La Administración al expedir los actos acusados, invocó los artículos 17 y 61 de la ley 80 de 1993 para sustentar su decisión...", sin embargo, no hizo alusión a ninguna de las causales contenidas en la primera de las normas señaladas para proceder a la terminación unilateral del contrato, por el contrario, adujo que la terminación unilateral se fundamentaba en el incumplimiento de las obligaciones por parte del comodatario, de manera que, a juicio del Tribunal, "...no hubo congruencia entre la motivación de los actos y el contenido de la parte resolutive....".

Sostuvo que "...Si lo que hubo fue incumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista, entonces debió declararse la caducidad del contrato, pero no darlo por terminado unilateralmente, por no haberse configurado alguna de las causales estipuladas en el artículo 17 de la ley 80 de 1993...", porque la causal de incumplimiento no se subsume en ninguno de los supuestos hipotéticos contenidos en la norma; de hecho, la terminación unilateral procede cuando surgen situaciones que hacen "...poco conveniente..." continuar la ejecución del contrato, en tanto la caducidad "...conlleva..." la imposición de sanciones por incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Por otra parte, el Tribunal analizó el contenido de las cláusulas contractuales para establecer si se presentó el hecho constitutivo del incumplimiento.

En efecto, precisó:

"...La parte actora sostiene que el Municipio violó el contenido de la cláusula séptima, por cuanto celebró contratos relativos a la conservación, mantenimiento, adecuación y arreglo de vías veredales, con personas distintas al comodatario.

Expediente 15.686

Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

"Esta afirmación es valedera y está corroborada con el documento suscrito por la misma Administración visible a folio 96, en el cual admite haber celebrado varios contratos, con personas naturales y jurídicas, para la conservación, mantenimiento, construcción, adecuación y arreglo de vías en el Municipio...."

(...)

"...Por su parte, la Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario "Eatcom", desconoció el contenido de la cláusula octava, al no mantener asegurado el valor (sic) de los bienes dados en comodato..."

(...)

"...Lo que no está claramente definido es cuál de las partes en conflicto, incumplió primero lo pactado.

"Pero lo único cierto, indubitable, incontrovertible, es que ambas partes incumplieron los términos contractuales...."

Finalmente sostuvo que frente al incumplimiento de los dos contratantes ninguno se hallaba en mora de cumplir lo pactado y no podía exigir el uno del otro el cumplimiento de las obligaciones.

"...Probado como se encuentra que el Municipio al expedir los actos acusados declarando la terminación unilateral del contrato, invocando una cláusula distinta de las contempladas en el artículo 17 de la ley 80 de 1993 violó dicha norma e igualmente, se probó que incumplió el contenido de la cláusula séptima contractual, ninguna razón le asistía para sancionar a la Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario, no obstante que ésta también había incumplido el contrato...."

En conclusión, el Tribunal decidió mantener incólume la decisión adoptada por el municipio en cuanto declaró terminado el contrato, sin embargo, sostuvo que por razones de "equidad" no resultaba admisible que la empresa comodataria fuera sancionada por el municipio cuando éste también había incumplido las obligaciones contractuales⁵.

1.6 El recurso de apelación.

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia proferida por el Tribunal, el señor apoderado de la parte actora solicitó la complementación del fallo, solicitando que se pronunciara expresamente sobre la legalidad del ordinal primero de la Resolución No. 000708 del 17 de junio de 1997.

⁵ Folios 144 a 155.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

Sostuvo que mientras en la parte motiva de la providencia se afirma que la resolución se mantendrá "en firme" en cuanto declaró terminado unilateralmente el contrato, en la parte resolutive no se hace ningún pronunciamiento al respecto. Por otra parte, cuestionó la sentencia porque en la misma fueron consignados dos planteamientos antagónicos.

En efecto, al tiempo que consideró abiertamente ilegal la decisión de terminar unilateralmente el contrato, la misma sentencia consideró adecuado mantener incólume el acto administrativo en cuanto a tal extremo, desconociendo así la afirmación realizada respecto de la ilegalidad de la actuación de la administración.

En el mismo escrito, el señor apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal, con la finalidad de obtener la declaración expresa de nulidad del numeral primero de la Resolución No. 000708 del 17 de junio de 1997.

A tal efecto, discurrió así:

"a) Demostrado y aceptado por el Honorable Tribunal en la misma sentencia que recurrimos, que no era procedente declarar la terminación unilateral del contrato, sino la caducidad, pues la fundamentación de las resoluciones de la administración municipal que hemos demandado, se basa en un presunto incumplimiento por parte del contratista, mal podrían aquellas confeccionarse con hipótesis que se contemplan para una terminación unilateral. Se hace indispensable, pues, un pronunciamiento de fondo sobre el petitum de la demanda en la orientación de declarar también la nulidad del artículo primero de la resolución No. 000708 de junio 17 de 1997, confirmada por la resolución número 000829 de julio 11 de 1997.

"b) Por otra parte, de la soia lectura del petitum de la demanda y de la parte resolutive de la sentencia recurrida, se observa sin ninguna dificultad que lo decidido en el numeral tercero de esta última no fue suplicado en el libelo incoativo, razón por la cual consideramos encontramos ante un típico caso de pronunciamiento extra petita".

La complementación de la sentencia en los términos deprecados por la parte actora fue negada por el Tribunal mediante providencia del 18 de agosto de 1998, no obstante, en la misma providencia adicionó un ordinal a la

⁶ Folios 157 y 158.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

parte resolutive de la sentencia, del siguiente tenor literal⁷:

"El punto quinto de la sentencia quedará así: Deniéganse las demás súplicas de la demanda".

El recurso de apelación fue concedido mediante auto del 31 de agosto de 1998⁸ y admitido por esta Corporación mediante providencia del 13 de noviembre de 1998⁹.

1.7.- Alegatos de conclusión en segunda instancia.-

1.7.1. **La parte demandada** insistió en los argumentos esbozados en los alegatos de conclusión de primera instancia, razón por la cual solicitó revocar la sentencia impugnada y en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

1.7.2.- **La parte actora** guardó silencio en esta etapa procesal.

1.8.- Concepto del Ministerio Público.

Dentro del término del traslado, la representante del Ministerio Público rindió concepto manifestando su desacuerdo con la decisión del a quo.

Sostuvo que si bien el municipio de Valledupar invocó el artículo 17 de la ley 80 de 1993 como fundamento para terminar unilateralmente el contrato, lo cierto es que la naturaleza del acto administrativo no está determinada por la denominación que se le otorgue, ni por la norma que se invoque para proferirlo, sino por el contenido material del mismo y la subsunción de las disposiciones contenidas en el acto, en las normas que prevén los supuestos hipotéticos correspondientes.

En ese sentido, a juicio de la representante del Ministerio Público, la decisión de la administración correspondió materialmente a la declaratoria de caducidad del contrato.

⁷ Folios 163 a 165.

⁸ Folio 169.

⁹ Folio 183.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

Precisamente, la motivación del acto administrativo no correspondió a ninguna de las hipótesis previstas por el artículo 17 de la ley 80 de 1993, para proceder a la terminación unilateral del contrato, sino que se ubica en los supuestos que dan lugar a la caducidad del mismo en los términos consagrados por el artículo 18 ibídem.

La decisión de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria es extraña a la declaratoria de terminación unilateral del contrato, mientras que resulta consustancial a la declaratoria de caducidad administrativa.

La caducidad administrativa constituye una forma de terminación unilateral del contrato, que debe ser declarada cuando exista incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista, de tal suerte que la omisión en el sentido de hacer expresa alusión a la declaración de caducidad no desnaturaliza el contenido esencial de la decisión.

Con fundamento en lo anterior, sostuvo que, a su juicio, el Tribunal se equivocó al fundar la decisión anulatoria en las imprecisiones en él contenidas, pues si bien no es un verdadero "modelo de técnica jurídica", del acto se puede deducir con cierta claridad las razones que motivaron la decisión y las consecuencias jurídicas de la misma, lo cual permite inferir la verdadera naturaleza jurídica del acto administrativo.

Por otra parte, consideró que las razones aducidas por la administración para adoptar las decisiones objeto de cuestionamiento, se ajustaban a las exigencias previstas por el artículo 18 de la ley 80 de 1993 para declarar la caducidad del contrato, en tanto se encuentra acreditado que la empresa comodataria incumplió con la obligación estipulada en la cláusula octava del contrato referente a constituir y mantener vigentes las garantías que amparaban los bienes objeto del comodato.

Pese a lo anterior la parte demandante alegó que el municipio de Valledupar carecía de la facultad para terminar el contrato por incumplimiento, por cuanto la administración comodante había incumplido las obligaciones contractuales contraídas en virtud de la cláusula séptima del

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

contrato cuyo contenido es el siguiente: "El Municipio se obliga a celebrar todos los contratos relativos a la conservación, mantenimiento, adecuación y arreglo de vías veredales en el Municipio de Valledupar con el comodatario."

Sostuvo que, dentro del expediente, se encuentra acreditado que la administración no cumplió tal estipulación contractual, sin embargo, dicha cláusula es nula de nulidad absoluta, por cuanto se halla viciada de objeto ilícito, en la medida en que riñe con normas de derecho de carácter imperativo, particularmente desconoce los preceptos contenidos por los artículo 24 y 25 de la ley 80 de 1993 que consagran el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, en consecuencia, el comodatario no podía exigir el cumplimiento de dicha obligación o excusar su incumplimiento, en el incumplimiento previo de dicha obligación por parte de la administración.

Y añadió:

"...Entonces, siendo que la administración no podía cumplir, la misma podía a su vez exigir a la empresa contratista el cumplimiento de sus correlativas obligaciones?"

"Piensa el Ministerio Público que no, por cuanto el cumplimiento de la cláusula relativa al otorgamiento de la póliza de garantía de los bienes se justificaba para la contratista en tanto y en cuanto su cocontratante cumpliera, a su vez, con la parte del objeto del contrato que le competía, pues se trata de obligaciones muy íntimamente ligadas.

"Significa lo anterior que la administración carecía de la facultad de declarar la caducidad del contrato y, por tal razón, lo procedente en el presente caso es la anulación de los actos administrativos demandados, pero no parcialmente como lo hizo el Tribunal, sino en su totalidad.

"Como la situación resultante será la vigencia de un contrato viciado de nulidad absoluta, el Ministerio Público solicita al Consejo de Estado declarar de oficio la nulidad del contrato celebrado entre las partes.

"Se podría alegar para efectos de descartar la posibilidad de adoptar la anterior determinación que no es posible hacer más gravosa la situación del apelante único, dado que, en virtud de la cuantía de la condena impuesta, no procede su revisión en el grado jurisdiccional de consulta, sin embargo, considera la Delegada, que cuando se trata de la configuración de una causal de nulidad absoluta del contrato, como en el presente caso, el juez contencioso puede, de oficio, declarar la nulidad del mismo, no obstante, las limitantes de tipo procesal existentes..."¹⁰

¹⁰ Folios 189 a 199.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-.
Nulidad y restablecimiento del derecho.

CONSIDERACIONES.

La demanda se encuentra dirigida a obtener exclusivamente la nulidad de los artículos primero, cuarto y quinto de la Resolución No. 000708 del 17 de junio de 1997 y la totalidad de la Resolución No. 000829 del 11 de julio de 1997 y la consecuencial declaración afínente a que la demandante no se halla obligada a pagar el 10% del avalúo de los bienes entregados en comodato, a título de pena pecuniaria.

La Sala abordará los temas planteados en el siguiente orden: *i)* La competencia de la Sala para conocer del asunto; *ii)* El objeto del recurso de apelación *iii)* La prueba recaudada *iv)* Lo probado dentro del proceso *v)* El cargo de nulidad contra los actos administrativos demandados *vi)* La pretensión de restablecimiento del derecho; *vii)* La nulidad absoluta parcial del Contrato; y, *viii)* Condena en costas.

i.- La competencia de la Sala para conocer del asunto.-

La Sala es funcionalmente competente para conocer, en segunda instancia del presente proceso, proveniente del Tribunal Administrativo del Cesar, por vía de apelación, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1. del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo.

Para la fecha de interposición de la demanda – 1 de diciembre de 1997-¹¹ la competencia por razón de la cuantía estaba definida por el artículo 132 del Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 2º del Decreto 597 de 1988¹², el cual establecía que los Tribunales Administrativos conocerían en primera instancia de los procesos referentes a Contratos administrativos, interadministrativos y de los de derecho privado de la administración en que se hallara incluido la cláusula de caducidad, celebrados por la Nación, las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes, cuando

¹¹ Folio 64.

¹² El artículo 131 del C.C.A., fue modificado posteriormente por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-.
Nulidad y restablecimiento del derecho.

excediera de trece millones cuatrocientos sesenta mil pesos (\$13'460.000.00) M/cte.

La cuantía del proceso estimada por el demandante con base en la pretensión de mayor valor asciende a la suma de \$20.000.000.00, monto que supera ampliamente la cuantía establecida para acceder a la segunda instancia.

ii.- El objeto del recurso de apelación.-

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante está orientado a obtener la modificación de la sentencia de primer grado para lograr pronunciamiento expreso respecto de la nulidad del artículo 1º de la Resolución No. 000708 de 17 de junio de 1997, por la cual el municipio de Valledupar terminó unilateralmente el contrato de comodato suscrito con la Empresa Asociativa de Trabajos Comunitarios (EATCOM) y, por otra parte, para obtener la revocación del ordinal tercero de la sentencia, en la medida en que, según el apelante, en la demanda no se solicitó al Tribunal pronunciarse sobre el aspecto que finalmente fue decidido.

La sentencia de primera instancia fue favorable a los intereses de la parte actora, en la medida en que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por tal razón, la providencia, en principio, no puede ser enmendada en los aspectos que no fueron objeto de censura, debido a que, por una parte, la sociedad demandante es apelante única, lo cual supone que la competencia del superior funcional se encuentra restringida en virtud del principio de la *non [ne] reformatio in pejus*; (artículo 357 del C. de P.C.) y, por otra parte, el fallo proferido por el a quo¹³ no es susceptible de ser revisado en consulta, por cuanto no se cumplen las exigencias previstas por el artículo 184 del C.C.A., luego de la modificación introducida por el artículo 57¹⁴ de la

¹³ El fallo de primera instancia fue proferido el 23 de julio de 1998, es decir, cuando ya había entrado en vigencia el artículo 57 de la ley 446 de 1998, el cual modificó el artículo 184 del C.C.A., en relación con el grado jurisdiccional de consulta.

¹⁴ ARTICULO 184. CONSULTA. Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-.
Nulidad y restablecimiento del derecho.

ley 446 de 1998¹⁵, vigente para la fecha en que fue proferida la sentencia de primera instancia, para la procedencia del grado jurisdiccional¹⁶.

No obstante, para efectos de resolver el recurso de apelación, la Sala tendrá que realizar modificaciones en apartes de la providencia que no fueron objeto de impugnación, para efectos de subsanar defectos en los cuales incurrió el a quo en el análisis de la situación debatida; se trata, por ende, de aspectos que guardan íntima relación con lo decidido en la providencia y frente a los cuales resulta imprescindible emitir pronunciamiento para darle consistencia a la decisión de segunda instancia, como se podrá apreciar más adelante.

Las sentencias que impongan condena en abstracto sólo serán consultables junto con el auto que las liquide, en los eventos del inciso anterior.

En los asuntos contenciosos de carácter laboral, solamente se consultarán las sentencias dictadas en primera instancia que impongan condena a cargo de la entidad pública, cuando de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses.

La consulta se tramitará y decidirá previo traslado común por cinco (5) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito y se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades o del representado por curador ad litem. El agente del Ministerio Público, antes del vencimiento del término aquí previsto podrá solicitar traslado especial que se concederá, sin necesidad de auto que así lo disponga, por el término de cinco (5) días, contados a partir de la entrega del expediente que se efectuará una vez concluido el traslado común.

La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado.

¹⁵ El artículo 163 de la ley 446 de 1998, previó que salvo las excepciones expresamente consagradas en la misma, la ley rige a partir de la fecha de publicación. El texto de la ley fue promulgado en el Diario Oficial No. 43.335 de 8 de julio de 1998.

¹⁶ Es de anotar que los actos administrativos declarados nulos imponían una obligación pecuniaria a cargo de la Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario "EATCOM", y pese a que la parte resolutive de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar no hace referencia expresamente a una condena pecuniaria, lo cierto es que la declaración de nulidad implica automáticamente el restablecimiento del derecho de la sociedad demandante, en la medida en que no se hallaría obligada a pagar el valor de la pena pecuniaria impuesta. Lo anterior supone que si la pena pecuniaria era equivalente al 10% del valor de los bienes entregados en comodato, el monto de la misma ascendía a la suma de \$21'500.000.00, pues los bienes se hallaban valuados en \$215'000.000.00. Para la fecha en la cual fue proferido el fallo de primera instancia (23 de julio de 1998) los 300 salarios mínimos legales mensuales exigidos para acceder al grado jurisdiccional ascendían a \$61'147.800.00, teniendo en cuenta que el salario mínimo legal mensual era de \$203.826.00 (Decreto 3105 de 1997), de donde se desprende de manera diáfana que el monto de la obligación pecuniaria a cargo de la administración no superaba el mínimo exigido por la norma.

Expediente 15.686

Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

iii.- La prueba recaudada.-

Para acreditar los supuestos fácticos de la demanda y de la defensa, obran dentro del proceso los siguientes medios de prueba, en lo pertinente:

1.- Original del contrato de comodato celebrado el 13 de agosto de 1993, entre el municipio de Valledupar y la Empresa Asociativa de Trabajos Comunitarios -EATCOM-, en virtud del cual la entidad territorial se obligó a entregar en comodato o préstamo de uso a EATCOM, los siguientes bienes:

MAQUINA	CATERPILLAR
TIPO	MOTONIVELADORA
MODELO	120 G
SERIE	87B06840
COLOR	AMARILLO
PROPIETARIO	MUNICIPIO

MAQUINA	CATERPILLAR
TIPO	BULDOZER
MODELO	D 5 - B
SERIE	44B13685
COLOR	AMARILLO
PROPIETARIO	MUNICIPIO DE VALLEDUPAR

MAQUINA	FIATALLIS
TIPO	CARGADOR
MODELO	345B
SERIE	52L
COLOR	AMARILLO
PROPIETARIO	MUNICIPIO DE VALLEDUPAR

MAQUINA	CATERPILLAR
TIPO	BULDOZER
MODELO	D5D
SERIE	3N87058
COLOR	AMARILLO

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-.
Nulidad y restablecimiento del derecho.

PROPIETARIO	MUNICIPIO DE VALLEDUPAR
-------------	-------------------------

VOLQUETA DODGE 600	
COLOR	BLANCO
SERIE	3732460-01916
MOTOR	T636617C85
MODELO	1.976

VOLQUETA CHEVROLET	
COLOR	BLANCO
MODELO	1989
MOTOR	M904406-L86
SERIE	CM904406
CHASIS	CM904406

VOLQUETA CHEVROLET	
COLOR	BLANCO
MODELO (sic)	M907202-L86
SERIE	CM907202
CHASIS	CM907202
MODELO	1.989

VOLQUETA CHEVROLET	
COLOR	BLANCO
MODELO	1.989
MOTOR	M905609-L86
SERIE	CM905609
CHASIS	CM905609

En la cláusula tercera del contrato se halla estipulado el uso que debían recibir los bienes objeto del contrato:

"TERCERA: USO AUTORIZADO.- El comodatario podrá utilizar los bienes objetos (sic) de este contrato única y exclusivamente para los siguientes propósitos: Para arreglo, adecuación y mantenimiento de los caminos veredales del Municipio de Valledupar".

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

En cuanto al término de duración del comodato, la cláusula quinta dispuso que sería de SIETE (7) años contados a partir de la entrega de los bienes.

Los bienes objeto del comodato fueron avaluados por las partes en la suma de doscientos quince millones de pesos (\$215'000.000.00) M/cte.

La cláusula séptima del contrato dispuso:

"SEPTIMA: OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR.- El Municipio se obliga a celebrar todos los contratos relativos a la conservación, mantenimiento, adecuación y arreglo de vías veredales en el municipio de Valledupar con el comodatario".

La cláusula octava referente a las garantías consigna:

"OCTAVA: GARANTÍAS. El comodatario deberá asegurar por el equivalente al ciento por ciento (100%) del valor de los bienes dados en comodato, en una compañía de seguros legalmente constituida en el país contra riesgos, incendios y robo, de manera que figure como beneficiario de la póliza respectiva del Municipio de Valledupar".

La cláusula penal pecuniaria fue pactada en la cláusula novena, así:

"NOVENA: CLÁUSULA PENAL.- Si el comodatario incumple con cualquiera de las obligaciones a su cargo deberá pagar al Municipio de Valledupar el diez por ciento (10%) del valor de este contrato."

Destaca la Sala que en el contrato no fueron pactadas cláusulas exorbitantes o excepcionales de caducidad, terminación unilateral, modificación unilateral o imposición unilateral de multas (fls. 5 a 9).

2.- Oficio de fecha 23 de enero de 1998, mediante el cual, el Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio de Valledupar, remite al proceso copia de los antecedentes administrativos de las Resoluciones Nos. 000708 del 17 de junio de 1997 y 000829 del 11 de julio del mismo año.

Se destacan los siguientes documentos:

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

a.- Copia auténtica de la Resolución No. 000708 del 17 de junio de 1997, proferida por el Alcalde Municipal de Valledupar "Por la cual se da por terminado unilateralmente un comodato".

El alcalde del municipio de Valledupar decide a través del acto administrativo terminar unilateralmente el contrato de comodato celebrado con la Empresa Asociativa de Trabajos Comunitarios -EATCOM-, aduciendo el incumplimiento de las obligaciones por parte del comodatario e invocando la facultad conferida por los artículos 17 y 61 de la ley 80 de 1993.

Destaca la Sala los apartes del acto administrativo que a continuación se transcriben para efectos de dar claridad:

"Que en la cláusula octava se pactó que el comodatario deberá asegurar por el equivalente al ciento por ciento (100%) del valor de los bienes dados en comodatos (sic), en una compañía de seguros legalmente constituida en el país por los riesgos de incendio, robo, pérdida a favor del comodante Municipio de Valledupar.

"Que la Empresa Asociativa de Trabajadores (sic) Comunitarios "EATCOM" inicialmente cumplió con la cláusula mencionada y contrató con la Aseguradora Solidaria de Colombia dicha obligación. Esta emitió las pólizas números 000618, 000619, 00620, 000621, 005836, 005837, 005838 y 005839 cuya vigencia de seguro se inició el día 6 de febrero de 1996 hasta el día 6 de febrero de 1997.

"Que la Aseguradora Solidaria de Colombia, mediante oficio del 25 de noviembre de 1996 dirigido a la Empresa Asociativa de Trabajadores (sic) Comunitarios, le comunicó que las pólizas de seguros mencionadas fueron revocadas por falta de pago..."

La parte resolutive del acto demandado es la siguiente:

"ARTÍCULO PRIMERO: Dar por terminado unilateralmente el comodato discriminado en los considerandos por incumplimiento de las cláusulas cuarta y octava.

"ARTÍCULO SEGUNDO: Comisionase a la Oficina Jurídica para que se notifique personalmente de este proveído a la Empresa Asociativa de Trabajadores (sic) Comunitarios (EATCOM) y le entregue copia auténtica y gratuita en el momento de la notificación personal.

"ARTÍCULO TERCERO: Una vez ejecutoriado este proveído, comisionase a la Secretaría de Obras Públicas Municipales para que reciba bajo inventario la maquinaria dada en comodato y haga el balance general del estado en que se encuentran, compare con la acta inicial de entrega haciendo una valoración en el estado en que debe recibirse dicha maquinaria la cual

Expediente 15.686

Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

firmarán las partes, donde se hará constar por EATCOM, el compromiso en caso en que tengan que hacerse reparaciones a la maquinaria recibida en comodato.

"ARTÍCULO CUARTO: Hágase efectiva la cláusula novena del comodato discriminado en los considerandos el comodatario deberá pagar al Municipio de Valledupar el 10% del valor del comodato a título de pena, previa liquidación efectuada por la Oficina Jurídica del Municipio de Valledupar, quien queda comisionada para este efecto.

"ARTÍCULO QUINTO: La Empresa Asociativa de Trabajadores (sic) Comunitarios (EATCOM) deberá pagar la multa a los quince días de ejecutoriada la Resolución; vencido dicho término y la Empresa referida no hace el pago voluntario, iniciase (sic) su cobro por jurisdicción coactiva por intermedio del Director de Ejecuciones Fiscales del Municipio de Valledupar a quien se le pasará copia auténtica de estas Resoluciones y demás diligencias.

"ARTÍCULO SEXTO: Contra esta Resolución procede el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación, acto en el cual se hará entrega de una copia de la misma, al notificado". (fls. 71 a 73).

b.- Copia auténtica de la Resolución No. 000829 del 11 de julio de 1997 proferida por el señor Alcalde del Municipio de Valledupar, por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario (EATCOM) contra la Resolución No. 000708 del 17 de junio de 1997.

Como fundamento del recurso el representante de EATCOM adujo que si bien incumplió la obligación de renovar las garantías que amparaban los bienes entregados a título de comodato, tal circunstancia se debió al debilitamiento económico al que fue sometida por el municipio de Valledupar, por cuanto trasgredió repetidamente la cláusula séptima del contrato de comodato, en la medida en que el ente territorial se obligó a celebrar con "exclusividad" todos los contratos referentes a la conservación, mantenimiento, adecuación y arreglo de vías veredales con el comodatario, pese a lo cual el municipio ha celebrado gran número de contratos con la misma finalidad con otras personas naturales y jurídicas, de manera que se opuso al acto administrativo recurrido bajo la aducción de la denominada "...excepción de contrato no cumplido...". (fls. 67 a 69).

El municipio desestimó los fundamentos del recurso por cuanto a juicio de la entidad "...lo celebrado entre las partes es ley para ambas y no puede ser

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

convalidado sin el consentimiento expreso de los contratantes, así se desprende del artículo 1602 del Código Civil...", por ende, decidió confirmar en todas sus partes la Resolución recurrida (fls. 65 y 66).

c.- Copia auténtica del Oficio No. 00000891 del 14 de julio de 1997, mediante el cual el municipio de Valledupar citó al Representante Legal de EATCOM, para recibir notificación personal del acto administrativo contenido en la Resolución No. 000829 del 11 de julio de 1997. Se observa en el documento una constancia de recibo de fecha 14 de julio de 1997. (fl. 64).

En los mismos términos se halla elaborado el oficio No. 903 del 17 de julio de 1997 (fl. 63).

d.- Copia auténtica del edicto mediante el cual se notificó el contenido de la Resolución No. 000829 del 11 de julio de 1997. Según consta, el edicto fue fijado el día 22 de julio de 1997 y desfijado el día 4 de agosto del mismo año. (fl. 62).

3.- Original del "Acta de recibo final del contrato de comodato, suscrito entre el municipio de Valledupar y la Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM". El acta lleva fecha del 24 de septiembre de 1997 y en ella se relacionan los bienes que fueron devueltos por la comodataria a la entidad territorial (fls. 19 a 25).

4.- Oficio enviado al Tribunal por la sociedad Aseguradora Solidaria de Colombia, mediante el cual remite copia de las siguientes pólizas de seguro, en las cuales, en todo los casos, figura como tomador la "Empresa Asociativa de Trabajadores (sic) Comunitarios (sic)" y beneficiario el Municipio de Valledupar:

a.- "Póliza de seguro contra todo riesgo para contratistas" Nos. TR 000618, TR 000619, TR 000620 y TR 000621, cuya vigencia es del 2 de junio de 1996 al 2 de junio de 1997 (fls. 102 a 105).

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

b.- "Póliza de seguro de automóviles" Nos. A 005836, A 005837, A 005838, A 005839, cuya vigencia es del 2 de junio de 1996 al 2 de junio de 1997 (fls. 106 a 109).

iv) Lo probado en el proceso.-

Apreciado el material probatorio allegado al proceso y haciendo un análisis comparativo de tales medios de convicción para llegar a una conclusión, dentro de lo razonable (artículo 187 del C. de P.C), encuentra la Sala acreditado que entre el Municipio de Valledupar y la Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-, fue celebrado el día 13 de agosto de 1993 un contrato, en virtud del cual, la entidad territorial entregó a EATCOM, a título de comodato o préstamo de uso, maquinaria de trabajo pesado y vehículos de carga por el término de 7 años contados a partir de la entrega de los bienes. Que dentro de las obligaciones del comodatario se hallaba la de prestar las garantías de seguro que ampararan los bienes objeto del comodato por el 100% del valor de los mismos, a favor de la entidad territorial. Que el comodatario incumplió la obligación de prorrogar las garantías aduciendo la grave situación económica que atravesaba determinada por el presunto incumplimiento de las obligaciones a cargo del municipio de Valledupar. Que el municipio de Valledupar decidió terminar unilateralmente el contrato bajo la aducción de las facultades conferidas por los artículos 17 y 61 de la ley 80 de 1993 y motivado en el incumplimiento de las obligaciones a cargo del comodatario, razón por la cual, además, hizo exigible la pena pecuniaria pactada en la cláusula novena del contrato, equivalente al 10% del valor de los bienes entregados al comodatario. Que la anterior resolución fue recurrida por el comodatario y confirmada en todas sus partes por el municipio.

v) El cargo de nulidad contra los actos administrativos.-

El único cargo de nulidad que desarrolla el demandante en el concepto de violación es el atinente a la transgresión del artículo 17 de la ley 80 de 1993, el cual se hace consistir, fundamentalmente, en que los supuestos que dieron lugar a la terminación del contrato no se subsumen dentro de los supuestos

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

hipotéticos contenidos en la norma. Asimismo, alega la violación del artículo 29 de la Constitución Política, sin embargo, los fundamentos de esta acusación no fueron expuestos de manera clara.

El primer aspecto que debe establecer la Sala es el atinente al régimen jurídico que gobierna el Contrato de Comodato celebrado entre las partes en litigio, el cual dio origen a la expedición de los actos administrativos cuestionados, pues sólo a partir de la definición de tal premisa es posible delimitar el marco de la competencia de la administración para adoptar decisiones previas con incidencia directa dentro de la relación negocial en el asunto sub iudice.

El Contrato de Comodato fue suscrito por conducto de los representantes legales de las partes intervinientes el día 13 de agosto de 1993, es decir, cuando aún se encontraba vigente el estatuto de contratación contenido en el Decreto Ley 222 de 1983, no obstante, los actos administrativos cuestionados fueron proferidos en vigencia del estatuto de contratación contenido en la ley 80 de 1993, el cual modificó estructuralmente, la noción, tratamiento y distinción que otrora existía respecto de los negocios jurídicos celebrados por las entidades públicas, capaces de producir efectos jurídicos.

A este respecto resulta pertinente reiterar los criterios expuestos por la Sala de la Sección Tercera en torno a la aplicación de las leyes en el tiempo¹⁷.

El artículo 38 de la ley 153 de 1887 preceptúa que "*En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*", por consiguiente, las leyes nuevas carecen, en principio, de la virtualidad para afectar las relaciones jurídicas consolidadas, de esta manera se busca propender por la seguridad y la estabilidad en las relaciones negociales y por la confianza de los asociados en el ordenamiento que los regenta¹⁸, de manera que la generalidad es que una ley no puede producir efectos sobre situaciones jurídicas pasadas que se han generado y se han consolidado bajo

¹⁷ Ver entre otras providencias sentencia del 25 de marzo de 2010, expediente No. 36.489. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de marzo de 2010, Expediente No. 36.489.

Expediente 15.686

Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

la égida de una ley anterior; esto es lo que se conoce como principio de irretroactividad de la ley¹⁹, cuya importancia radica en que los asociados puedan ajustar sus convenios, contraer obligaciones, asumir los deberes jurídicos y desplegar actos materiales al amparo de las normas que hacen parte del ordenamiento jurídico vigente al momento de realizarse, para evitar que permanezcan en constante zozobra por los cambios normativos que se produzcan con posterioridad a la consolidación de las situaciones con relevancia jurídica. Es natural que, en materia de contratos²⁰, cuando la ley ha definido el marco dentro del cual pueden los contratantes fijar los términos en los cuales ha de desarrollarse la relación comercial, la ley promulgada con posterioridad deba respetar el acuerdo de voluntades que se ha concretado con la ley anterior. La jurisprudencia nacional ha señalado que con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídicas, en la generalidad de los casos se prohíbe que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, lo contrario implicaría que las transacciones de los asociados se vieran amenazadas permanentemente ante el intempestivo cambio de las normas que forman parte del ordenamiento

¹⁹ PLANIOL Marcel y RIPERT Geogers, Derecho Civil. Colección Clásicos del Derecho, 1996. Págs. 32 y ss.

²⁰ A este respecto la Sección Tercera de la Corporación se ha pronunciado en reiteradas oportunidades. Así, en sentencia del 15 de mayo de 1192, Exp. No. 5326, la Sala adoptó los planteamientos expuestos por el profesor Pascual Fiore, en relación con el principio de irretroactividad de las leyes: "Los contratos deben tener estabilidad y no pueden estar sujetos al proceso mutable de la legislación de un país. Pascual Fiore, en su importante obra "De la irretroactividad e interpretación de las leyes", dice lo siguiente:

" Los derechos que traen su origen de un acto humano, son los que con preferencia a todos los demás deben ser considerados como derechos adquiridos, cuando el autor de tales hechos, de los cuales proviene dichos derechos, no puede por su sola voluntad destruir o modificar los efectos jurídicos que son consecuencia de los mismos, ni las obligaciones que de ellos se derivan en favor de las otras distintas personas; un título irrevocable. En este caso se encuentran los derechos que nacen de los contratos, de los cuasicontratos, de los delitos y de los cuasidelitos.

" Constituyendo las obligaciones un vínculo jurídico que crea una relación entre dos personas, en virtud de la que una de ellas (que es la que viene a ser acreedora) puede exigir de la otra (que se convierte en deudora) la prestación objeto de la misma, y no pudiendo nacer este vínculo jurídico mas que en el momento en que tiene lugar el concierto de ambas voluntades, parece desde luego que todo debe depender en esta materia de la ley bajo cuyo imperio se hubiere llevado a cabo dicho concierto, y por lo tanto, no puede existir duda racional alguna de que sobre tal relación jurídica no cabe tener autoridad la ley posterior.

"Parece pues, fuera de toda controversia la regla de que las obligaciones y cuanto concierne a su existencia, su validez y sus efectos, deben quedar bajo el imperio de la ley que estuviera en vigor en el momento en que la obligación tuvo su origen, y que puede aplicarse la ley nueva a las obligaciones nacidas antes de ella, sin dar a la misma una injusta retroactividad.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-.
Nulidad y restablecimiento del derecho.

jurídico positivo en detrimento de los valores que se pretenden perpetrar, lo cual se traduciría en que se exigiera a las partes el cumplimiento de una norma que desconocían por inexistente al momento dar origen al acto regulado. Sin embargo, la regla general de irretroactividad de la ley tiene varias excepciones, constituidas fundamentalmente por circunstancias especiales que favorezcan tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común de manera concurrente²¹.

El principio de irretroactividad de la ley no sólo persigue la realización de algunos valores deseados como la libertad, la seguridad y la estabilidad jurídicas, sino que propende por la protección de los derechos adquiridos reconocidos por el artículo 58 de la Constitución Política.

Por otra parte, resulta importante destacar que cuando la ley se aplica de manera inmediata no sólo regula las situaciones jurídicas que se presenten con posterioridad a su entrada en vigencia, como resulta natural, sino que puede regular las situaciones jurídicas que aún cuando nacen en vigencia de la ley anterior, las consecuencias jurídicas se consolidan en vigencia de la nueva ley, esto es lo que se denomina el efecto retrospectivo de la ley²² que *stricto sensu* constituye una variable de la aplicación inmediata de la ley; surge así de manera palmaria la diferencia con el efecto retroactivo que se presenta cuando la ley nueva surte efectos frente a situaciones consolidadas antes de su vigencia y por esa misma razón debe tener, en principio, expresa consagración en la ley, no obstante que, la jurisprudencia,²³ atendiendo criterios doctrinarios, ha señalado que el principio de irretroactividad no es absoluto y a tal efecto ha formulado dos excepciones, las cuales se hallan constituidas, en principio, por: a) las leyes interpretativas, por cuanto se entienden incorporadas a la ley que interpretan²⁴ y b) las leyes de orden público cuyo carácter de norma imperativa implica que se deban aplicar de

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 072 del 20 de abril de 2001, expediente 5883.

²² Corte Constitucional, sentencia C-147 de 1997.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de marzo de 2010, Expediente No. 36.489.

²⁴ Artículo 14 del Código Civil, cuyo texto consagra: "Leyes de interpretación. Las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en estas; pero no se afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio".

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

manera inmediata para efectos de hacer prevalecer el interés general sobre el particular o privado²⁵.

Particularmente las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios constituyen una de las especies de normas de orden público²⁶ en la medida en que se encuentran concebidas para garantizar el orden social como vehículo para la realización de los derechos reconocidos por las leyes sustanciales y dado que constituyen normas que forman parte del derecho público de la Nación revisten carácter imperativo, por ende, tienen aplicación inmediata.

El artículo 41 de la ley 153 de 1887 dispone que "*Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación*". La disposición resalta el efecto general inmediato de las leyes atinentes al procedimiento, pero a su turno consagra expresamente el efecto ultractivo de las mismas en algunos específicos eventos enunciados por la norma, en cuanto continúan vigentes temporalmente las normas que regían en la ocasión pretérita para las actuaciones ya iniciadas.

Esta disposición guarda armonía con la contenida en el numeral 1 del artículo 38 ídem, en cuanto la regla general consiste, como ya se dijo, en que "*...En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración...*" con excepción de "*...Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato...*", lo cual indica que tales reclamaciones deberán regirse por las leyes nuevas.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación 038 de 2008, Exp. 11001-31-03-031-1999-01475-01, citando apartes de la sentencia 072 del 20 de abril de 2001 de la misma Corporación.

²⁶ Artículo 6 del Código de Procedimiento Civil - Modificado. Ley 794 de 2003, art. 2. Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o por los particulares, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

Reitera la Sala que la interpretación de los referidos artículos 38 y 40 de la Ley 153 de 1887 debe hacerse de manera armónica y sistemática, por tratarse de normas cuyo contenido material coincide entre sí, como quiera que el numeral 1. del citado artículo 38, ordena la aplicación inmediata de *las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio (leyes procesales) los derechos que resultaren del contrato*, cuestión que por igual y en sentido idéntico regula el mencionado artículo 40.

Por esa razón, las excepciones que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 consagra en relación con la regla que ordena la aplicación inmediata de las normas procesales, excepciones referidas a *i) los términos que hubieren empezado a correr y, ii) las actuaciones y diligencias ya iniciadas*, también deben aplicarse cuando se trata del tránsito de regulaciones procesales relacionadas con *el modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato*, puesto que en esa específica materia las normas en estudio resultan perfectamente complementarias.

La Sala ha precisado que aunque el numeral 1. del artículo 38 de la Ley 153 de 1887 no incluyó la referencia específica a los aspectos relacionados con *i) los términos que hubieren empezado a correr y ii) las actuaciones y diligencias ya iniciadas*, ello encuentra explicación en cuanto a que, el propósito general del artículo 38 es regular la aplicación de las normas sustanciales en materia contractual ante el tránsito de legislación y sólo por excepción se ocupó de los asuntos procesales respectivos, mientras que, por el contrario, el propósito general del artículo 40 sí es, precisamente, el de ocuparse de señalar las reglas aplicables en asuntos procesales en caso de conflicto de leyes en el tiempo y al mismo se debe acudir cuando se trata de entender en su integridad el alcance de la excepción consagrada en el numeral 1. del citado artículo 38 cuyo contenido, en modo alguno pretendió consagrar reglas diferentes, especiales u opuestas a las del aludido artículo 40 para los casos de reclamar en juicio derechos derivados de los contratos²⁷.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de marzo de 2010, Exp. 36489.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

Por otra parte, el numeral 2 del artículo 38 de la ley 153 de 1887, exceptúa las disposiciones "...que señalan las 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...".

A juicio de la Sala, el numeral 2 del artículo 38 de la ley 153 de 1887 prevé el efecto retrospectivo al cual se ha hecho alusión líneas atrás, en la medida en que consagra el supuesto de las situaciones con relevancia jurídica que aun cuando se generan con fundamento en leyes anteriores, las consecuencias jurídicas se consolidan en vigencia de la nueva ley, de manera que la ley aplicable para efectos de regular las situaciones que se concreten con posterioridad al surgimiento del acto jurídico se rigen por las leyes vigentes al momento de presentarse la situación de hecho que conlleva la consecuencia jurídica, empero, si bien la norma aludida exceptúa de la ley del contrato las disposiciones "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", dicho precepto demanda que en el pasado la pena estuviese consagrada. Es decir, si la pena no ha sido contemplada en forma pretérita la consecuencia jurídica no podría concretarse con posterioridad, por ende, la disposición nueva no podría aplicarse.²⁸

Por otra parte, el artículo 78 de la ley 80 de 1993 guarda armonía con las disposiciones antes señaladas, en cuanto preceptúa que: "...Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes al momento de su celebración o iniciación....", lo cual permite deducir que el estatuto de contratación estatal contenido en la ley 80 de 1993, no tiene aplicación retroactiva. (Subraya fuera del texto).

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 1993. Expediente No. 7031. En esta oportunidad la Sala discurre así: "...Es verdad que el numeral 2º. del artículo 38 de la Ley 153 de 1887 exceptúa de la ley del contrato las disposiciones "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", pero éste precepto demanda que en el pasado la pena estuviese consagrada. Es el universo mismo que ella tenga, a la luz de la nueva normatividad, el que es de aplicación con arreglo a la nueva ley..."

Expediente 15.686
 Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
 Nulidad y restablecimiento del derecho.

Las nociones expuestas, trasladadas al asunto sub -lite, permiten concluir que el contrato de comodato celebrado el día 13 de agosto de 1993, se rige por las disposiciones contenidas en el Decreto - Ley 222 de 1983, vigentes para la fecha de su celebración, por ende, el privilegio de decisión previa, es decir, de proferir actos administrativos para ejercer de los poderes exorbitantes capaces de afectar la relación negocial sólo podía emerger en la medida en que el ordenamiento jurídico que gobernaba el contrato lo impusiera o lo autorizara, pues las cláusulas exorbitantes llamadas en la actualidad excepcionales al derecho común, se integran al contrato junto con las disposiciones imperativas, las normas supletivas que las partes deciden que rijan la relación negocial y las cláusulas accidentales pactadas convencionalmente para formar una unidad jurídica.

A juicio de la Sala las disposiciones legales contenidas en la ley 80 de 1993 no eran aplicables al contrato de comodato²⁹, pues no se hallaban vigentes para la fecha de su perfeccionamiento³⁰, de manera que las cláusulas excepcionales al derecho común previstas por el numeral 2 del artículo 14

²⁹ Salvo en los aspectos procesales como supuesto atinente al modo de reclamar en juicio los derechos emanados de un contrato, a términos del artículo 38 de la ley 153 de 1887.

³⁰ La ley 80 de 1993 fue promulgada en el diario oficial No. 41.094 del 28 de octubre de 1993, en tanto el contrato de comodato fue celebrado el día 13 de agosto de 1993.

En cuanto a la vigencia de la ley el artículo 81 dispone: Artículo 81.- De la derogatoria y vigencia. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados el Decreto - Ley 2248 de 1972; la Ley 19 de 1982; el Decreto - Ley 222 de 1983, excepción hecha de los artículos 108 a 113; el Decreto - Ley 591 de 1991, excepción hecha de los artículos 2°, 8°, 17 y 19; el Decreto - Ley 1684 de 1991; las normas sobre contratación del Decreto 700 de 1992, y los artículos 253 a 264 del Código Contencioso Administrativo; así como las demás normas que le sean contrarias.

A partir de la promulgación de la presente ley, entrarán a regir el parágrafo del artículo 2°; el literal 1) del numeral 1° y el numeral 9° del artículo 24; las normas de este estatuto relacionadas con el contrato de concesión; el numeral 8° del artículo 215; el numeral 5°, del artículo 32 sobre fiducia pública y encargo fiduciario; y los artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38, sobre servicios y actividades de telecomunicaciones.

Las demás disposiciones de la presente ley, entrarán a regir a partir del 1° de enero de 1994 con excepción de las normas sobre registro, clasificación y calificación de proponentes, cuya vigencia se iniciará un año después de la promulgación de esta ley.

PRÁGRAFO 1° TRANSITORIO.- La presente ley entrará a regir en relación con la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A., y para todo lo que tenga que ver con la prestación del servicio de agua, alcantarillado y aseo, tres (3) años después de su promulgación.

PARÁGRAFO 2° TRANSITORIO. A partir de la promulgación de la presente ley, el gobierno adelantará con la colaboración de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, y de las demás entidades estatales, así como de los organismos o entidades gremiales y profesionales, actividades pedagógicas y de divulgación del presente estatuto.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

ibídem, no podían entenderse incorporadas a la relación comercial que vinculaba a las partes de forma precedente y, por lo mismo, la Administración Pública no podía proferir actos administrativos al amparo de dicha normatividad porque no era ésta la ley del contrato.

La noción y clasificación de los contratos que celebran las entidades estatales y el desarrollo de la actividad contractual tienen distinto tratamiento en los estatutos contenidos en el Decreto Ley 222 de 1983 y en la ley 80 de 1993.

En efecto el Decreto - Ley 222 concebía un régimen jurídico dual constituido por los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la administración.

La distinción entre estas dos clases de contratos ha sido un tema que la jurisprudencia de esta Corporación lo ha depurado con el paso de los años; inicialmente se acudía a criterios diferenciadores atendiendo a los sujetos intervinientes de la relación jurídica, a la finalidad del acuerdo que los vinculaba, al procedimiento de formación, a los requisitos de perfeccionamiento, a la integración de cláusulas en el contrato etc. En sentencia del 9 de marzo de 1988³¹, la Sala se pronunció así:

"...La clasificación de los contratos entre los de derecho privado y los de derecho público o administrativos es un tema que aún no ha decantado suficientemente la jurisprudencia ni la doctrina. Por ejemplo, esta Corporación ha emitido diversos conceptos sobre el particular, uno de los cuales señaló diez criterios diferenciadores, los cuales le permitieron a la Sala de Consulta y Servicio Civil concluir que "un contrato es administrativo cuando, autorizado por la ley, es celebrado por un organismo de la administración para realización de sus fines, sujetándolo total o parcialmente a reglas especiales de derecho público, porque así lo dispone o autoriza la ley, estipulando cláusulas que son de forzosa aceptación para el particular contratista". Los fundamentos de esa deducción los presentó así la Sala de Consulta y Servicio Civil:

"En Colombia, se podría entender que el carácter administrativo de un contrato celebrado por organismos estatales, resultaría de la concurrencia de algunas de estas condiciones:

a) Su origen o iniciativa, que debe ser una autorización legal, general o específica, háyase dado ella antes de su celebración o en forma posterior,

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 1988, expediente No. 4913 (180).

Expediente 15.686

Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

a manera de aprobación o ratificación, condición ésta que no es particular del contrato administrativo propiamente dicho aunque sí de todos los contratos de la administración, y que no es otra cosa que aplicación del principio de legalidad que rige todas las actuaciones administrativas y de la cual depende su validez;

"b) La naturaleza de las partes contratantes o de una de ellas, esto es, el de que en todo contrato administrativo una al menos de las partes es un organismo estatal; en el primer caso, el contrato, en principio, será administrativo ' sin excluir la posibilidad de que pueda ser de derecho privado; en el segundo, esa circunstancia no es determinante, puesto que es posible que el contrato sea de derecho privado;

"c) Por los requisitos formales necesarios para su perfeccionamiento, cuestión adjetiva que puede simplemente hacer compleja la formación del contrato o solemnizarlo, distinción externa que sólo adicionalmente puede ayudar a la distinción de los contratos administrativos;

"d) La inclusión concurrente de estipulaciones o cláusulas que podemos llamar forzosas en tanto es exigida por la ley, lo que indica que el régimen legal del contrato es de derecho público total o parcialmente, como las referentes a garantías, condicionamiento de los pagos a la existencia y disponibilidad de apropiaciones presupuestales suficientes, reserva presupuestal, multas, renuncia a reclamación diplomática, cláusula penal pecuniaria, caducidad administrativa, término máximo de duración, campos en los cuales no existe libertad de contratación;

"e) La estipulación que incorpora expresamente al contrato como cláusulas del mismo prescripciones legales o todo un estatuto que rige incondicionalmente el contrato, sin que las estipulaciones especiales del convenio puedan modificarlas, resultando todo su contenido de derecho público, como en los contratos de concesión de derechos de exploración y explotación de petróleos;

"f) La contratación mediante licitación, es decir, con base en la oferta hecha por la administración en un pliego de cargos que contiene una serie de condiciones inmodificables, que son las futuras estipulaciones contractuales, haciendo de este sistema una especie de contrato de adhesión en cuyas cláusulas consciente el particular contratista en forma simple y pura, sin que quepan restricciones o modificaciones por parte de éste;

"g) La utilización por parte de la administración de privilegios de poder público, rompiendo la igualdad formal de las partes contratantes con el empleo de estipulaciones no usuales ni admisibles en los contratos privados por razón del interés público envuelto en el contrato, como cuando se conviene la caducidad administrativa, la vigilancia de la ejecución del contrato, la reversión de los elementos afectados a su cumplimiento, sin indemnización y en favor del Estado, el cambio de especificaciones, el reajuste de precios, o cualquiera de las llamadas cláusulas exorbitantes;

"h) La calificación que la propia ley dé al contrato como administrativo, en forma directa o indirecta, como cuando exige la incorporación de la cláusula de caducidad administrativa en los de obras, servicios y explotación de bienes del Estado, o al asignar como jurisdicción para sus controversias los tribunales contencioso - administrativos, casos en que se trata de contratos administrativos por definición legal;

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

"i) El objeto del contrato, como en los casos citados en la letra anterior;

"j) La vinculación del contrato a un fin de interés público, o sea, a un servicio público, circunstancia no relevante, puesto que, siempre, todos los contratos de la administración, aún los de derecho privado, tienen en definitiva una finalidad de esta naturaleza, ya que la administración no puede tener objetivos extraños a los servicios estatales, por lo cual este criterio se ha precisado diciendo que - esa vinculación ha de ser a un fin inmediato de servicio público" (Concepto de 4 de abril de 1974, "Anales del Consejo de Estado". T. LXXXVI, págs. 22 y ss.);

La clasificación dual de los contratos celebrados por la administración pública, que surgió desde principios del siglo XX y que nuestra legislación adoptó con fundamento en la doctrina y la jurisprudencia foránea, surgió en torno a la idea del servicio público, de manera que inicialmente el criterio imperante era el finalista, según el cual los contratos celebrados para satisfacer tales servicios eran contratos administrativos, se regulaban por las normas propias del derecho público y, por consiguiente, el juzgamiento de los mismos correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa; contrario sensu, los contratos de derecho privado eran los que no tenían por objeto satisfacer tales tipos de servicios. Posteriormente la noción de contrato administrativo se fue relacionando con el pacto de las cláusulas exorbitantes, hoy en día denominadas excepcionales al derecho común, en contraposición con las cláusulas de derecho común, de manera que la integración de dichas potestades a manera de cláusulas contractuales que no se podían desconocer, otorgaban una sustantividad propia que permitía diferenciar los contratos administrativos de los contratos de derecho privado, sin embargo, tal noción desde el punto de vista de la estimativa jurídica permite deducir que este criterio no podría servir de fundamento para distinguir dicha clase de contratos, sencillamente porque no es contrato administrativo aquel que tiene pactadas cláusulas exorbitantes, sino que el contrato administrativo debe llevar pactadas cláusulas exorbitantes, por regla general.

Al margen de lo anterior, la legislación nacional, particularmente la Ley 19 de 1982 y el Decreto Ley 222 de 1983 adoptaron el criterio legal para distinguir los contratos administrativos de los contratos de derecho privado de la administración, de manera que eran contratos administrativos los que se hallaban previstos en la ley como tal, y contratos de derecho privado de la administración los excluidos del listado y de la normatividad en conjunto; no

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

obstante, el referente para efectuar la distinción legal se basaba en el interés que se pretendía satisfacer con el contrato celebrado. Así, cuando el interés que se debía satisfacer era el interés general y público, el contrato se debía regir por las disposiciones propias de derecho público y por las disposiciones de derecho privado que le fueran compatibles de acuerdo con la naturaleza del negocio jurídico, a términos del artículo 60 del Decreto 222 de 1983, lo cual significa que el negocio jurídico no se entendía sustraído por completo de las normas civiles y comerciales que regulaban la relación negocial en esencia; podría decirse que el particular se hallaba en este tipo de contratos en un plano de desigualdad relativo determinado por el interés supremo del Estado el cual no podía desconocerse en desarrollo de la relación contractual y ello implicaba que al contrato se integraran algunas disposiciones de orden imperativo que permitieran privilegiar el interés de la comunidad.

Por el contrario, en los contratos de derecho privado de la administración, la relación contractual, en principio, se hallaba estructurada en un plano de igualdad absoluto, es decir, la entidad estatal concurría a la relación jurídica en las mismas condiciones que lo hacía el particular, salvo que se pactara en dichos contratos la cláusula de caducidad, que podría integrarse al contrato siempre que la naturaleza del mismo lo permitiera³², evento en el cual el particular se hallaba nuevamente en un plano de desigualdad relativo, desde luego, no sólo por lo que implica la declaración de caducidad como sustrato de la institución, sino por el privilegio de decisión previa que conlleva los atributos de ejecutoria y ejecutividad, los cuales constituyen, sin duda una prerrogativa a favor de la administración contratante, se regían por las disposiciones propias del derecho público en dicha materia y el juzgamiento del mismo correspondía a esta jurisdicción especializada. Sin embargo, la inclusión de la cláusula de caducidad teóricamente carecía de la virtualidad para transformar la naturaleza del contrato de derecho privado, para convertirlo en contrato administrativo.

³² Un ejemplo recurrido para ilustrar este supuesto es el de la imposibilidad de pactar la cláusula de caducidad en un contrato de seguro, pues la naturaleza de éste repele la aplicación y los efectos de la caducidad administrativa, en tanto al terminar el contrato por caducidad la aseguradora no asumiría el riesgo asegurado y el beneficiario del mismo no podría reclamar el pago ante la realización del riesgo.

Expediente 15.686
 Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
 Nulidad y restablecimiento del derecho.

En el asunto sub - lite, el contrato de Comodato celebrado entre el Municipio de Valledupar y la Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario - EATCOM-, es indiscutiblemente de derecho privado de la administración, en la medida en que no se halla enunciado en el listado de la norma contenida por el artículo 16 del Decreto 222 de 1983³³, no está regulado por las disposiciones del artículo 80 ibídem³⁴ y se halla desprovisto de la cláusula de caducidad, por consiguiente, se rige en los aspectos de orden sustancial por las normas civiles contenidas en el Título XXIX del Código Civil y su juzgamiento, inicialmente, correspondía a la jurisdicción ordinaria, según lo preceptuaba el artículo 17 del Decreto Ley 222 de 1983³⁵.

No obstante, la jurisprudencia de la Sala desde hace varios años precisó que con la entrada en vigencia del artículo 75 de la Ley 80 de 1993³⁶, la

³³ "ARTICULO 16. DE LA CLASIFICACION Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS - <DEROGADO POR EL ARTICULO 81 DE LA LEY 80 DE 1993>. Son contratos administrativos:

1. Los de concesión de servicios públicos.
2. Los de obras públicas.
3. Los de prestación de servicios.
4. Los de suministros.
5. Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos.
6. Los de explotación de bienes del Estado.
7. Los de empréstito.
8. Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE.
9. Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y
10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales.

Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad.

PARAGRAFO. Los contratos de explotación de bienes del Estado se rigen por las normas especiales de la materia. (Subraya fuera del texto).

³⁴ Art. 80.- De los distintos contratos. El presente estatuto trata de los siguientes contratos: de obras públicas, de consultoría, de suministro, compraventa, permuta de bienes muebles, compraventa y permuta de bienes 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.

³⁵ "ARTICULO 17. DE LA JURISDICCION 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".

³⁶ "ARTÍCULO 75. DEL JUEZ COMPETENTE. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa (...)."

Expediente 15.686
 Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
 Nulidad y restablecimiento del derecho.

jurisdicción de lo contencioso administrativo también es competente para juzgar las controversias que se suscitan en torno a los contratos de derecho privado de la administración, porque la norma se refiere al modo de reclamar en juicio los derechos emanados del contrato y, por ende, la norma es de aplicación inmediata, según lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, como quedó expuesto líneas atrás.

Así discurrió la Sala sobre este particular aspecto³⁷:

En el caso particular pareciera existir, aparentemente, un conflicto normativo en cuanto a la disposición jurídica aplicable en materia de la jurisdicción competente para conocer sobre un contrato privado de la administración sin cláusula de caducidad - teniendo en cuenta que tal negocio jurídico se celebró el día 1 de diciembre de 1989, bajo la vigencia del decreto ley 222 de 1983 - anterior estatuto contractual -el cual indicó como jurisdicción competente para conocer de los conflictos originados en contratos como ese, privado de la Administración sin cláusula de caducidad es la jurisdicción ordinaria (art. 17) .Sin embargo, hay que tener en cuenta dos situaciones:

- Que se demandó el día 13 de abril de 1994, bajo la vigencia de la ley 80 de 1993 que dispuso que esta jurisdicción, de lo Contencioso Administrativa, es la competente para conocer, por regla general, de todo contrato estatal, es decir cuando una de las partes sea estatal (art 75).
- Que para esa fecha de 13 de abril de 1994, de presentación de la presente demanda, no había vencido el término para acudir a estrados judiciales para enjuiciar ese contrato privado de la Administración (contrato de permuta) el cual según el Código Civil es de 20 años (arts 1742, 2.536 y 2.538).

Las situaciones jurídicas relacionadas conducen a la Sala a la conclusión inequívoca que la norma aplicable en este asunto no es otra que el artículo 75 de la ley 80 de 1993, según la cual esta jurisdicción es la competente para conocer de la demanda de nulidad del contrato de permuta celebrado entre el Municipio de Cali y "COVIEMCALI S.A", debido a que una de las partes tiene la calidad de entidad estatal.

No es relevante para el presente estudio, el hecho de que el contrato en mención se hubiere celebrado bajo la vigencia del decreto ley 222 de 1983, porque lo que define la jurisdicción, es la norma procesal vigente al momento de demandar. No puede confundirse cuáles son las normas que debe tener el juez para definir la validez de un negocio jurídico, con las que se aplican sobre la jurisdicción para conocer del asunto.

(...)

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2001, expediente No. 76001-23-31-000-1994-9876 01(12859).

Expediente 15.686

Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

Esas normas enseñan que las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio son las vigentes al momento de reclamar en juicio contra uno contrato; que cuando el juicio ya se ha iniciado en vigencia de una norma, los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación la nueva preceptiva entra a regir en forma inmediata; que el cambio de jurisdicción, porque al celebrarse el negocio fuere una y al momento de demandar sea por disposición legal sea otra, no implica ni la modificación de la naturaleza del contrato celebrado ni el cambio de las disposiciones sustanciales bajo las cuales fue celebrado (...)"

Lo anterior significa que luego de la entrada en vigencia del artículo 75 de la ley 80 de 1993, el Juez de lo Contencioso Administrativo es el juez natural de todos los contratos en los cuales intervenga como parte una entidad estatal, sea de derecho privado de la administración o administrativo, según la clasificación acuñada por el Decreto - Ley 222 de 1983, o sea contrato estatal según la noción conceptual adoptada por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

En el contrato que se examina, el objeto de las obligaciones principales recayó sobre unos bienes muebles cuya relación se hallaba consignada en la cláusula primera del texto del contrato, los cuales entregó el municipio de Valledupar - comodante-, a la Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario - EATCOM- comodatario-, a título de préstamo de uso y en forma gratuita por el término de 7 años contados a partir de la fecha de entrega de los bienes, conforme a lo estipulado en la cláusula quinta, al cabo de los cuales el deudor, es decir, el comodatario, debía retornar o restituir los bienes al comodante, por tal razón, la Sala considera que el contrato se ubica dentro de la noción conceptual del comodato prevista por el artículo 2200 del Código Civil³⁸.

Es de anotar que del objeto de las obligaciones se puede inferir que se trata de un contrato sinalagmático imperfecto, es decir de aquellos que parecen ser sucesivamente unilaterales y sinalagmáticos, pues al momento de la formación solo se genera la obligación para el deudor de cuidar la cosa entregada y a emplearla para el uso convenido por las partes, según lo dispuesto por la cláusula cuarta del contrato (fl. 6) y lo preceptuado por los

³⁸ Art. 2200.- Concepto.- El comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso.

Este contrato no se perfecciona sino con la tradición de la cosa".

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

artículos 2201³⁹ y 2202⁴⁰ del Código Civil, lo cual implica que en su formación responde a la característica de un contrato unilateral, pero podrían generarse obligaciones a cargo del comodante que no surgen en virtud del contrato sino de manera accidental, como la de indemnizar al comodatario por la expensas que se hayan causado para la conservación de la cosa, en los términos del artículo 2216 ibídem y tal modalidad de contratos no es, precisamente, la que identifica los contratos administrativos, los cuales, por regla general pertenecen a la categoría de contratos sinalagmáticos perfectos, conmutativos y onerosos, por consiguiente, no son aplicables a este tipo de contratos las normas relacionadas con la resolución de los contratos bilaterales o sinalagmáticos perfectos en los términos dispuesto por el artículo 1546 del C.C., ni la excepción de contrato no cumplido en los términos previstos por el artículo 1609 ibídem, como erradamente lo sostiene la sociedad demandante.

En conclusión el contrato de comodato celebrado entre las partes demandante y demandada es un contrato de derecho privado de la administración desprovisto de cláusula de caducidad, por consiguiente, al contrato no se hallaban integradas las cláusulas exorbitantes de interpretación, modificación y terminación unilateral, previstas en el título IV del Decreto - Ley 222 de 1983, lo cual significa que la administración carecía del privilegio de la decisión previa capaz de afectar la relación negocial de manera unilateral, por sí y ante sí, por lo menos en cuanto se refiere al ejercicio de las cláusulas exorbitantes hoy denominadas excepcionales al derecho común.

Surge así el vicio que afecta la legalidad de los actos administrativos cuya declaración de nulidad se pretende, por falta de competencia *ratione materiae* de la administración para adoptar la decisión de terminar unilateralmente el contrato de comodato, pues la entidad administrativa carecía de la facultad para calificar el incumplimiento de su co-contratante y

³⁹ Art.- 2201.- Derechos del comodante.- El comodante conserva sobre la cosa prestada todos los derechos que antes tenía, pero no su ejercicio, en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario.

⁴⁰ Art.- 2202. Limitaciones al comodatario. El comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o a falta de convención en el uso ordinario de las de su clase.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

menos aún para arrogarse facultades exorbitantes o excepcionales que devienen por imposición legal o por autorización de la misma para disponer de la terminación unilateral del contrato, como modo de extinción anormal de los denominados en aquella época contratos administrativos.

La Sala ha precisado en reiteradas oportunidades que "...La competencia de las autoridades estatales, constituye un ingrediente vital del Estado de Derecho que nos rige y del cual es una manifestación el principio de legalidad, que impone límites a las actuaciones de aquellas, consistentes en que los funcionarios estatales sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizados por la Constitución y la ley..."⁴¹; así lo dispone expresamente el artículo 121 de la Constitución Política según el cual "... Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley".

Ese marco de la actuación de las autoridades que define la Constitución Política debe observarse desde los ámbitos material, temporal y territorial, en los términos previstos por el ordenamiento jurídico positivo, pues estos factores determinan la esfera de atribuciones que las entidades y órganos del Estado pueden y deben ejercer legítimamente, por cuanto a términos del artículo 122 ibídem no puede existir empleo que no tenga detalladas las funciones en la ley o el reglamento, todo lo cual se acompasa con el precepto contenido por el artículo 6º de la Constitución Política que dispone: "...Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

En distintas oportunidades la Sección Tercera de esta Corporación, acogiendo la doctrina sentada por la Corte Constitucional, ha precisado que la competencia constituye un presupuesto esencial para la validez de los actos administrativos⁴², de manera que al hallarse afectado el acto por la

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 16 de febrero de 2006, Exp. No. 13414.

⁴² Ibídem.

Expediente 15.686
 Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
 Nulidad y restablecimiento del derecho.

ausencia de la misma, la nulidad emerge sin que exista posibilidad de ser saneada.

Por otra parte, resulta evidente que la competencia constituye la regla de excepción, según se deduce del contenido del artículo 121 de la Constitución Política y por lo mismo, está delimitada expresamente por normas de orden público, de carácter imperativo, las cuales constituyen garantía para los administrados frente a los posibles abusos o excesos de poder de parte de las autoridades públicas.

Por las razones que anteceden, la doctrina⁴³ y la jurisprudencia de la Sala⁴⁴ han sostenido que el vicio por incompetencia es el más grave que puede afectar la validez de los actos administrativos, al punto que algunos ordenamientos jurídicos sancionan la ausencia de competencia con la nulidad de pleno derecho⁴⁵ o la inexistencia⁴⁶ del acto; en el caso colombiano el orden jurídico no sanciona el vicio con la inexistencia o la nulidad de pleno derecho, por el contrario, el ordenamiento positivo presume la legalidad, veracidad y obligatoriedad de los actos administrativos, según lo dispone el

⁴³ BETANCUR JARAMILLO, Carlos; Derecho Procesal Administrativo Señal Editora, 5ª ed.; pág. 209. Afirma el profesor Betancur, que el carácter de orden público que tienen las normas que atribuyen las competencias funcionales, "...permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aunque el demandante no la haya invocado en apoyo de su petición". Por su parte, en la doctrina argentina, la incompetencia en razón de la materia es considerada como un "vicio muy grave", calificación que hace que el acto sea inexistente, lo cual puede ser declarado de oficio en sede judicial (DROMI, Roberto; op. cit., págs. 244 y 245). Cita original de la sentencia proferida por esta Corporación el 16 de febrero de 2006, Exp. No. 13414, en la cual la Sala acoge tal doctrina.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196. Actor: Sociedad Brogra Ltda.

⁴⁵ En el caso español los actos administrativos dictados por un órgano manifiestamente incompetente es sancionado con la nulidad de pleno derecho. Artículo 62 LPC. Tomado de GARCÍA De Enterría y RAMÓN Fernández Tomás. Curso de Derecho Administrativo Tomo I, Duodécima edición. Págs 626 y s.s.

⁴⁶ En el derecho francés, a diferencia del derecho colombiano, ha existido la teoría de la inexistencia del acto cuando éste carece de un elemento esencial. En el derecho argentino sucede lo mismo. En el caso colombiano a pesar de que la competencia constituye un requisito esencial de los actos administrativos, su ausencia no es tratada a la luz de la inexistencia o nulidad de pleno derecho. Corte Constitucional, Sentencia C-069-95.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

artículo 66 del C.C.A⁴⁷., la cual sólo puede ser desvirtuada por la vía de acción ante el juez competente.

No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que cuando el vicio de incompetencia es el que afecta la validez del acto, el juez debe declarar aún de oficio la nulidad del acto.

En efecto, tal hipótesis constituye una excepción al principio de la rogación que rige en materia contencioso administrativa y que se concreta, entre otras disposiciones, en la contenida por el numeral 4 del artículo 137 del C.C.A., por cuanto, en principio, cuando la demanda pretenda obtener la declaración de nulidad de actos administrativos, el escrito deberá indicar los fundamentos de derecho de las pretensiones procesales, las normas violadas y explicar el concepto de violación que sustenta la petición de nulidad.

La norma señala dispone:

"Art. 137.- Contenido de la demanda.- Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al Tribunal competente y contendrá:

(...)

"4) Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación". (Subraya fuera del texto).

Esta exigencia que la jurisprudencia ha calificado como "mínima, razonable, necesaria y proporcionada"⁴⁸, se justifica en la medida en que los actos administrativos, en sentido lato, constituyen manifestaciones unilaterales de la voluntad de la administración tendientes a producir efectos creadores, extintivos o modificatorios de las relaciones jurídicas y, por consiguiente, se hallan revestidos de la presunción de legalidad y veracidad, y gozan de los atributos de ejecutoriedad y ejecutividad⁴⁹, a términos de los artículos 64⁵⁰ y 66

⁴⁷ "Art. 66.- Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo..."

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-197 de 1999.

⁴⁹ El atributo de ejecutoriedad consiste en la facultad que tienen la administración para que por sí misma y por sus propios medios haga efectivas las disposiciones en él contenidas, aún contra la voluntad del administrativo.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

del C.C.A.⁵¹., lo cual implica que no es necesario que la legalidad de los mismos sea sometida previamente a la declaración de la autoridad judicial, lo que, contrario sensu significa que la legalidad se presume. Tales premisas, por oposición implican que cuando se considera que el acto se halla viciado y puede estar afecto de nulidad, quien la alegue deberá solicitarla al juez y, para el efecto, deberá promover la acción que corresponda -contencioso objetivo o subjetivo-, precisar cuál es el marco normativo violado, dirigir el ataque con precisión y claridad y probar los supuestos en que se funde, cuando el análisis no sea de puro derecho, de lo contrario, cuando el ataque resulte indiscriminado y ambiguo, la exigencia no se encontrará satisfecha y el juez no podrá pronunciarse sobre la legalidad del acto.

Al respecto ha señalado la Corte Constitucional:

"Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, más aún cuando dicha búsqueda no sólo dispendiosa sino en extremo difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración. Por lo tanto, no resulta irrazonable, desproporcionado ni innecesario que el legislador haya impuesto al demandante la mencionada obligación, la cual contribuye además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación"⁵².

La doctrina francesa (Hariou) le denominan "action d' office" o "préalable", entendido por el "privilège du préalable" la posición que tienen la administración pública al atenerse a su propia decisión antes de la verificación por parte del juez. La ejecutividad significa exigibilidad, es decir el acto adquiere ejecutividad cuando está listo para ser exigido o cumplido. Cfr. MARIENHOFF Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II, págs. 340 y ss.

⁵⁰ "Art.- 64. Salvo norma expresa en contrario, los actos quedan en firme al concluir el procedimiento administrativo y serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados".

⁵¹ "Art.- 66. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de los contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

- 1°) Por suspensión provisional.
- 2°) Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
- 3°) Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le corresponde para ejecutarlo.
- 4°) Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
- 5°) Cuando pierdan su vigencia.

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-197 de 1999.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

La Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la exigencia establecida por el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., guarda una relación inescindible con el principio de congruencia, el principio dispositivo y los derechos de defensa y de contradicción que consagra el artículo 170 del C.C.A.

En efecto, el principio de congruencia que informa el artículo 170 del C.C.A., exige que la decisión del juez se halle acorde con las pretensiones y hechos de la demanda, los planteamientos jurídicos que las estructuran y las razones de la defensa y excepciones formuladas por el demandado, de tal suerte que la decisión debe guardar completa simetría con el objeto de la controversia⁵³ y ello se traduce en que el juez de lo contencioso administrativo, cuando de la impugnación de actos administrativos se trata, por regla general⁵⁴ no pueda entrar a analizar de oficio la eventual violación de normas superiores cuando no han sido invocadas como fundamento de la declaración de nulidad ni cuando no se ha explicado el concepto de violación de las mismas de forma clara y precisa.

Por otra parte, la preceptiva concreta el principio dispositivo que estructura al proceso ordinario contencioso administrativo, en virtud del cual la iniciativa del proceso corresponde a los interesados, lo cual implica que son éstos quienes deben formular las pretensiones respecto de las cuales pretenden obtener pronunciamiento del juez, plantear los hechos que las fundamentan y solicitar las pruebas tendientes a acreditar tales supuestos. En ese sentido, si la demanda no cumple con la exigencia establecida por el numeral 4 del artículo 137 del C.C.A., no le es permitido al juez, *motu proprio*, pronunciarse sobre aspectos que no han sido planteados y sustentados por el actor en el escrito de demanda⁵⁵.

Lo anterior supone, desde luego, una garantía del genérico derecho de defensa y de contradicción que le asiste a la demandada, en la medida en

⁵³ En este sentido ver sentencia del 7 de octubre de 2009, Exp. No. 18.509.

⁵⁴ Salvo que surja de manera palmaria la violación de derechos constitucionales fundamentales de aplicación inmediata, Corte Constitucional, sentencia C-197 de 1999.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 12 de septiembre de 1996. Exp. No. 3580.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

que para defender la legalidad del acto, resulta imprescindible, cuando menos, saber cuáles son los cargos que se formulan y la argumentación que informa la pretensión de nulidad, para efectos de que no sea sorprendido posteriormente con acusaciones que no tuvo la oportunidad de refutar en las instancias procesales correspondientes.

No obstante, como se dijo anteriormente, el vicio de incompetencia es tan grave que aún de manera oficiosa, el juez debe declarar la nulidad del acto, porque cuando es proferido en tales condiciones afecta derechos fundamentales de aplicación inmediata⁵⁶, particularmente el derecho al debido proceso⁵⁷.

⁵⁶ En la sentencia C- 197 de 1999, la Corte Constitucional razonó en los términos que a continuación se transcriben en relación con el examen oficioso de la validez del acto administrativo cuando con ellos se vulneran derechos fundamentales:

"Considera la Corte, que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente.

2.8. "A la misma conclusión llegó la Corporación en la sentencia SU-039/97⁵⁶ cuando consideró que en caso de violación de derechos fundamentales es posible, aplicando directamente la Constitución Política suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, así no se invoquen expresamente como fundamento de la suspensión las respectivas normas.

(...)

"Considera igualmente la Corte que la exigencia prevista en el segmento normativo acusado, no puede significar que el juez administrativo pueda sustraerse de la obligación contenida en el art. 4 de la Constitución, conforme al cual "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", norma esta última que tiende a garantizar la supremacía y defensa del ordenamiento jurídico superior.

Lo expresado tiene su justificación en los razonamientos expuestos por esta Corte en la sentencia C-069/95, en la cual, a propósito de la declaración de exequibilidad condicionada del art. 66 del C.C.A., se dijo:

"Considera la Corte que el texto constitucional ha de hacerse valer y prevalece sobre la preservación de normas de rango inferior. La función de la Constitución como determinante del contenido de las leyes o de cualquier otra norma jurídica, impone la consecuencia lógica de que la legislación ordinaria u otra norma jurídica de carácter general no puede de manera alguna modificar los preceptos constitucionales, pues la defensa de la Constitución resulta más importante que aquellas que no tienen la misma categoría".

"Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con plena competencia para ello".

Expediente 15.686

Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

En efecto, el privilegio de autotutela administrativa, esto es, de la capacidad de un sujeto para tutelar sus propios derechos en vía declarativa o ejecutiva, sin necesidad de acudir el juez previamente, implica precisamente, que la administración asuma la posición que en otro escenario sólo podría ostentarla el juez⁵⁸, por consiguiente, cuando la administración se arroga

"Desde luego que la norma inaplicable por ser contraria a la Constitución en forma manifiesta, no queda anulada o declarada inexecutable, pues esta función corresponde a los organismos judiciales competentes, en virtud del control constitucional asignado por la Carta Fundamental en defensa de la guarda de la integridad y supremacía de la norma de normas (artículos 237 y 241 C.P.)".

"Si bien es cierto que por regla general las decisiones estatales son de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los particulares "salvo norma expresa en contrario" como lo señala la primera parte del artículo 66 del decreto 01 de 1984, también lo es que, cuando de manera palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta ya citado, que ordena -se repite- que 'en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales', sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones".

"3. En conclusión, por las razones anteriormente expuestas, considera la Corte que el aparte normativo acusado no viola las normas invocadas por el demandante ni ningún otro precepto de la Constitución. No obstante, la norma será declarada executable condicionada a que cuando el juez administrativo advierte la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito tantas veces mencionado, y que cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica deberá aplicar el art. 4 de la Constitución...".

⁵⁷ La Sección Tercera de esta Corporación en reciente pronunciamiento hizo un estudio muy completo en relación con el debido proceso con énfasis en el debido proceso administrativo y contractual, de manera que la Sala se abstendrá de hacer cualquier análisis al respecto. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010, Exp. 16.367

⁵⁸ En la sentencia T-097 de 1994 la Corte hace evidente la evolución de su jurisprudencia en este tema, en la perspectiva de incrementar las garantías en materia administrativa, pues señaló: "21. Si bien es cierto que, en términos generales, la administración sólo está obligada a respetar unas garantías mínimas que no desconozcan el núcleo esencial de las garantías procesales, en aquellas circunstancias en las cuales una decisión administrativa de tipo disciplinario conlleve la limitación o pérdida de un derecho fundamental, el deber de acatar las garantías constitucionales es tan apremiante, como el que se deriva de las normas penales. La diferencia que aparece por encima de la obligación común de respetar los mínimos esenciales entre los dos ámbitos jurídicos mencionados, resulta de la consideración de la persona involucrada en la sanción y no simplemente del carácter funcional del derecho administrativo. El respeto de las garantías propias del debido proceso se exige en todas aquellas situaciones en las cuales la decisión administrativa o judicial pueda dar lugar a una afectación grave de los derechos fundamentales de la persona.

"Así lo expuesto por el Constituyente Hernando Londoño en los debates previos a la aprobación del artículo 29 de la Carta. 'El carácter del órgano que impone una sanción no altera la naturaleza del acto punitivo. Ciertamente ninguna diferencia ontológica se aprecia entre las sanciones impuestas por el

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

competencias funcionales que no han sido otorgadas por la ley por imposición o autorización, sin duda, vulnera el debido proceso en la medida en que afecta una de las garantías que hacen parte de este derecho fundamental de aplicación inmediata consagrado por el artículo 29 de la Constitución Política:

"Art. 29.- El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

"En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

"Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable, quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

"Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso".

En el asunto sub lite, como se ha venido diciendo, si bien el demandante no formuló cargos contra los actos administrativos cuestionados por la falta de competencia, pues sólo lo hizo por violación de normas que no eran aplicables a la relación jurídica de orden sustancial, la Sala advierte que el vicio es palmario, en la medida en que tratándose de un contrato de derecho privado de la administración que no tenía pactada la cláusula de caducidad y al cual no eran aplicables los principio de modificación, interpretación y terminación unilateral, la administración carecía de la competencia material para proferir actos administrativos con la virtualidad de afectar la relación

órgano jurisdiccional y aquellas que son producto de una decisión administrativa, como quiera que unas y otras afectan intereses esenciales de la persona, como su libertad personal o su patrimonio económico'. (Gaceta Constitucional, N° 84, p. 8).".

Expediente 15.686

Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

negocial en ejercicio de las potestades exorbitantes que sólo pueden ser impuestas o autorizadas por el ordenamiento legal y al hacerlo a través de los actos administrativos cuestionados vulneró el debido proceso de la Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario, por tal razón, la Sala oficiosamente declarará la nulidad total de los actos administrativos contenidos en la Resolución No. 000708 del 17 de junio de 1997 "*Por la cual se da por terminado unilateralmente un comodato*" y en la Resolución No. 000829 del 11 de julio del mismo año "*Por la cual se resulte un recurso*".

Es de anotar que si bien la declaración de nulidad de los actos administrativos daría lugar, en principio, a ordenar la devolución de los bienes objeto de las obligaciones del contrato al comodatario, como consecuencia de los efectos ex - tunc o hacia el pasado que reviste la sentencia de esta naturaleza, lo cierto es que actualmente el contrato se halla extinguido por el vencimiento del término convenido, el cual a términos del artículo 2205 del Código Civil⁵⁹ genera la obligación de restituir los bienes por parte del comodatario al comodante; de manera que en términos prácticos no es procedente ordenar la devolución de los bienes al comodatario para que éste, a su turno, los restituya al comodante como consecuencia de la llegada del término extintivo convenido para el fenecimiento del comodato.

En efecto, en la cláusula quinta del contrato las partes pactaron que el contrato tendría una duración de 7 años, contados a partir de la fecha de entrega de los bienes al comodatario, entrega que según se infiere del oficio suscrito por el Jefe de Maquinaria Municipal (fl. 18), se produjo el día 13 de agosto de 1993, fecha de suscripción del contrato, de suerte que el término del comodato expiraba el día 12 de agosto de 2000 y en ese momento el comodatario debía restituir los bienes al comodante, lo cual significa que en todo caso los bienes a la fecha de esta providencia ya deben hallarse en

⁵⁹ "Art. 2205. Restitución de la cosa prestada. El comodatario es obligado a restituir la cosa prestada en el tiempo convenido, o a falta de convención después del uso para que ha sido prestada.

Pero podrá exigirse la restitución antes del tiempo estipulado en tres casos:

1. Si muere el comodatario, a menos que la cosa haya sido prestada para un servicio particular que no pueda diferirse o suspenderse,
2. Si sobreviene al comodante la necesidad imprevista y urgente de la cosa;
3. Si ha terminado o no tiene lugar el servicio para el cual se ha prestado la cosa".

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-.
Nulidad y restablecimiento del derecho.

poder del comodatario, como se desprende del acta de restitución suscrita por las partes y que obra dentro del proceso (fls. 19 a 25).

vi.- La pretensión de restablecimiento del derecho.-

A título de restablecimiento del derecho, la parte demandante solicitó declarar que la Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-, "...no está obligada a pagar el 10% del valor del comodato (sic) a título de pena...".

A juicio de la Sala la declaración de nulidad de los actos administrativos cuestionados conlleva por imposición de la lógica y de manera automática la sustracción de la obligación de pagar la suma de dinero a la cual fue obligada a través del acto administrativo, de manera que la declaración en tal sentido se torna innecesaria.

Lo anterior no supone, desde luego, que en caso de que la parte demandante hubiere pagado alguna suma de dinero por concepto de la pena pecuniaria, ésta deba ser restituida por la entidad, pues la pretensión no fue formulada en tal sentido y, además, dentro del expediente no obra prueba que permita deducir que la demandante haya pagado suma alguna por dicho concepto.

vii.- La nulidad absoluta parcial del Contrato.- (Cláusula Séptima).

Al margen de la declaración de nulidad de los actos administrativos cuestionados, la Sala se halla en la obligación de declarar la nulidad absoluta de la cláusula séptima del contrato, pues si bien la decisión de fondo no se altera, en esencia, el control respecto de la nulidad absoluta de los actos y contratos surge de manera oficiosa para garantizar la prevalencia del orden público y el interés general, necesarios para la convivencia pacífica entre los integrantes del conglomerado.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

En efecto, el artículo 1742 del C.C.⁶⁰, contempla la facultad oficiosa del juez para pronunciarse respecto de las nulidades absolutas de los actos o contratos cuando éstas aparezcan de manifiesto en el mismo, como una expresión de la prevalencia del orden público y del interés general que debe primar sobre los intereses de orden particular que puedan recaer respecto de ciertos actos o negocios jurídicos.

Las causales de nulidad absoluta, vistas de manera general, están concebidas en el ordenamiento jurídico como una sanción para privar de eficacia los actos y contratos que se han erigido en contravía de los intereses superiores por cuya protección propende el orden jurídico. Obedecen a razones de interés público que por lo mismo puede ser declarada por el juez, aun sin mediar petición de parte, cuando sea manifiesta, como se ha dicho, para proteger al conglomerado de los efectos adversos que puedan desprenderse de un acto o contrato viciado de tales tipos de ilegalidad⁶¹.

Por oposición, las nulidades relativas, propenden por la protección de los intereses privados, de los intereses de las partes inmersas en el negocio jurídico o de quienes puedan verse afectados por el acto o contrato, conforme lo dispone el artículo 1743 del C.C.⁶², razón por la cual sólo puede ser declarada por el juez a pedimento de parte o por quienes en "*cuyo beneficio la han establecido las leyes*".

Los anteriores planteamientos generales permiten deducir sin dificultad alguna que las razones que informan las causales de nulidad absoluta,

⁶⁰ Artículo 1742.- Subrogado. Ley 50 de 1936, art. 2°. Acción de nulidad absoluta. Titularidad. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

⁶¹ BRUGI Biagio. Instituciones de Derecho Civil. Págs. 122 y s.s.

⁶² Art. 1743.- Acción de nulidad relativa. Titularidad. La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el sólo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio lo han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes.

La incapacidad de la mujer casada que ha obrado sin autorización del marido o del juez o prefecto en subsidio, habiendo debido obtenerla, se enriende establecida en beneficio de la misma mujer y del marido.

Expediente 15.686
 Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
 Nulidad y restablecimiento del derecho.

trascienden los límites sobre los cuales se plantea el debate sustancial para efectos de permitir al juez, a través de la declaración en tal sentido, proteger los intereses superiores de la colectividad y es por la misma razón que la facultad no puede verse restringida por el principio non [ne] reformatio in pejus, en cuanto tal extremo no haya sido cuestionado en sede de apelación, pese a que, eventualmente, la declaración en tal sentido pueda resultar lesiva a los intereses del apelante único. Además, resulta elemental que pudiendo el juez declarar de oficio las nulidades absolutas de los actos o contratos aun sin que hayan sido alegadas, la facultad la conserve en cualquiera de las instancias.

La Sala ha precisado en distintas oportunidades que la facultad del juez de declarar de manera oficiosa las nulidades absolutas que sean manifiestas en los actos o contratos, no están sometidas al régimen de la caducidad, no solo porque resulta evidente que durante el trámite del proceso puede transcurrir el tiempo previsto por el ordenamiento jurídico para que fenezca la oportunidad de alegarlas por la vía de acción, sino porque la facultad oficiosa difiere ostensiblemente del derecho público subjetivo de acción y los términos de caducidad están concebidos como límites temporales para hacer efectivos ante la jurisdicción por la vía de acción los derechos sustanciales, a más de que el fenecimiento del término de caducidad carece de la virtualidad para sanear los vicios de que adolezcan los actos o contratos. Pese a lo anterior, la Sala ha precisado que la facultad del juez no es ilimitada. En efecto, para declarar la nulidad de manera oficiosa debe observar i) Que no haya transcurrido el término de prescripción al cual se refiere el artículo 1742 del C.C., pues ocurrida la prescripción, se produce el saneamiento de los vicios⁶³. ii) Que el vicio surja de manera ostensible, palmaria, patente y, iii) Que

⁶³ El art. 1.742 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en los siguientes términos: "Al interpretar la norma objeto de demanda no prohíbe el saneamiento de la nulidad absoluta cuando ésta es generada por objeto o causa ilícita. Por el contrario, mediante la expresión acusada se autoriza su saneamiento siempre y cuando haya transcurrido un período determinado, que el legislador ha fijado en 20 años (ley 50/1936).

"En efecto: según el precepto acusado cuando la nulidad absoluta no es producida por objeto o causa ilícitos puede sanearse por ratificación de las partes 'y en todo caso por prescripción extraordinaria'. La expresión 'y en todo caso' se refiere no sólo a las nulidades producidas por causas diferentes a objeto o causa ilícitos sino también a las generadas por éstos; pues si el legislador hubiere querido excluir del saneamiento los actos o contratos cuyo objeto o causa es ilícito, bien hubiera podido omitir dicha frase y decir

Expediente 15.686
 Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
 Nulidad y restablecimiento del derecho.

en el proceso se hallen vinculadas las partes intervinientes en el contrato o sus causahabientes.

A este respecto ha precisado la jurisprudencia de la Corporación:

"Sobre este punto se ha pronunciado la Sala Plena, manifestando que la potestad del juzgador para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato, depende del cumplimiento de dos condiciones: que la nulidad absoluta se encuentre plenamente demostrada en el proceso, y que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, caso en el cual, surgirá el deber del juez de declararla, cualquiera sea el proceso de que se trate; y ha dicho además la Sala sobre tal facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, que la misma no está sometida al término de caducidad de la acción, *"...porque el ejercicio de una potestad difiere sustancialmente del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir la declaración judicial..."*, no obstante lo cual, sí se impone la limitación contenida en el artículo 1742 del C.C., *"...que prevé el saneamiento de la nulidad por prescripción extraordinaria de 20 años, aún cuando la misma se haya generado por objeto o causa ilícitos..."*⁶⁴

Por otra parte, se precisa que el término de prescripción extraordinaria que rige en el caso concreto es el de 20 años, según lo dispuesto por el artículo 2532 del C.C.⁶⁵, norma de carácter sustancial que se hallaba vigente⁶⁶ para la fecha en que comenzó a correr el término⁶⁷, el cual resulta aplicable a términos del artículo 41 de la Ley 153 de 1887⁶⁸.

En el asunto sub - lite, la Sala encuentra reunidos los presupuestos para declarar la nulidad absoluta parcial del contrato, particularmente en lo que dice relación con la cláusula séptima.

expresamente 'y por prescripción extintiva', pero ello no ocurrió así." - Sentencia C-597 de 1998-

⁶⁴ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 16 de febrero de 2006. Exp. 13.414

⁶⁵ Art. 2532.- Tiempo necesario para la prescripción extraordinaria. El lapso de tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción es de [veinte] años contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas por el artículo 2530. El artículo original disponía un término de 30 años para la prescripción extraordinaria, pero ésta fue reducida a 20 años por el artículo 1° de la Ley 50 de 1936.

⁶⁶ Para la fecha en que comenzó a correr dicho término no se hallaba vigente el artículo 6° de la Ley 791 de 2002, en virtud del cual se redujo el término de prescripción extraordinaria a 10 años.

⁶⁷ Debe entenderse que el término comenzó a correr a partir de la fecha de suscripción del contrato, esto es el 17 de agosto de 1993 (fl. 8).

⁶⁸ Art. 41.- La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no comenzará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir.

189

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

En efecto, no han transcurrido los veinte años (20) años de la prescripción extraordinaria contemplada por el artículo 2532 del C.C. El contrato se suscribió el día 17 de agosto de 1993 (fl. 8), de donde se desprende de manera diáfana que no ha fenecido el plazo para que se produzca el saneamiento de la nulidad.

En segundo lugar, el vicio de nulidad surge de manera ostensible.

A juicio de la Sala la cláusula séptima del contrato se halla viciada de objeto ilícito. La cláusula contractual es del siguiente tenor literal:

"SEPTIMA: OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR.- El Municipio se obliga a celebrar todos los contratos relativos a la conservación, mantenimiento, adecuación y arreglo de vías veredales en el municipio de Valledupar con el comodatario".

El objeto ilícito en los contratos, es una acepción un poco confusa que dista diametralmente del concepto de objeto ilícito en las obligaciones del contrato, que es verdaderamente el contexto que informa los artículos 1519⁶⁹, 1521⁷⁰ y 1523⁷¹ del Código Civil.

Resulta mucho más claro hablar de "objeto de las obligaciones", porque ello hace referencia a lo que se obliga el deudor en virtud del contrato o convención, conforme lo dispone el artículo 1517 *ibídem*⁷².

⁶⁹ ARTICULO 1519. <OBJETO ILICITO>. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.

⁷⁰ ARTICULO 1521. <ENAJENACIONES CON OBJETO ILICITO>. Hay un objeto ilícito en la enajenación:

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

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

3o.) De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello.

4o.) <Ordinal derogado por el artículo 698 del C. de P. C.>.

⁷¹ ARTICULO 1523. <OBJETO ILICITO POR CONTRATO PROHIBIDO>. Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

⁷² ARTICULO 1517. <OBJETO DE LA DECLARACION DE VOLUNTAD>. Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

Por oposición, el objeto del contrato consiste en dar, hacer o no hacer una cosa, es decir, se refiere a la cosa o el hecho sobre la cual se ponen de acuerdo las partes⁷³.

Los contratos no tienen objeto ilícito, lo ilícito puede recaer en el objeto de las obligaciones que se contraen en virtud del mismo, como sucede cuando una persona se obliga, a cambio de una suma de dinero, a cometer un homicidio, sin duda, en este caso el objeto es ilícito porque la obligación que contrae el deudor en virtud del contrato, además de inmoral está sancionada por la ley penal como ilícita y por ende, se halla proscrita.

Esta es la misma situación hipotética que observa la Sala en el asunto sub lite y que vicia la cláusula contractual de nulidad absoluta, siendo protuberante el vicio que lo aqueja.

En efecto, a través de la disposición contractual el municipio de Valledupar se obligó a celebrar todos los contratos relativos a la conservación, mantenimiento, adecuación y arreglo de vías (contratos de obra Pública) con el comodatario y resulta evidente que la entidad comodante no podía contraer tal obligación sin desconocer los más elementales principios que informan la función administrativa a términos del artículo 209 de la Constitución Política -igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad -, entre otros y sin incurrir en violación de los preceptos imperativos contenidos en el Decreto Ley 222 de 1983 y de la ley 80 de 1993, normas vigentes mientras estuvo vigente el contrato de comodato.

El artículo 16 del Decreto 222 de 1983, señalaba que el contrato de obra pública era uno de aquellos contratos que se ubicaban en la categoría de contratos administrativos, razón por la cual la escogencia del contratista debía efectuarse en **igualdad de oportunidades** mediante el proceso de

⁷³ Sobre el particular ver: RIPERT, Georges y PLANIOL, Marcel. Derecho Civil, Colección Clásicos del Derecho, pág. 828 y s.s.

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

licitación -pública⁷⁴ o privada⁷⁵- (artículo 27) o la contratación directa, según el supuesto específico que se presentara, lo cual implica que, en todos los casos, debía agotarse un proceso de selección para la escogencia de los contratistas y no podría la administración de manera arbitraria contraer obligaciones contractuales con el claro propósito de eludir la selección objetiva, imparcial, transparente y responsable de los contratistas de la administración, como en efecto lo hizo a través de la cláusula séptima del contrato.

En vigencia de la ley 80 de 1993 sucede lo mismo. La disposición contractual sub - exámine, se halla viciada de objeto ilícito en la medida en que la obligación contraída vulnera abiertamente los preceptos contenidos en los artículos 23, 24 y 29 ibídem, vigentes para la época, los cuales desarrollaban los principios rectores de la actividad contractual del Estado, particularmente el - principio de transparencia-, en virtud del cual la escogencia del contratista se efectuaría siempre a través de la licitación o concurso públicos, salvo en los casos en los cuales fuera procedente la contratación directa, evento en cual también resulta aplicable el deber de selección objetiva, el cual impone que la escogencia recaerá sobre el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores distintos.

Como se puede observar, de un sencillo análisis se desprende sin hesitación alguna que la cláusula contractual desconocía preceptos de orden imperativo que, desde luego, no podía desconocer la administración municipal, con lo cual contrajo obligaciones contrarias al orden jurídico, en la medida en que, con la disposición contractual cercenó la posibilidad de celebrar contratos de obra pública con el objeto de realizar labores de

⁷⁴ ARTICULO 29. Habrá obligación de efectuar licitación pública en todos los casos en que no se permita la licitación privada o la contratación directa, de acuerdo con las normas establecidas en este estatuto.

⁷⁵ El artículo 31 del Decreto - Ley 222 de 1983 disponía: "ARTICULO 31. Podrá efectuarse licitación privada en los siguientes casos: (...) 4. Cuando se trate de contratos de, obras públicas cuyo valor sea igual o superior a VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000.00) e inferior a CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000.00)".

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

conservación, mantenimiento, adecuación y arreglo de vías veredales del municipio de Valledupar en igualdad de condiciones y oportunidades con otros sujetos distintos al comodatario, contrayendo así una obligación que soslaya o contraviene disposiciones que hacen o hicieron parte para aquella época, del derecho público de la Nación.

La tercera exigencia se halla estructurada. Las partes intervinientes en el contrato fueron vinculadas debidamente al proceso, se garantizaron los derechos de contradicción y de defensa, razón por la cual resulta procedente declarar la nulidad absoluta de dicha cláusula contractual.

Finalmente es de anotar que la nulidad de la cláusula séptima del contrato no afecta la esencia del contrato de comodato, de manera que al ser eliminada, en un plano hipotético, el negocio jurídico podía subsistir; por tal razón la nulidad declarada, es parcial y sólo comprende la disposición contractual aludida.

viii.- Condena en costas.

No se impondrá condena en costas porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA

PRIMERO.- MODIFÍCASE la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 23 de julio de 1998. En su lugar, la parte resolutive quedará así:

Expediente 15.686
Actor: Empresa Asociativa de Trabajo Comunitario -EATCOM-
Nulidad y restablecimiento del derecho.

"Primero.- DECLÁRASE la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. 000708 del 17 de junio de 1997 "Por la cual se da por terminado unilateralmente un comodato" y 000829 del 11 de julio de 1997 "Por la cual se resulte un recurso", proferidos por el señor Alcalde Municipal de Valledupar.

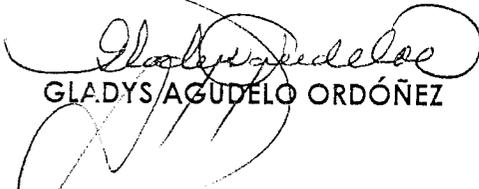
"Segundo.- DECLÁRASE la nulidad absoluta de la cláusula séptima del contrato de comodato celebrado entre el Municipio de Valledupar y la Empresa Asociativa de Trabajos Comunitarios EATCOM-, de fecha 17 de agosto de 1993, por las razones expuestas en la parte motiva.

"Tercera.- NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- En firme esta decisión devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ


MAURICIO FAJARDO GÓMEZ


HERNÁN ANDRADE RINCÓN