

ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL - Naturaleza jurídica antes del Decreto 2124 de 1992: establecimiento público / ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL - Naturaleza jurídica en el Decreto 2124 de 1992: empresa industrial y comercial del Estado / ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL - Régimen jurídico contractual: Decreto-Ley 222 de 1983 / REGIMEN JURIDICO CONTRACTUAL - Decreto-Ley 222 de 1983: aplicación al iniciar la etapa de selección o de suscribir el contrato / REGIMEN JURIDICO CONTRACTUAL - Aplicación en el tiempo

En primer lugar, se debe precisar que para la fecha de la suscripción del contrato, ADPOSTAL era un establecimiento público, así lo establecía el decreto 3.267 de 1963, norma que lo regía para la fecha de su suscripción. Posteriormente, y tan solo unos meses después de la firma del contrato objeto de este proceso, el decreto 2.124 de diciembre 29 de 1992 cambió la naturaleza jurídica de la entidad, para convertirla en una Empresa Industrial y Comercial del Estado. “Art. 1. NATURALEZA JURIDICA.- Reestructúrase en Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente a la Administración Postal Nacional - ADPOSTAL -, creada y organizada por el Decreto 3267 de 1963, vinculada al Ministerio de Comunicaciones, a la cual, salvo lo dispuesto en el presente Decreto, para todos los efectos, le serán aplicables las disposiciones que regulan el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.” Por este sólo hecho, es decir, porque a la fecha de suscripción del contrato, ADPOSTAL era un establecimiento público y su régimen jurídico contractual era el decreto-ley 222 de 1983, que en el artículo 1 definía claramente el campo de aplicación, incluyendo a este tipo de entidades descentralizadas. En este orden, es inaceptable el argumento de la parte actora, expuesto en los alegatos de segunda instancia, para defenderse de la nulidad deprecada por ADPOSTAL, según el cual la entidad era una Empresa Industrial y Comercial del Estado para la fecha de celebración del contrato –y que por eso no le aplicaban los requisitos previstos en el decreto 222-, ya que la transformación de la entidad se realizó meses después de su firma, y es sabido que los requisitos de formación del contrato administrativo, y por ende los de validez, se aprecian al momento de iniciar el proceso de selección del contratista, de modo que la modificación posterior de la naturaleza de la entidad mal podría subsanar los vicios de procedimiento en que se hubiera incurrido. Desde luego, se sabe que las exigencias establecidas por la ley para adelantar un proceso de contratación corresponden a las que se contemplan al iniciar la etapa de selección o de suscribir el contrato, de modo que las omisiones para ese momento no se sanan por el cambio de legislación; de la misma manera que las exigencias de la nueva ley no aplican a los contratos celebrados con anterioridad.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3267 DE 1963 / DECRETO 2124 DE 1992 - ARTICULO 1 / DECRETO-LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 1

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS - Contratos. Requisitos legales: Decreto Ley 222 de 1983 / CONTRATOS - De los establecimientos públicos. Requisitos legales: Decreto-Ley 222 de 1983 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - Rige contratos de los establecimientos públicos

En consecuencia, la Sala analizará si en los contratos de los Establecimientos públicos era necesario: i) el concepto del Consejo de Ministros, ii) la aprobación del Ministro al cual está vinculada la entidad y iii) la revisión de legalidad del Consejo de Estado, ninguno de los cuales obra en el proceso. En realidad no se requieren demasiados esfuerzos y razonamientos técnicos para resolver este interrogante, pues el artículo 252 del decreto-ley 222 lo respondía claramente:

“ARTICULO 252. DE LOS CONTRATOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. Además de los requisitos señalados en este estatuto, los establecimientos públicos deberán someter los contratos que celebren a la aprobación del Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle adscrito el respectivo establecimiento público, si dicho funcionario no fuere su representante legal, cuando la cuantía exceda de ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000.00). “El concepto del Consejo de Ministros y la revisión de legalidad del Consejo de Estado, sólo se requerirán cuando la cuantía sea superior a doscientos cincuenta millones de pesos (\$ 250.000.000.00).” Aquí se establecieron los tres requisitos que se vienen comentando, de allí que ADPOSTAL debió cumplirlos, pues se trata de una norma imperativa. No obstante, al revisar el proceso, la Sala encuentra que no los cumplió, del mismo modo que tampoco se adelantó la licitación pública que exigía la ley. Varias razones soportan esta conclusión: Porque el mismo ADPOSTAL es quien afirma que la contratación careció de esos requisitos, ya que simplemente el Gerente de la época invitó a tres empresas a presentar ofertas para el proceso de selección, y de allí escogió la mejor, pasando a celebrar el contrato correspondiente con el actor de este proceso.

FUENTE FORMAL: DECRETO-LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 252

DECRETO LEY 222 DE 1983 - Aplicación a contratos típicos y atípicos / CONTRATOS ATIPICOS - Aplicación del Decreto-Ley 222 de 1983 / CONTRATOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS - Aplicación de las normas del Decreto LEY 222 de 1983

De un lado, que el hecho de que el contrato fuera atípico -como efectivamente lo era, el decreto 222 de 1983 no lo regulaba, y ni siquiera el derecho privado lo hace-, no constituía razón suficiente para no satisfacerlos. De hecho, el artículo 1 del decreto 222 dispuso: “... Los contratos previstos en este decreto que celebren... los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto”, norma que no distinguió si sus reglas aplicaban sólo para los negocios jurídicos típicos o para los atípicos, luego, debe entenderse, en sana lógica, que es para todos, salvo norma expresa en contrario. Esta conclusión se deduce con claridad del artículo 25 del decreto-ley 222 de 1983, que establece que sin importar si el contrato es administrativo o de derecho privado, los requisitos que prevé son comunes a ellos, entre los cuales se encuentran los que se vienen comentando. En otras palabras, para la Sala, el conjunto de disposiciones citadas hasta ahora –arts. 1, 25 y 252-, tanto individualmente como en su conjunto, establecen que el decreto 222 le aplicaba a los establecimientos públicos, pero vale la pena insistir en un argumento más: El artículo 80 del mismo decreto dispone que allí sólo se regulan los contratos mencionados en él, entre los cuales no se encuentra el celebrado por las partes de este proceso, de donde se infiere, sin dificultad, que este negocio jurídico es atípico. Pero allí es precisamente donde surge un posible debate, porque el problema que sigue de esta conclusión es si el decreto 222 de 1983 sólo aplicaba a los contratos típicos o si también regía para los atípicos, teniendo en cuenta la disposición comentada, que empieza advirtiendo que “El presente estatuto trata de los siguientes contratos...”, propiciando la confusión en cuanto que sólo esos negocios son destinatarios del decreto-ley. Una aproximación admisible al problema sugeriría que un contrato que no esté enunciado en esta disposición no se rige, en ningún aspecto, por el decreto 222 de 1983, pues la norma es expresa en indicar –se insiste- que “... El presente estatuto trata de los siguientes contratos...” La otra posición, que comparte la Sala, señala que esta norma no se puede leer sin el contexto de las demás del decreto. En este sentido, resultaría contradictorio algo

como esto: el artículo 16 del decreto 222 enuncia los contratos administrativos, que indiscutiblemente se rigen por el decreto 222 de 1983, pero entre ellos se mencionan tres que no están regulados en los arts. 80 y ss. del mismo decreto: los interadministrativos, los de explotación de bienes del Estado y 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. La tesis anterior tendría que concluir que a estos –que no son típicos por no estar mencionados en el art. 80 (pero que en cierto sentido es obvio que lo son)- no les aplican las demás disposiciones del decreto. Esta argumentación es inaceptable. A la inversa ocurre otro fenómeno semejante, es decir, que demuestra lo inaceptable del criterio anterior-: resulta que los arts. 80 y ss. mencionan varios contratos administrativos y también otros de derecho privado de la administración, es decir, negocios jurídicos que no están relacionados en el listado del art. 16 del decreto 222 –como la compraventa y permuta de muebles, compraventa y permuta de inmuebles, arrendamiento, donación, para recuperación de bienes ocultos, acuñación de moneda metálica y de billetes y seguros-, de manera que estos sí se regirían por el estatuto de contratación, no así los demás contratos de derecho privado de la administración. Resulta claro, por tanto, que el listado del artículo 80 no tuvo por finalidad ser la disposición a partir de la cual se determinara cuáles negocios se regían por dicho estatuto, sino, sencillamente, regular aspectos sustantivos de los más importantes contratos que celebraba la administración. Como si fuera poco, sostener lo contrario también conduciría a pensar que las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades, capacidad para contratar, presupuesto, entre otras disposiciones generales de la contratación, tampoco aplicaban a estos negocios, lo cual no se ajusta a las demás normas del decreto –no se pierda de vista esto, que es muy importante en esta discusión-, especialmente el art. 25 ya citado, que con claridad dispone que “Salvo disposición legal en contrario, la celebración de contratos escritos, administrativos y de derecho privado de la administración, se someterá a los siguientes requisitos: (...)” norma que por su claridad no requiere mayores explicaciones, pues directamente establece que las exigencias que a continuación enumera aplicaban a los contratos administrativos y a los de derecho privado de la administración. En estos términos, la Sala reitera que el artículo 80 servía para catalogar los contratos como típicos o atípicos, pero no para derivar de allí los que se regían por el resto de normas del decreto y los que no. La validez de esta conclusión quedó demostrada con lo expuesto hasta ahora.

FUENTE FORMAL: DECRETO-LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 1 / DECRETO-LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 16 / DECRETO-LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 25 / DECRETO-LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 80

TEORIA DE LOS ACTOS PROPIOS - Contenido y alcance / CONTRATOS - Clasificación: de precio indeterminado y de precio determinado. Importancia práctica / IMPUESTO DE TIEMBRE - Pago. Contratos de precio determinado y de precio indeterminado / CONTRATO DE PRECIO INDETERMINADO - No lo es si precio es determinable / CONTRATO DE PRECIO INDETERMINADO - No lo es necesariamente el contrato en que se pactan precios unitarios / CONTRATOS A PRECIO UNITARIO - Alcance / CONTRATO A PRECIO DETERMINADO - Pago total del impuesto de timbre al inicio del contrato

De otro lado, en relación con el argumento de que el precio del contrato era indeterminado, la Sala tampoco acepta este argumento como justificación para eludir los requisitos mencionados, la cláusula segunda definió el valor, así: “Segunda - Valor. El valor del presente contrato se estima en la suma de... (382'000.000). Sin embargo el costo real será el que resulte de multiplicar el

número de volantes entregados por la tarifa fijada en las cláusula sexta.” Según este acuerdo, el contrato sí tenía valor preciso, de manera que ahora no puede negarse una cláusula que lo estableció concretamente; y el hecho de que el monto final resultara de multiplicar el número de volantes repartidos por el valor de cada uno, no significa que las partes no hubieran concretado el precio, pues conocían a cuánto podía ascender. Esta posición de la parte demandante atenta, incluso, contra el principio que se expresa en la “teoría de los actos propios”, que prohíbe desconocerlos a quien consiente en un acto o acuerdo, o a quien ha participado de él; bien reduciendo la intensidad y rigor de su alcance y sus efectos, o bien, negándole definitivamente el valor que tiene. Este comportamiento es reprochable, porque desdice de la seriedad que tiene la voluntad expresada en los negocios jurídicos, lo cual es un valor que el ordenamiento jurídico, tanto público como privado, protegen a través de los jueces. Ahora, para comprender mejor el tema, la Sala recuerda que el origen de la calificación de los contratos como de “precio indeterminado” o de “precio determinado” tiene importancia práctica para efectos del pago del impuesto de timbre, como quiera que las normas tributarias han establecido que este tributo se pague en los días siguientes a la firma del negocio jurídico, si tiene precio determinado –y supera los montos que establece la ley-, o a medida que se ejecute el contrato, si es de precio indeterminado –en este caso, el pago se diluye en el tiempo, siendo financieramente más favorable para quien lo debe cancelar-. De modo que la determinación o la indeterminación del precio alude a la imposibilidad de concretar el valor desde que se perfecciona el contrato. No obstante, esto no significa que cualquier dificultad de precisión lo convierta en indeterminado, ya que si es posible hacerlo de algún modo, entonces se tratará de un precio determinable, que las partes deben precisar. Este tipo de inconvenientes es usual en los negocios donde se pactan precios unitarios, toda vez que el valor total de esos contratos resulta de multiplicar el valor unitario por las cantidades ejecutadas. En principio, pudiera creerse que todo contrato de precio unitario es indeterminado, pues sólo se conocerá el valor final cuando se ejecute. Sin embargo, es claro que si las partes tienen las cantidades aproximadas, entonces el precio es determinable, y lo deben calcular para los efectos tributarios. Este es el entendimiento que se le ha dado a esta clase de negocios. A juzgar por lo expuesto, lo que el actor sostiene a manera de defensa carece de fundamento contractual; el hecho de que el contrato fue a precio unitario –a ADPOSTAL le pagaban \$7 por cada volante distribuido- no significa que tuviese un valor indeterminado, ya que, según lo visto, por este sistema también se celebran contratos como los de obra pública, suministro y algunos de consultoría, donde si bien desde el inicio no es posible saber cuál será el precio final –porque las cantidades de obra, de bienes o de trabajo varían-, las partes sí pueden calcular el precio estimado, el que se toma como valor del contrato, pese a que en cada acta de entrega o de avance de trabajos y de pago se concreta realmente el valor final. Como si fuera poco, la cláusula 16 del contrato No. 038 de 1992 estableció que el contratista debía pagar, dentro de los diez días siguientes a la firma del mismo, el impuesto de timbre, el cual no se cancela totalmente cuando este es a precio indeterminado, sino poco a poco, a medida que se ejecuta. En tal sentido, dispuso el párrafo de la cláusula 16: “Párrafo: El contratista se obliga a cumplir, dentro de los diez (10) días siguientes al perfeccionamiento del presente contrato, con el pago de los derechos de publicación... Dentro del mismo término deberá pagar el impuesto de timbre...” Lo anterior, ratifica, adicionalmente, que el contrato no era de precio indeterminado, sino concreto, porque de no haber sido así este impuesto no se habría pagado totalmente al inicio del mismo. Y esto es natural, porque así lo disponen las normas tributarias: si el contrato es indeterminado en su precio el pago del impuesto no se anticipa sino que se cancela en la medida en que se ejecuta el negocio, luego, si acaso era indeterminado, cabe preguntar ¿cómo fue que el beneficio financiero que confiere esta calificación no surtió el efecto que el

estatuto tributario prevé a favor del contratista? ¿Acaso renunció a él con esta cláusula? Esto es impensable, y lo que demuestra es que las partes del negocio sí concretaron el precio. En definitiva, ni siquiera los contratantes calificaron el contrato como de precio indeterminado, le establecieron un valor concreto, y a eso se deben atener para todos los efectos, incluido el que se estudia en este proceso.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la teoría de los actos propios, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de abril 26 de 2006, Exp. 16.041.

CONTRATOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS - Valor. Determina cumplimiento de ciertos requisitos en el contrato / VALOR EN EL CONTRATO - Importancia en cuanto determina el cumplimiento de ciertos requisitos y exigencias legales: aprobaciones y conceptos / CONTRATOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS - Exigencia de aprobaciones y conceptos en atención a su valor: Decreto-Ley 222 de 1983 / CONTRATO - Nulidad absoluta por omisión de aprobaciones y conceptos ordenados en la ley / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Por omisión de aprobaciones y autorizaciones ordenadas en el Decreto-Ley 222 de 1983

Ahora, esta discusión –la del valor del contrato- es importante por muchas razones, entre ellas porque el artículo 252 del decreto 222 de 1983 sujetaba el cumplimiento de algunos requisitos a este aspecto. En tal sentido, se requería “la aprobación del Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle adscrito el respectivo establecimiento público... cuando la cuantía exceda de ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000.00)”, y también se necesitaba “el concepto del Consejo de Ministros y la revisión de legalidad del Consejo de Estado... cuando la cuantía sea superior a doscientos cincuenta millones de pesos (\$ 250.000.000.00).” Por tal razón, este debate es decisivo para la parte actora; pero está claro que el contrato No. 038 de 1992 superaba ambos montos, siendo necesario, por tanto, que ADPOSTAL contara en su momento con las autorizaciones y conceptos exigidos por la ley. Esto, pese a que los valores previstos en el decreto-ley 222 datan de 1983, al paso que el contrato se suscribió en 1992, en virtud a que la norma no estableció la necesidad o posibilidad de actualizar anualmente la cifra, estableciendo, por el contrario, un monto único e invariable, el cual no podían modificar las partes, y tampoco ahora el juez. En estas condiciones, también es inaceptable aquél otro argumento de la parte actora, que solicita actualizar el valor legal a la fecha del contrato, para demostrar que no se necesitaban los requisitos legales que ahora se echan de menos. Finalmente, otro argumento del actor, para justificar la innecesariedad de las autorizaciones y conceptos, es que el contrato no implicaba erogación a cargo del Estado, sino el deber de pagar sumas de dinero en su favor. Este argumento tampoco prosperará, en atención a que las normas citadas del decreto-ley 222, no distinguían entre contratos cuyo valor superara los \$150'000.000 o los \$250'000.000 –según la exigencia- y que además los pagara el Estado o los recibiera de los particulares, para definir a partir de ahí si se exigían los requisitos. Por el contrario, y sin distinguir, las normas se limitaron a establecer que si se superaban esos valores se requerían las autorizaciones y conceptos correspondientes. En estos términos, no cabe la menor duda de que el contrato No. 038 de 1992 necesitaba los conceptos y autorizaciones aludidas, de manera que su ausencia genera el vicio de nulidad absoluta del contrato, en caso de no haberse contado con ellos, como lo afirma ADPOSTAL y también lo admite la parte actora -pese al esfuerzo de este último por justificar su ausencia-.

FUENTE FORMAL: DECRETO-LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 252

RESERVA LEGAL - En nulidad absoluta de los contratos. Justificación / CONTRATOS - Nulidad absoluta / CONTRATOS - Requisitos legales: artículo 25 del Decreto-Ley 222 de 1983 / CONTRATOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS - Requisitos legales: artículo 252 del Decreto-Ley 222 de 1983 / CONTRATOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS - Omisión de requisitos legales vicia el negocio jurídico

Definido lo anterior, la Sala debe analizar por qué la omisión de los tres requisitos genera el vicio de nulidad absoluta del contrato. La respuesta tiene un fundamento legal, como no podría ser de otro modo, en atención a que para este tipo de sanciones sobre los actos y los contratos existe una clara reserva de ley, pues se afecta el principio de la libertad contractual y el de la capacidad para obligarse, en tanto que la nulidad del negocio las restringe. En primer lugar, porque el art. 25 del decreto 222 de 1983 establece que las tres exigencias analizadas se necesitaban para los contratos administrativos y para los de derecho privado de la administración, de allí que su omisión desconoce abiertamente normas imperativas de la contratación estatal. En tal sentido, dispuso categóricamente el inciso primero del art. 25: “DE LOS REQUISITOS. Salvo disposición legal en contrario, la celebración de contratos escritos, administrativos y de derecho privado de la administración, se someterá a los siguientes requisitos: ...” Para la Sala esta norma no admite matices, ni posibilidades de disposición de su contenido, salvo ley en contrario. Ahora, los mismos requisitos se iteran en el artículo 252 del decreto 222 -ya citado-, que se refiere, en particular, al régimen de los contratos de los establecimientos públicos –naturaleza que tenía ADPOSTAL-, lo cual refuerza la idea de que se trata de una norma imperativa, cuyo desconocimiento produce vicios en el negocio jurídico. Y no podía ser para menos, pues la omisión de estos requerimientos eludió los controles administrativos y jurisdiccionales que el decreto-ley 222 estimó necesarios para los diferentes contratos, cuando superaban determinado valor. No se trata, por tanto, de normas de las cuales se pudiera disponer, sino de verdaderas exigencias del proceso de escogencia del contratista, cuya omisión exige protección, pues el art. 25 disponía que “... Salvo disposición legal en contrario, la celebración de contratos escritos, administrativos y de derecho privado de la administración, se someterá a los siguientes requisitos...”. Con una exigencia legal tan contundente, ¿cómo podría pensarse que las partes pudieran omitirlas, o disponer de alguno de los requisitos que a continuación enuncia la norma? La importancia de estas exigencias se valora mejor si se tiene en cuenta que el artículo 252 se ubica en el capítulo 3 del decreto 222, que se refiere a las reglas contractuales especiales para las entidades descentralizadas, y en especial el precepto citado es exclusivo para los establecimientos públicos, de modo que la omisión de los requisitos previstos para sus contratos elude algunos de los más importantes que la ley contempla.

FUENTE FORMAL: DECRETO-LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 25 / DECRETO-LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 252

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Por ausencia de requisitos legales / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Por objeto ilícito y por violar normas imperativas / OBJETO ILICITO - Es causal de nulidad absoluta del contrato / VIOLACION DE NORMAS IMPERATIVAS- Genera nulidad absoluta del contrato / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Por violación de normas de derecho público: artículo 79 del Decreto-Ley 222 de 1983 / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Aplicación de normas de derecho privado a contratos de la Administración

Ahora, bien la ausencia de estos requisitos genera el vicio de nulidad absoluta del contrato, por varias razones, las cuales no se excluyen, sino que se complementan. De un lado, porque el art. 15 del Decreto-ley 222 de 1983 dispuso que el requisito del objeto lícito se regirá por las normas que sobre la materia establecen el Código Civil y las disposiciones complementarias, luego se impone concluir que el contrato No. 038 de 1992 se encuentra afectado de ilicitud, como quiera que el artículo 1.519 del Estatuto Civil prescribe que “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación”. Luego el artículo 1.741 ibídem, establece que constituye nulidad absoluta “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita...”, y también el artículo 16 estipula que “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”. A la misma conclusión se llega si se aplica el Código de Comercio –norma que rige el negocio del caso concreto, teniendo en cuenta que una de las partes del contrato (el actor) era un comerciante-, los numerales 1 y 2 del artículo 899 consagran como causales de nulidad absoluta de los negocios jurídicos la violación de normas imperativas y la ilicitud en el objeto, según el siguiente texto: “Artículo 899. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: “1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; “2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, ...”. A los anteriores preceptos se puede acudir, como lo ha entendido esta Sección - invariablemente-, porque la norma que regula las nulidades contractuales en el decreto 222 de 1983 así lo dispone, en el inciso primero del artículo 78: “Además de los casos previstos en las disposiciones vigentes los contratos... son absolutamente nulos: (...)”. Esas “disposiciones vigentes” son las del derecho privado, a las cuales ahora también se acudirá. No obstante, la nulidad también tiene fundamento en la causal b) del citado artículo 78, según el cual: “Artículo 78.- De las causales de nulidad absoluta. Además de los casos previstos en las disposiciones vigentes, los contratos a que se refiere el presente estatuto son absolutamente nulos: (...) “b).- Cuanto contravengan normas de derecho público; (...)”.

FUENTE FORMAL: DECRETO-LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 15 / DECRETO-LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 78 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 16 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1519 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1741 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 899 NUMERAL 1 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 899 NUMERAL 2

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Declaración de oficio por el juez de segunda instancia. Fundamento jurídico / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Presupuestos para su declaración oficiosa / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Declaración oficiosa no está restringida por caducidad de la acción. Justificación / CADUCIDAD DE LA ACCION - No es aplicable al juez cuando declara de oficio la nulidad absoluta del contrato / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Declaración de oficio. Límites. Saneamiento por prescripción extraordinaria

Establecido que la ausencia de los requisitos estudiados hasta ahora genera el vicio de nulidad absoluta del contrato, es necesario aclarar que la facultad que tiene esta Sala de declararla deriva del parágrafo del art. 78 de decreto 222, que establece: “Las causales aquí previstas pueden alegarse por el Ministerio Público en interés del orden jurídico o ser declaradas oficiosamente, cuando estén plenamente comprobadas. No se sanean por ratificación de las partes.” Es así como en este caso, incluso, el Ministerio Público solicita se declare la nulidad, aunque está claro que es posible hacerlo de oficio, en las condiciones anotadas en

la norma transcrita. Finalmente, el actual art. 87 CCA. -modificado por la ley 446 de 1998- estableció en el inciso tercero que: “El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.” En estas condiciones, el ordenamiento jurídico contempla un poder excepcional del juez para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, que, conforme lo precisó la Sala Plena de la Corporación, es procedente si la nulidad está plenamente demostrada en el proceso y en el mismo intervienen las partes contratantes o sus causahabientes. Ahora, y de forma extraordinaria, esta posibilidad no está restringida al término de caducidad de la acción, porque si bien para el momento en que el juez actúe han podido transcurrir los plazos que la ley establece para intentar la acción correspondiente, esta Sección ha sostenido invariablemente que por su naturaleza ello no aplica cuando la nulidad se decreta de oficio, pues resulta apenas obvio que el juez suele conocer de los procesos –y más en segunda instancia- cuando el tiempo ha vencido. De esta manera, la caducidad es exigible de las partes del contrato o de los terceros con interés que solicitan su nulidad, pero no del juez cuando la decreta de oficio. En esa perspectiva: “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...” (sentencia de 16 de febrero de 2006. Exp. 13.414) En esta misma línea de pensamiento señaló esta Sección, en la sentencia de 6 de julio de 2005 –exp. 12.249-, que: “Sobre el referido poder, la Sala ha precisado que puede ejercitarse al dictar el fallo, en cualquiera de las instancias, y así la controversia judicial no haya girado en torno a dicha nulidad, mientras en el proceso intervengan las partes contratantes, porque de lo contrario se violaría la garantía constitucional del debido proceso. “Esa facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, 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 en el sentido que propone el actor.”

FUENTE FORMAL: DECRETO-LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 78 PARAGRAFO / CODIGO CONTENCISO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 INCISO 3 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1742

NOTA DE RELATORIA: Acerca de la potestad del juez para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato, ver sentencias del Consejo de Estado, de febrero 16 de 2006, Exp. 13.4146, y de julio 6 de 2005, Exp. 12.249.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Límites a su declaración oficiosa / PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA - Saneamiento de nulidad absoluta del contrato salvo cuando hay objeto o causa ilícitos / PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA - Es diferente a caducidad de la acción / PRESCRIPCIÓN

EXTRAORDINARIA - Aplicación de la norma vigente al momento de celebrarse el contrato / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Declaración de oficio al no haber operado prescripción extraordinaria de 20 años

Sin embargo, la anterior posibilidad tiene un límite. Resulta que en términos del art. 1.742 del Código Civil -aplicable tanto a la contratación regida por el decreto-ley 222 de 1983 como por la ley 80 de 1993-, “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato... Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”, de manera que transcurridos 20 años –para la época de suscripción del contrato sub iudice (10 años ahora, con la reforma de la ley 791 de 2003)- ni siquiera de oficio procede su declaración, pues la ley sana los vicios, por ministerio de la ley. En otras palabras, ni siquiera de oficio se puede anular un contrato estatal, cuando ha transcurrido el término de prescripción extraordinaria – que antes fue de 20 años y hoy es de 10-, porque la ley sana el vicio. Sin embargo, obsérvese que una cosa es la prescripción y otra la caducidad, de allí que si bien esta no corre para el juez, aquella sí, y por eso el art. 1.741 sí lo vincula. Vale la pena aclarar que el término de prescripción extraordinaria que rige el caso concreto es el de 20 años, porque la norma que lo establece es de naturaleza sustantiva –no procesal- y porque era la vigente al momento en que empezó a correr –o sea a la fecha de suscripción del contrato-, de allí que por aplicación de la ley 153 de 1.887 se sabe que los plazos que han empezado a correr se rigen por la ley vigente al momento en que lo hicieron. Este es el caso, porque la reforma a dicha norma es de 2003, fecha para la cual venía corriendo la prescripción de 20 años. Por tanto, como no han transcurrido los 20 años, entonces esta jurisdicción puede declarar la nulidad del contrato.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1741 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1742 / LEY 153 DE 1887

SANEAMIENTO DE LA NULIDAD DEL CONTRATO - Situaciones en que se produce / NULIDAD DEL CONTRATO - Saneamiento / NULIDAD ABSOLUTA - Por objeto ilícito. No es saneable por mandato de la ley

Finalmente, lo analizado hasta ahora debe diferenciarse de la figura del saneamiento de la nulidad, en virtud del cual, y en términos del artículo 1.742 CC., “Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”. Según esta disposición, el saneamiento convalida los negocios que nacieron con un vicio en su formación, en dos situaciones: i) cuando las partes satisfacen con posterioridad la deficiencia de que haya adolecido el negocio, o ii) sencillamente dejando que transcurran los 20 años de prescripción –hoy en día 10 años-. Lo anterior aplica tanto para la nulidad relativa, como cuando el vicio es constitutivo de nulidad absoluta, salvo que ésta se haya producido por objeto o causa ilícita, en cuyo evento no es saneable, por disposición de la ley. De manera que en el caso concreto ni siquiera procede el saneamiento del vicio advertido en esta instancia, por voluntad de las partes, sencillamente porque el defecto radica en el objeto, que no es saneable de esta manera.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1742

NULIDAD DEL CONTRATO - Excepción al saneamiento de la nulidad: contratos sobre bienes de uso público / SANEAMIENTO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Improcedencia tratándose de los contratos sobre bienes de uso público / BIENES DE USO PUBLICO - Características /

CADUCIDAD DE LA ACCION - Inexistencia en acción para declarar nulidad absoluta del contrato que recae sobre bienes de uso público / NULIDAD DEL CONTRATO - De oficio solo procede la absoluta

No obstante, esta postura tiene, a su vez, una limitante en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es decir, un caso en el cual el transcurso del tiempo no impide al juez pronunciarse sobre la nulidad de un contrato, bien de oficio o bien por solicitud de parte o de un tercero. Se trata de los contratos que disponen de los bienes de uso público, los cuales -por razones constitucionales- son inembargables, imprescriptibles y no se pueden enajenar. Sobre el particular ha expresado esta Sección –sentencia de 6 de julio de 2005. Exp. 12.249-: “Cabe tener en cuenta también, conforme lo ha advertido esta Corporación, que tal saneamiento de la nulidad absoluta no opera cuando el vicio de invalidez se produce en consideración a la características de los bienes de uso público, bajo el entendido de que tales eventos están amparados por la imprescriptibilidad, según lo dispuesto en el artículo 63 de la Constitución y en el parágrafo 1 del artículo 136 del C.C.A, modificado por el art. 44 de la ley 446 de 1998. “Lo anterior ha conducido a considerar que no opera la caducidad de la acción ejercitada con el objeto de que se anule un contrato que recayó sobre un bien de uso público, conforme lo indicó la Sala en sentencia proferida el 16 de febrero de 2001, expediente 16.596, actor: Personería Distrital de Bogotá. En esta oportunidad reiteró lo afirmado por la Sala Plena de la Corporación en la sentencia que resolvió la demanda de nulidad de los actos administrativos que autorizaron la transferencia del dominio de la propiedad del subsuelo de los terrenos conocidos con el nombre de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana: “ [e]l mero transcurso del tiempo no puede extinguir las acciones encaminadas a que se produzca declaración judicial sobre la propiedad del subsuelo. De no ser así, el paso del tiempo volvería indirectamente enajenable o prescriptible un bien público carente de esas características. Dicho en otras palabras, de aceptarse la tesis sobre la caducidad en casos como éste, los bienes de uso público podrían convertirse en patrimonio particular de quienes los detenten por espacio de 20 años.’ ” Amén de lo manifestado, es claro que la nulidad que se puede declarar de oficio es la absoluta, no así la relativa, porque la norma citada del decreto 222 confiere competencia al juez sólo para estos efectos, de allí que la nulidad relativa sólo puede alegarla la parte interesada.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 63 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136 - PARAGRAFO 1

NOTA DE RELATORIA: Acerca de la facultad que tiene el juez de pronunciarse sobre la nulidad de un contrato, bien de oficio o bien por solicitud de parte o de un tercero, sin consideración al transcurso del tiempo, siempre que se trate de contratos que dispongan sobre bienes de uso público, ver sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, de julio 6 de 2005, Exp. 12.249; y de septiembre 13 de 1999, Exp. 6976. Igualmente puede consultar la sentencia de la misma Corporación y Sección, de octubre 12 de 2000, Exp. 13097, que se refiere a la facultad que tiene el juez de declarar oficiosamente la nulidad del contrato únicamente por causales de nulidad absoluta.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Declaración oficiosa. Justificación / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Requisitos para su declaración oficiosa / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Deber de declararla oficiosamente aun en segunda instancia

Ahora, si bien puede sorprender a las partes, o a alguna de ellas, que en primera o en segunda instancia el juez declare la nulidad de un contrato o parte de él, cuando el proceso no giró alrededor de este aspecto, lo cierto es que el ordenamiento jurídico lo permite, si la encuentra probada, con el fin de hacer prevalecer en los negocios jurídicos el interés general y el orden público. De esta forma, bien puede solicitarse (sic) en la demanda la nulidad absoluta, o proponerse como excepción -por la parte interesada-, o deprecarla el ministerio público en cualquier estado del proceso, o el juez en cualquiera de las instancias. En consecuencia, tanto en la primera como en la segunda instancia es posible declarar la nulidad absoluta del contrato, siempre y cuando los afectados hagan parte del proceso, y esté probada la causal. Y aunque es innegable que en la segunda instancia es más sorpresiva para las partes una decisión de estas, lo cierto es que la ley privilegió la protección del orden jurídico, de la moral y del interés general -sobre el interés de las partes-, cuando autorizó declarar la nulidad del contrato si concurrían las anteriores condiciones. El juez no puede abstenerse de declarar la nulidad, si la encuentra acreditada, toda vez que la ley no le confiere una potestad discrecional para hacerlo, sino que le impone la obligación de actuar. Por las razones expuestas la Sala declarará, en la parte resolutive, la nulidad absoluta del contrato.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la potestad que tiene el juez de declarar la nulidad absoluta del contrato, en primera o en segunda instancia, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de octubre 12 de 2000, Exp. 13097.

PRINCIPIO DE EQUIDAD - Aplicación en pago de prestaciones cuando se declara nulidad absoluta del contrato / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Reconocimiento y pago de prestaciones ejecutadas durante vigencia del contrato

En relación con las restituciones derivadas de la declaración de nulidad absoluta, la Sala considera que si bien no proceden por vicios como el que se estudió antes, no debe perderse de vista que la ley 80 de 1993 reguló el tema de manera distinta, permitiendo que lo dado o pagado, siempre que aproveche a la entidad, lo compense ésta –art. 48 de la ley 80-. Se trata de la aplicación del principio de equidad, que, salvada la buena fe, ordena pagar las prestaciones recibidas en todo aquello que ha favorecido a la otra parte del contrato. De alguna manera, esta disposición también supone, parcialmente, la aplicación de la prohibición del enriquecimiento sin causa, porque impide que una parte del contrato se beneficie impunemente de los servicios prestados por otra, que no actuó de mala fe. En estos términos, siguiendo la orientación filosófica del art. 48 de la ley 80, es perfectamente aplicable al caso concreto que las partes paguen todo aquello que las hubiere favorecido, en los términos, condiciones y precios del contrato celebrado. Por ello, se ordenará a las partes del contrato, en el término de 2 meses, contados desde la ejecutoria de esta providencia, liquidar bilateralmente el negocio jurídico, para los únicos efectos de saldar las cuentas de las cantidades de trabajo efectuado. Para estos efectos, verificarán las cantidades de volantes repartidos y las sumas pagadas, con el fin de declararse a paz y salvo o, eventualmente, determinar si alguna parte del trabajo no fue remunerado. Concretado este aspecto se dará por liquidado el negocio, a fin de que una y otra parte se den por satisfechas en cuanto al reconocimiento y pago de lo dado y entregado, no empece a la nulidad la nulidad absoluta de que adolece el negocio. En todo caso, esta liquidación no admite la formulación de observaciones o constancias de inconformidad, limitándose a realizar las operaciones aritméticas necesarias para esclarecer el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas durante la vigencia del contrato, y teniendo en cuenta que en esta

acción se solicitó la declaración mutua de incumplimiento del contrato, ninguna de las cuales prosperó, por darle paso a la declaración de nulidad del negocio. En el evento de que por cualquier circunstancia no se liquide bilateralmente el contrato, la entidad estatal lo hará de manera unilateral, dentro del mes siguiente al vencimiento del término anterior, con las condiciones y para los exclusivos propósitos allí indicados.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 48

NOTA DE RELATORIA: Con salvamente de voto del Consejero de Estado doctor Mauricio Fajardo Gómez y del Conjuez doctor Martín Bermúdez Muñoz. Así mismo, con aclaración de voto de la Consejera de Estado (E) doctora Gladys Agudelo Ordóñez.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA**

Consejero Ponente: Enrique Gil Botero

Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil diez (2010)

No. interno:	18.294
Radicación número:	250002326000199400492 01
Actor:	Delivery Publicidad Ltda.
Demandado:	Administración Postal Nacional –Adpostal-
Referencia:	Acción contractual

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 14 de diciembre de 1.999 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, en la que se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Se advierte que el proceso se tramitará en esta instancia con prelación, por dos razones: de un lado, porque la Administración Postal Nacional –en adelante Adpostal- entró en liquidación, y la Sección Tercera ha establecido que frente a esta situación se tiene preferencia para el fallo. De otro lado, porque la Sala se pronunció favorablemente ante una solicitud de prelación, en auto de julio 25 de 2007 –fl. 465, cdno. Ppal.-.

Finalmente, se anticipa que la sentencia del tribunal será revocada, por las razones que pasan a exponerse.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. Pretensiones

DELIVERY PUBLICIDAD LTDA. demandó a ADPOSTAL, en ejercicio de la acción contractual, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera. Que se declare que entre las sociedades DELIVERY PUBLICIDAD LTDA. y la ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL –ADPOSTAL- se celebró el contrato no. 038 del 26 de junio de 1992, con sus modificaciones de que tratan los OTROSIS suscritos por las partes, contrato que se halla vigente.

“2. Que de conformidad con lo expuesto y demostrado en este proceso se declare que la ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL –ADPOSTAL- ha venido incumpliendo el contrato No. 038 del 26 de junio de 1992 en forma permanente.

“3. Que como consecuencia de la anterior declaración, la ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL –ADPOSTAL- es responsable de todos los perjuicios ocasionados a sociedades DELIVERY PUBLICIDAD LTDA.

(...)

Entre los perjuicios reclamados se distinguieron los morales y los materiales, con la correspondiente corrección monetaria e intereses. Estas pretensiones se fundamentan en los siguientes hechos y argumentos jurídicos.

1.2. Los hechos

El 20 de mayo de 1992 ADPOSTAL invitó a varias empresas a concursar para el “servicio de promoción por correo”, que consistía en la distribución de publicidad de las empresas participantes, por medio de los canales de distribución de correspondencia que tenía ADPOSTAL. Para esto se anexaría a las facturas o

cuentas de cobro de servicios públicos que repartía ADPOSTAL los volantes que deseara distribuir la empresa de publicidad. De esta manera, la entidad estatal aprovecharía su capacidad logística e infraestructura, vendiendo el servicio de reparto de publicidad.

Se presentaron 3 empresas: Multipúblico, Express Publicidad y DELIVERY PUBLICIDAD LTDA., y todas exigieron una “cláusula de exclusividad de la operación” de los volantes. Dicha cláusula, finalmente, se incorporó al contrato.

La propuesta seleccionada fue la de DELIVERY PUBLICIDAD LTDA., porque ofrecía a ADPOSTAL una suma más alta de dinero -\$7 por volante distribuido-, mientras que las otras ofrecían menos -\$2,50 y \$3,50 por volante-.

En el contrato se pactaron, entre otras, las siguientes condiciones: i) un plazo de ejecución de 4 años, ii) la cláusula de exclusividad, que comprometía a ADPOSTAL a repartir volantes sólo para DELIVERY PUBLICIDAD LTDA., de manera que con ninguna otra empresa podía contratar ese servicio, iii) el deber de ADPOSTAL de entregar los volantes, junto con las facturas que distribuía.

Luego se suscribieron dos otros: i) con el primero se cambió el nombre del contratista, pues inicialmente fue la empresa HOYOS Y HOLGUIN LTDA. y luego DELIVERY PUBLICIDAD LTDA., además de contemplar la posibilidad de distribuir muestras de productos. ii) Con el otro se autorizó la distribución de los volantes no sólo a través de las facturas y cuentas de cobro de servicios públicos, sino de cualquier correspondencia que repartiera ADPOSTAL.

Como la logística de la operación era compleja, las partes acordaron un “Manual Instructivo para la Distribución de Volantes Publicitarios”, donde se reguló la manera de almacenarlos, la entrega diaria a los carteros y distribuidores, la forma de hacer el control de las entregas, etc. Este acuerdo era de obligatorio cumplimiento para las partes.

No obstante lo anterior, el actor señala que cumplió todas las obligaciones a su cargo, pero que ADPOSTAL incumplió las suyas, incluso malintencionada y dolosamente, pues: no realizaba los suministros a tiempo, los volantes -en ocasiones- se dejaban acumulados en un solo lugar, otras veces no eran repartidos en los sitios o zonas de la ciudad indicadas, o incluso se repartían a públicos diferentes –por ejemplo, en lugar de entregarlos al sector comercial lo

hacían en el residencial, y viceversa-, entre otras anomalías. Incluso, vendió el servicio a clientes del propio contratista, violando la cláusula de exclusividad.

Por el contrario, el actor afirma que cumplió sus obligaciones: entregaba a tiempo los volantes que debían repartirse, con las dimensiones acordadas, pagó de manera oportuna el servicio, etc.

En consecuencia, los resultados fueron desastrosos para el contratista, ya que perdió sus clientes –quienes le confiaban la distribución de publicidad por medio de volantes- toda vez que le cancelaron los contratos y adquirió mala imagen comercial.

2. Contestación de la demanda

ADPOSTAL discutió el sentido que el actor le dio a la cláusula de exclusividad del contrato. Señaló que su alcance se circunscribió a que la entidad se comprometía a no contratar a otra firma de publicidad para realizar las mismas actividades de comercialización publicitaria.

También cuestionó el precio del contrato, porque era irrisorio, y no compensaba las tareas complejas que debía cumplir ADPOSTAL.

En cuanto al tema del Manual Instructivo, señaló que fue un proyecto que nunca se aplicó, de allí que no tuvo fuerza vinculante, como quiera que la entidad contaba con sus propios manuales de procedimientos.

En relación con el incumplimiento del contrato, indicó que siempre observó sus obligaciones; en cambio el actor no hizo lo propio con las suyas pues en muchos casos entregaba tarde los volantes o lo hacía anticipadamente, o no cumplían las especificaciones –dimensiones-, pagaba de manera extemporáneo, etc.

3. Demanda de reconvención

Fue presentada en forma escueta, con la finalidad de que se declarara “la rescisión del contrato”, y que “se condenara a pagar... los perjuicios correspondientes” y “... los extracostos que le ha generado el incumplimiento del contrato...” -fls. 1 a 3, cdno. 3-

Como fundamentos de hecho explicó que el precio del contrato fue irrisorio, porque no cubría los costos operativos. Además, la entidad realizó trabajos no pactados y se incurrió en otros gastos adicionales –pago de horas extras y uso de vehículos-, para la entrega de ciertos productos.

4. Contestación de la demanda

DELIVERY PUBLICIDAD LTDA. echó de menos que la demanda de reconvención no explicara o justificara en qué consiste el precio irrisorio del contrato, tratándose de una simple enunciación o queja, frente a la que es imposible tomar posición. Por esto, pide al juez que se inhiba para decidir, al no ser posible defenderse ante cargos etéreos, ni fallar en esas condiciones.

No obstante, agrega que el precio fue producto de un proceso de selección, donde se formularon varias ofertas, y la suya fue la mejor.

En general, se opuso a las pretensiones -por ausencia de fundamento y base legal- y en especial, en lo relativo a los sobrecostos, sostuvo que no existieron, y si acaso se presentaron fue en cumplimiento de las obligaciones del contrato.

5. Trámite del proceso

En auto del 12 de noviembre de 1999 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión –fl. 318, cdno. 1-.

5.1. El *demandante* reiteró, en lo esencial, los argumentos y razones expuestas en la demanda. Esto es, la desidia y descuido con que ADPOSTAL ejecutó el contrato, y por la que obtuvo una mala fama comercial; y la violación a la cláusula de exclusividad –fls. 319 a 328, cdno. 1-.

5.2. ADPOSTAL presentó un breve escrito, de contenido emotivo, en el que exhortó a la justicia a negar las pretensiones de la demanda, para evitar la

consolidación de un acto de irresponsabilidad, representado en la suscripción irracional del contrato objeto de este proceso –fls. 330 a 332, cdno. 1-

5.3. El *Ministerio Público* no intervino en esta instancia.

6. La sentencia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, dictó sentencia el 14 de diciembre de 1999, y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda principal –fls. 335 a 375, cdno. Ppal.-.

Señaló que la prueba documental –citada *in extenso*-, la testimonial –resumida en los apartes pertinentes- y la pericial –cuya objeción por error grave se resolvió negativamente en la providencia-, demuestran que ADPOSTAL incumplió el contrato, en los términos acordados.

En este orden de ideas, halló acreditada la celebración del contrato, previo proceso de escogencia del contratista adelantado por ADPOSTAL, pero que durante su ejecución en ocasiones la entidad no distribuyó los volantes, o los entregó en sectores de la ciudad que no correspondían, o lo hizo en volúmenes superiores al acordado, entre otras anomalías; lo anterior dio lugar a que al contratista le cancelaran muchos contratos de publicidad que tenía con sus clientes.

También declaró que ADPOSTAL no se ajustó al Manual Instructivo acordado entre las partes para desarrollar el contrato, y que también violó la cláusula de exclusividad, pues “ofreció y contrató la prestación de idéntico servicio a distintas empresas, como ocurrió, entre otras, con Credencial, Croydon...” –fl.- 369, cdno. Ppal.-

En cuanto a la condena, ordenó pagar los perjuicios sufridos con ocasión de los contratos de publicidad cancelados al actor. Con ayuda de los peritos halló para cada contrato la utilidad dejada de percibir en ellos, lo cual ascendió, actualizada la suma y contabilizados los intereses, a \$4.597'739.094,31.

De otro lado, negó el pago por concepto de: i) Goowill, ii) ingresos dejados de percibir en la proyección del negocio que se vio seriamente afectado, iii) pérdida

de los clientes, iv) ingresos dejados de percibir por los contratos celebrados directamente por ADPOSTAL con los clientes del contratista, v) perjuicios morales, vi) entre otras pretensiones indemnizatorias.

7. El recurso de apelación.

Lo interpuso ADPOSTAL. En primer lugar, pidió que se declare la nulidad absoluta del contrato, por varias razones:

i) Porque se trata de un negocio lesivo al interés público, toda vez que el precio pagado a la entidad estatal fue irrisorio, en comparación con la logística y la infraestructura que puso al servicio del contratista –quien no hacía nada en el contrato-.

ii) También cuestionó la validez de la cláusula de exclusividad, la cual no estaba incluida en la invitación a contratar, pero apareció en el contrato.

iii) Señaló que el negocio jurídico se regía por el decreto-ley 222 de 1983, el cual establecía que en un establecimiento público los contratos con un valor como el del proceso -\$382'000.000- requerían “aprobación del Consejo de Ministros” y “revisión de legalidad del Consejo de Estado”, lo que no se cumplió.

Por esta razón –añade-, se incurrió en las causales de nulidad previstas en los literales b) y c) del art. 78 del decreto 222, las cuales se declaran, incluso, de oficio.

iv) Se cambió el objeto del contrato -que sólo era para el reparto de “volantes”- con la suscripción del Otrosí, porque se autorizó el reparto de “muestras de productos”. Incluso, no se acordó un precio mayor por este nuevo servicio.

En segundo lugar, cuestionó la sentencia en cuanto a que la “exclusividad” acordada no tenía el alcance que el tribunal le dio. Su significado auténtico era que ADPOSTAL se comprometía con DELIVERY PUBLICIDAD LTDA. a no celebrar otro contrato de intermediación publicitaria, a través de volantes y muestras, con otra empresa, pero desde luego que directamente sí podía ofrecer y prestar este servicio.

Una interpretación diferente es inaceptable, porque el servicio de correo era un monopolio del Estado, luego no podía comprometerse en favor de una sola empresa.

En tercer lugar, cuestionó las conclusiones a que llegó el *a quo* sobre el incumplimiento del convenio, pues olvidó que en muchos casos las fallas de la ejecución del contrato se debieron a los incumplimientos del contratista, por problemas de entrega oportuna de los volantes, tamaño de los mismos, entre otras dificultades que retardaban el cumplimiento, incurriendo ADPOSTAL en sobrecostos para resolver esos problemas.

Adicionalmente, señaló que el monto de la indemnización tasada por el *a quo* se basó en la utilidad dejada de percibir por DELIVERY PUBLICIDAD, en los contratos que no pudo ejecutar por el incumplimiento de ADPOSTAL; pero resulta que los clientes del contratista no comparecieron en este proceso judicial, y ellos fueron los responsables de la cancelación, además de que dicha terminación unilateral la debió demandar el contratista -por ser arbitraria- para pedirles la indemnización correspondiente. De allí que ADPOSTAL no tuvo nada que ver con esas relaciones jurídicas privadas.

8. El trámite en esta instancia: Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

8.1. ADPOSTAL reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso – pero esta vez haciendo referencia a las pruebas- (fls. 414 a 422, cdno. ppal-).

8.2. La parte actora. Resaltó de la sentencia apelada el cuidadoso análisis probatorio que hizo del incumplimiento contractual. No obstante, concentró su estudio en la solicitud de nulidad absoluta del contrato, planteada en el recurso de apelación.

Señaló que el presunto “precio irrisorio” que pagó el contratista, además de mentiroso –porque su propuesta fue la que ofreció a ADPOSTAL el mejor precio-, no constituye –según la ley- causal de nulidad del contrato.

En cuanto a la nulidad por falta de requisitos legales, indicó que no se requerían las autorizaciones del Consejo de Ministros, ni de la Junta Directiva de la entidad,

ni la aprobación del Consejo de Estado, porque el contrato era atípico y su precio era indeterminado. Además, se celebró con una empresa industrial y comercial del Estado, que no estaba sujeta a estos requisitos –art. 254 del decreto 222 de 1983-. Adicionalmente, señaló que el contrato era atípico, porque en el decreto 222 no estaba regulado.

Respecto de la autorización de la Junta Directiva o del Consejo Directivo, manifestó que sólo se necesitaba si un reglamento interno de ADPOSTAL lo exigía, pero este no existía.

En relación con la aprobación del Ministro y del Consejo de Ministros, consideró que si el contrato era de “cuantía indeterminada” y “atípico”, entonces no se ajustaba a la exigencia legal, que exigía este requisito sólo para contratos superiores a 150 millones de pesos, valor que, por cierto, correspondía al año 1983, de manera que para la fecha de la suscripción era superior. Además, como el contrato no implicaba erogación a cargo del Estado, tampoco aplicaba la norma que exigía las autorizaciones.

Sobre la nulidad del contrato, por modificación del objeto contractual, indicó que siguió siendo el mismo luego de la firma de los otrosíes, pese a que se contempló la posibilidad de repartir “muestras de productos”, como quiera que esto guarda relación con la distribución de publicidad a través de volantes.

Finalmente, defendió la declaración de incumplimiento del contrato, declarada por el *a quo*, y se remitió al análisis probatorio efectuado en la sentencia –fls. 423 a 434, cdno. ppal.-.

8.3. Ministerio Público. Solicita que se revoque la sentencia, y que en su lugar se declare la nulidad del contrato.

El vicio que halló configurado fue la omisión de los requisitos de formación y perfeccionamiento. En efecto, señaló que ADPOSTAL, sin mediar trámite previo, suscribió el contrato 038 de 1992, debiendo cumplir con los requisitos previstos en los arts. 252 y 253 del decreto 222 de 1983: aprobación del Ministro de Comunicaciones, cuando el contrato supera los 150 millones de pesos; concepto del Consejo de Ministros y aprobación del Consejo de Estado.

El vicio que se configuró es el previsto en el art. 1741 del Código Civil, por la omisión de requisitos que la ley exige para el valor de ciertos actos y contratos – fls. 436 a 449, cdno. Ppal.-.

CONSIDERACIONES

Para resolver el asunto que se debate, la Sala estudiará los siguientes aspectos: i) lo que se encuentra probado en el proceso, ii) la nulidad absoluta del contrato, al interior de lo cual se abordará el estudio de: a) los hechos que originan la nulidad absoluta del contrato, y la acreditación de los mismos, b) la causal de nulidad absoluta que se configura, y c) la competencia para declararla, en segunda instancia. Finalmente se examinarán iii) las restituciones mutuas.

Se precisa desde ahora que la doctora Ruth Stella Correa Palacio manifestó su impedimento para participar de esta decisión, pues actuó como representante del Ministerio Público –causal de impedimento No. 12 del art. 149 CPC-, emitiendo concepto en esta instancia.

La Sala aceptará el impedimento manifestado, y así lo decidirá en la parte resolutive de la sentencia.

De otro lado, se advierte que la providencia apelada será revocada, para declarar, en su lugar, la nulidad absoluta del contrato. Los fundamentos de esta decisión son los siguientes.

1. Lo probado en el proceso.

La Sala sólo destacará de las pruebas las estrictamente pertinentes para los fines de la decisión que ahora se adoptará, de allí que una buena parte de ellas –como las que soportaron el monto de la condena impuesta en primera instancia- no serán estudiadas, porque es innecesario para los fines aludidos.

En tal sentido, en el proceso se encuentra acreditado, con prueba documental y testimonial adecuadamente aportada y practicada:

1.1. Que ADPOSTAL remitió una comunicación a la empresa Hoyos y Holguín Ltda., el 20 de mayo de 1992, donde le informó que “... está interesada en

desarrollar el “Servicio de Promoción por Correo”, consistente en la distribución a domicilio de volantes de carácter publicitario o de interés general para la comunidad...” –fl. 34, cdno. 3-.

Con la invitación también anunció que anexaba las bases del concurso, y definió en qué consistía el servicio, las características de los volantes publicitarios, y el procedimiento de ejecución del trabajo, entre otros aspectos –fls. 35 a 36, cdno. 3-

1.2. En general, el actor afirma –fl. 5, cdno. original- y ADPOSTAL está de acuerdo con esto –fl. 94, cdno. original-, que la entidad pública, como procedimiento de selección del contratista, envió el mismo 20 de mayo invitación a varias empresas de publicidad para que presentaran oferta para el contrato mencionado en el numeral anterior.

1.3. En respuesta a esta invitación, producto de la contratación directa adelantada, según lo admite la entidad estatal, se recibieron ofertas de: Multipúblico Limitada, Express Publicidad y Hoyos y Holguín Ltda. –fl. 95 y 96, cdno. original-.

1.4. Entre la empresa Hoyos y Holguín Ltda. –finalmente seleccionada- y ADPOSTAL se celebró, el 26 de junio de 1992, el contrato No. 038, cuyo objeto fue “... la exclusividad en la distribución por parte de ADPOSTAL al contratista de volantes para la comercialización publicitaria, los que serán entregados conjuntamente con cada una de las facturas por cobros de servicios públicos, impuestos y seguro social que se distribuyan en el Territorio Nacional por los servicios de correo” –cláusula primera del contrato-.

Sobre el valor, expresó la cláusula segunda que “... se estima en la suma de... (382'000.000.00). Sin embargo el costo real será el que resulte de multiplicar el número de volantes entregados por la tarifa fijada en la cláusula sexta”, y sobre el plazo se acordó que sería de 4 años –fls. 16 a 18, cdno. de pruebas-.

1.5. El 11 de agosto se suscribió un otrosí, por medio del cual se aceptó el cambio de nombre del contratista, por el de DELIVERY PUBLICIDAD LTDA. Allí mismo se contempló la posibilidad de que la publicidad incluyera “muestras de productos” anexas a cada volante –fl. 19, cdno. de pruebas-

1.6. Durante la ejecución del contrato el contratista remitió a la entidad estatal un buen número de oficios, dando cuenta de irregularidades en relación con el proceso de entrega de los volantes, entre las más importantes: i) no realizaba los suministros a tiempo, ii) los volantes -en ocasiones- se dejaban acumulados en un solo lugar, iii) otras veces no eran repartidos en las zonas indicadas de la ciudad, iv) incluso se entregaban a públicos diferentes –por ejemplo, en lugar de hacerlo en el sector comercial lo hacían en el residencial, y viceversa-, v) entre otras anomalías. vi) También vendió el servicio a clientes del propio contratista, violando la cláusula de exclusividad.

2. La nulidad absoluta del contrato.

2.1. Hechos que originan la nulidad absoluta del contrato, y la acreditación de los mismos.

El recurrente planteó en su escrito, como motivos de inconformidad, algunas razones de fondo, en relación con la indebida valoración probatoria que hizo el tribunal sobre el comportamiento contractual de ADPOSTAL. Sin embargo, también puso de presente algunos hechos que de ser ciertos configurarían un vicio de nulidad absoluta del contrato, los cuales, de existir, la Sala debe decretar de oficio, de allí que por razones metodológicas se estudiará primero este aspecto, pues de prosperar –como en efecto ocurrirá- sería innecesario analizar los demás motivos de inconformidad.

El primer aspecto sobre el cual se funda la causal de nulidad absoluta del contrato es la ausencia del concepto del Consejo de Ministros, la aprobación del contrato por parte del Ministro de Comunicaciones y la revisión de legalidad del Consejo de Estado, previstos en el decreto 222 de 1983.

Sea lo primero señalar que, efectivamente, está acreditado que ADPOSTAL no cumplió con estos requisitos, así lo admite en el proceso y la parte demandante también lo acepta del mismo modo –además de que no se aportó ninguno de estos documentos-. Sobre esto se volverá más adelante.

No obstante, a efectos de profundizar en esta idea es necesario resolver, primero, cuál era el régimen jurídico aplicable al contrato No. 038 de 1992, para luego revisar los requisitos que la ley establecía para su celebración.

En primer lugar, se debe precisar que para la fecha de la suscripción del contrato, ADPOSTAL era un establecimiento público, así lo establecía el decreto 3.267 de 1963, norma que lo regía para la fecha de su suscripción. Posteriormente, y tan solo unos meses después de la firma del contrato objeto de este proceso, el decreto 2.124 de diciembre 29 de 1992 cambió la naturaleza jurídica de la entidad, para convertirla en una Empresa Industrial y Comercial del Estado.

“Art. 1. NATURALEZA JURIDICA.- Reestructúrase en Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente a la Administración Postal Nacional - ADPOSTAL -, creada y organizada por el Decreto 3267 de 1963, vinculada al Ministerio de Comunicaciones, a la cual, salvo lo dispuesto en el presente Decreto, para todos los efectos, le serán aplicables las disposiciones que regulan el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.” (Negrillas fuera de texto)

Por este sólo hecho, es decir, porque a la fecha de suscripción del contrato, ADPOSTAL era un establecimiento público y su régimen jurídico contractual era el decreto-ley 222 de 1983, que en el artículo 1 definía claramente el campo de aplicación, incluyendo a este tipo de entidades descentralizadas¹.

En este orden, es inaceptable el argumento de la parte actora, expuesto en los alegatos de segunda instancia, para defenderse de la nulidad deprecada por ADPOSTAL, según el cual la entidad era una Empresa Industrial y Comercial del Estado para la fecha de celebración del contrato –y que por eso no le aplicaban los requisitos previstos en el decreto 222-, ya que la transformación de la entidad se realizó meses después de su firma, y es sabido que los requisitos de formación del contrato administrativo, y por ende los de validez, se aprecian al momento de

¹ Disponía la norma citada: “Art. 1. DE LAS ENTIDADES A LAS CUALES SE APLICA ESTE ESTATUTO. **Los contratos previstos en este decreto que celebren** la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos), y **los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto.**”

“Así mismo, se aplicarán a los que celebren las Superintendencias por conducto de los Ministerios a los cuales se hallen adscritas.

“A las Empresas Industriales y Comerciales del estado y a las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea mas del noventa por ciento (90%) de su capital social les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades.

“Las normas que en este estatuto se refieren a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el título IV, se aplicarán también en los Departamentos y Municipios.” (Negrillas fuera de texto)

iniciar el proceso de selección del contratista, de modo que la modificación posterior de la naturaleza de la entidad mal podría subsanar los vicios de procedimiento en que se hubiera incurrido.

Desde luego, se sabe que las exigencias establecidas por la ley para adelantar un proceso de contratación corresponden a las que se contemplan al iniciar la etapa de selección o de suscribir el contrato, de modo que las omisiones para ese momento no se sanean por el cambio de legislación; de la misma manera que las exigencias de la nueva ley no aplican a los contratos celebrados con anterioridad.

En consecuencia, la Sala analizará si en los contratos de los Establecimientos públicos era necesario: i) el concepto del Consejo de Ministros, ii) la aprobación del Ministro al cual está vinculada la entidad y iii) la revisión de legalidad del Consejo de Estado, ninguno de los cuales obra en el proceso.

En realidad no se requieren demasiados esfuerzos y razonamientos técnicos para resolver este interrogante, pues el artículo 252 del decreto-ley 222 lo respondía claramente:

“ARTICULO 252. DE LOS CONTRATOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. Además de los requisitos señalados en este estatuto, los establecimientos públicos **deberán someter los contratos que celebren a la aprobación del Ministro** o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle adscrito el respectivo establecimiento público, si dicho funcionario no fuere su representante legal, cuando la cuantía exceda de ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000.00).

“El **concepto del Consejo de Ministros** y la **revisión de legalidad del Consejo de Estado**, sólo se requerirán cuando la cuantía sea superior a doscientos cincuenta millones de pesos (\$ 250.000.000.00).” (Negrillas fuera de texto)

Aquí se establecieron los tres requisitos que se vienen comentando², de allí que ADPOSTAL debió cumplirlos, pues se trata de una norma imperativa. No obstante,

² La exigencia de estos requisitos en los contratos de la Nación -concepto en el que no caben sus entidades descentralizadas- se halla en los artículos 49 y 50, los cuales disponían que:

“Art. 49. DEL CONCEPTO DEL CONSEJO DE MINISTROS. Cumplidos los requisitos y las formalidades establecidas en los artículos precedentes, los contratos celebrados por la nación cuya cuantía sea o exceda de cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000.00) o su equivalente en moneda extranjera, requieren concepto favorable del Consejo de Ministros previo el estudio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República. Los celebrados por otras entidades públicas requerirán el concepto mencionado cuando así lo disponga expresamente el presente estatuto.

al revisar el proceso, la Sala encuentra que no los cumplió, del mismo modo que tampoco se adelantó la licitación pública que exigía la ley. Varias razones soportan esta conclusión:

Porque el mismo ADPOSTAL es quien afirma que la contratación careció de esos requisitos, ya que simplemente el Gerente de la época invitó a tres empresas a presentar ofertas para el proceso de selección, y de allí escogió la mejor, pasando a celebrar el contrato correspondiente con el actor de este proceso.

Frente a estos hechos, la parte demandante aduce que esos requisitos no se requerían, porque el contrato era atípico y su precio era indeterminado. Ante estos argumentos, que admiten la inexistencia de los tres requisitos y de la ausencia del proceso de licitación –sólo que trata de justificarse por innecesarios-, la Sala señala lo siguiente:

De un lado, que el hecho de que el contrato fuera atípico -como efectivamente lo era, el decreto 222 de 1983 no lo regulaba, y ni siquiera el derecho privado lo hace-, no constituía razón suficiente para no satisfacerlos. De hecho, el artículo 1 del decreto 222 dispuso: "... Los contratos previstos en este decreto que celebren... los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto", norma que no distinguió si sus reglas aplicaban sólo para los negocios jurídicos típicos o para los atípicos, luego, debe entenderse, en sana lógica, que es para todos, salvo norma expresa en contrario.

Esta conclusión se deduce con claridad del artículo 25 del decreto-ley 222 de 1983, que establece que sin importar si el contrato es administrativo o de derecho privado, los requisitos que prevé son comunes a ellos, entre los cuales se encuentran los que se vienen comentando³.

"Los contratos escritos de la Nación deberán someterse a la firma del Presidente de la República, si esta función no hubiere sido delegada."

"Art. 50. DE LA REVISION DEL CONSEJO DE ESTADO. Los contratos de la Nación cuya cuantía sea o exceda de cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000.00) o su equivalente en moneda extranjera deben someterse a la revisión de legalidad del Consejo de Estado. Los celebrados por otras entidades públicas se someterán a esta revisión cuando así lo disponga expresamente el presente estatuto."

³ Dispone el art. art. 25: "DE LOS REQUISITOS. Salvo disposición legal en contrario, la celebración de contratos escritos, administrativos y de derecho privado de la administración, se someterá a los siguientes requisitos:

En otras palabras, para la Sala, el conjunto de disposiciones citadas hasta ahora – arts. 1, 25 y 252-, tanto individualmente como en su conjunto, establecen que el decreto 222 le aplicaba a los establecimientos públicos, pero vale la pena insistir en un argumento más: El artículo 80 del mismo decreto dispone que allí sólo se regulan los contratos mencionados en él⁴, entre los cuales no se encuentra el celebrado por las partes de este proceso, de donde se infiere, sin dificultad, que este negocio jurídico es atípico. Pero allí es precisamente donde surge un posible debate, porque el problema que sigue de esta conclusión es si el decreto 222 de 1983 sólo aplicaba a los contratos típicos o si también regía para los atípicos, teniendo en cuenta la disposición comentada, que empieza advirtiendo que “El presente estatuto trata de los siguientes contratos...”, propiciando la confusión en cuanto que sólo esos negocios son destinatarios del decreto-ley.

Una aproximación admisible al problema sugeriría que un contrato que no esté enunciado en esta disposición no se rige, en ningún aspecto, por el decreto 222 de 1983, pues la norma es expresa en indicar –se insiste- que “... El presente estatuto trata de los siguientes contratos...”

La otra posición, que comparte la Sala, señala que esta norma no se puede leer sin el contexto de las demás del decreto. En este sentido, resultaría contradictorio algo como esto: el artículo 16 del decreto 222 enuncia los contratos

“a) presentación por el oferente del paz y salvo por concepto de impuestos sobre la renta y complementarios, desde el momento de formular la propuesta;

“b) Licitación o concurso de méritos;

“c) Registro presupuestal;

“d) Constitución y aprobación de garantías;

“e) Concepto del Consejo de Ministros;

“f) Firma del Presidente de la República;

“g) Revisión del Consejo de Estado;

“h) Publicación en el DIARIO OFICIAL y pago de los derechos de timbre.

“PARAGRAFO. Es entendido que además de los requisitos previstos en este artículo deberán cumplirse los especiales que se señalen para determinados contratos.” (Negrillas fuera de texto)

⁴ “Art. 80. DE LOS DISTINTOS CONTRATOS. El presente estatuto trata de los siguientes contratos: de obras públicas, de consultoría, de suministro, de compraventa y permuta de muebles, compraventa y permuta de inmuebles, arrendamiento, prestación de servicios, donación, para recuperación de bienes ocultos, concesión de servicios públicos, de correos, acuñación de moneda metálica y de billetes, empréstito y seguros.

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

administrativos, que indiscutiblemente se rigen por el decreto 222 de 1983, pero entre ellos se mencionan tres que no están regulados en los arts. 80 y ss. del mismo decreto: los interadministrativos, los de explotación de bienes del Estado y 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. La tesis anterior tendría que concluir que a estos –que no son típicos por no estar mencionados en el art. 80 (pero que en cierto sentido es obvio que lo son)- no les aplican las demás disposiciones del decreto. Esta argumentación es inaceptable.

A la inversa ocurre otro fenómeno semejante, es decir, que demuestra lo inaceptable del criterio anterior-: resulta que los arts. 80 y ss. mencionan varios contratos administrativos y también otros de derecho privado de la administración, es decir, negocios jurídicos que no están relacionados en el listado del art. 16 del decreto 222 –como la compraventa y permuta de muebles, compraventa y permuta de inmuebles, arrendamiento, donación, para recuperación de bienes ocultos, acuñación de moneda metálica y de billetes y seguros-, de manera que estos sí se regirían por el estatuto de contratación, no así los demás contratos de derecho privado de la administración.

Resulta claro, por tanto, que el listado del artículo 80 no tuvo por finalidad ser la disposición a partir de la cual se determinara cuáles negocios se regían por dicho estatuto, sino, sencillamente, regular aspectos sustantivos de los más importantes contratos que celebraba la administración.

Como si fuera poco, sostener lo contrario también conduciría a pensar que las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades, capacidad para contratar, presupuesto, entre otras disposiciones generales de la contratación, tampoco aplicaban a estos negocios, lo cual no se ajusta a las demás normas del decreto – no se pierda de vista esto, que es muy importante en esta discusión-, especialmente el art. 25 ya citado, que con claridad dispone que “Salvo disposición legal en contrario, la celebración de contratos escritos, administrativos **y de derecho privado de la administración, se someterá a los siguientes requisitos:** (...)” (Negrillas fuera de texto), norma que por su claridad no requiere mayores explicaciones, pues directamente establece que las exigencias que a continuación enumera aplicaban a los contratos administrativos y a los de derecho privado de la administración.

En estos términos, la Sala reitera que el artículo 80 servía para catalogar los contratos como típicos o atípicos, pero no para derivar de allí los que se regían por el resto de normas del decreto y los que no. La validez de esta conclusión quedó demostrada con lo expuesto hasta ahora.

De otro lado, en relación con el argumento de que el precio del contrato era indeterminado, la Sala tampoco acepta este argumento como justificación para eludir los requisitos mencionados, la cláusula segunda definió el valor, así:

“Segunda - Valor. El valor del presente contrato se estima en la suma de... (382'000.000). Sin embargo el costo real será el que resulte de multiplicar el número de volantes entregados por la tarifa fijada en las cláusula sexta.”

Según este acuerdo, el contrato sí tenía valor preciso, de manera que ahora no puede negarse una cláusula que lo estableció concretamente; y el hecho de que el monto final resultara de multiplicar el número de volantes repartidos por el valor de cada uno, no significa que las partes no hubieran concretado el precio, pues conocían a cuánto podía ascender.

Esta posición de la parte demandante atenta, incluso, contra el principio que se expresa en la “teoría de los actos propios”, que prohíbe desconocerlos a quien consiente en un acto o acuerdo, o a quien ha participado de él; bien reduciendo la intensidad y rigor de su alcance y sus efectos, o bien, negándole definitivamente el valor que tiene. Este comportamiento es reprochable, porque desdice de la seriedad que tiene la voluntad expresada en los negocios jurídicos, lo cual es un valor que el ordenamiento jurídico, tanto público como privado, protegen a través de los jueces⁵.

⁵ Sobre la teoría de los actos propios, la Sección ha expresado –sentencia de 26 de abril de 2006. exp. 16.041- que: “En suma, la regla *“venire contra factum proprium non valet”* tiene una clara aplicación jurisprudencial, pero además goza de un particular valor normativo en la medida en que está fundada en la buena fe⁵, la cual el ordenamiento erige como principio de derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, como ética media de comportamiento exigible entre los particulares y entre éstos y el Estado. La buena fe está consagrada como canon constitucional en el artículo 82 de la C.P.⁵, y en materia de contratación pública, contemplada su eficacia jurídica de conformidad con el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, en cuya virtud: (...)”

También la doctrina que ha estudiado el tema ha señalado que: “Se infringiría el principio de derecho que prohíbe ir contra los actos propios al admitir que quien inicialmente se sometió sin protestar a todas y cada una de las condiciones del pliego, tomando parte en la subasta e incluso siendo adjudicatario (...), pudiera después de estos actos propios impugnar parcialmente el pliego de condiciones puesto que esto llevaría la consecuencia de que la ley de la subasta no sería el pliego, sino la conveniencia de las partes, rompiendo así toda confianza en la seguridad jurídica, sobre todo cuando ésta dimana del transcurso de unos plazos preclusivos (...) que convierte en firme y consentido todo acto administrativo no recurrido en tiempo y forma.” (GÓNZALEZ PEREZ. El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas, pág. 117 a 118).”

Ahora, para comprender mejor el tema, la Sala recuerda que el origen de la calificación de los contratos como de “precio indeterminado” o de “precio determinado” tiene importancia práctica para efectos del pago del impuesto de timbre, como quiera que las normas tributarias han establecido que este tributo se pague en los días siguientes a la firma del negocio jurídico, si tiene precio determinado –y supera los montos que establece la ley-, o a medida que se ejecute el contrato, si es de precio indeterminado –en este caso, el pago se diluye en el tiempo, siendo financieramente más favorable para quien lo debe cancelar-.

De modo que la determinación o la indeterminación del precio alude a la imposibilidad de concretar el valor desde que se perfecciona el contrato. No obstante, esto no significa que cualquier dificultad de precisión lo convierta en indeterminado, ya que si es posible hacerlo de algún modo, entonces se tratará de un precio determinable, que las partes deben precisar.

Este tipo de inconvenientes es usual en los negocios donde se pactan precios unitarios, toda vez que el valor total de esos contratos resulta de multiplicar el valor unitario por las cantidades ejecutadas. En principio, pudiera creerse que todo contrato de precio unitario es indeterminado, pues sólo se conocerá el valor final cuando se ejecute. Sin embargo, es claro que si las partes tienen las cantidades aproximadas, entonces el precio es determinable, y lo deben calcular para los efectos tributarios. Este es el entendimiento que se le ha dado a esta clase de negocios.

Por su parte, para Luis Díez Picazo la aplicación de la teoría del acto propio supone: “1.º Que una persona haya observado dentro de una determinada, situación jurídica, una cierta conducta, jurídicamente relevante y eficaz.

“2.º Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando un situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión.

“3.º Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.

“4.º Que entre ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior exista una perfecta identidad de sujetos.” (La Doctrina de los Propios Actos, Casa Editorial Bosch)

De hecho, en un caso similar al que se estudia –aunque se trataba de un contrato de obra, pero técnicamente se debatía el mismo problema- expresó la Sección Cuarta –sentencia de 8 de mayo de 1992. Exp. 4029- que:

“Para los contratos de valor indeterminado, el artículo 34 previó en su numeral 3o. que:

“Se ajustarán los impuestos cuando inicialmente fue indeterminado el valor de un acto, sujeto a ellos o incorporado a documento que los origine y posteriormente dicho valor se haya determinado.’

“Aún cuando no define la ley, qué se entiende por valor indeterminado de un contrato, ha de entenderse que es aquél en el cual dada la modalidad del convenio no es posible deducir la cuantía de la obligación que nace, se modifica o se extingue, porque ella está sujeta a una contingencia futura que incide en el valor de la obligación que se pacta, por ejemplo cuando en un contrato de comisión se obliga al contratante a pagar al comisionista un porcentaje sobre el volumen de ventas.

“Pero en materia de contratación administrativa no pueden existir contratos de valor indeterminado por ser requisito de los mismos la precisión de su cuantía (artículos 60 y 83 parágrafo lo. Decreto 222 de 1983) para determinar no solo los requisitos que debe cumplir sino principalmente para efectos de las garantías que debe otorgar el contratista y de la apropiación presupuestal.

“Si bien en materia de contratación de obra pública se prevén diversas modalidades de pago, bien a precio global, precios unitarios, administración delegada, reembolso de gastos, etc., tales modalidades no lo convierten en contrato de valor indeterminado a que se refiere la Ley 2a. de 1976, pues, o de sus elementos surge claramente su cuantía, o ésta deberá corresponder al presupuesto oficial o estimativa de costos elaborado por la entidad contratante (parágrafo 1o. artículo 83 Decreto 222 de 1983).

“En el *sub - lite*, es tan evidente que el contrato no era de valor indeterminado, y que tenía cuantía, que la propia Administración liquidó y cobró el impuesto, inicialmente sobre dicha cuantía. Es claro que si la Administración lo hubiera calificado como de cuantía indeterminada ha debido cobrar inicialmente sólo la suma de \$250 a que se refiere el artículo 14, numeral 1o. de la Ley 2a. de 1976.

“Indudablemente tal liquidación constituye un acto administrativo de determinación del tributo por parte de un funcionario público en ejercicio de sus funciones que se materializó con el sello y comprobante de pago que impuso el funcionario receptor del impuesto que como acto administrativo que es, calificó el contrato presentado por la sociedad contribuyente como de cuantía determinada.

“Ahora bien, siendo calificado inicialmente como de cuantía determinada no podía la Administración en interpretación alusiva, convertirlo en contrato de valor indeterminado, para producir, bajo la denominación de liquidación de aforo, unos reajustes que están previstos para tales contratos.

“A juicio de la Sala tiene razón la actora cuando expone que si la Administración ejerció su facultad de liquidar el tributo sobre un contrato que ella misma calificó, mediante un acto administrativo de determinación de impuestos, dicho acto en la medida en que crea una situación jurídica particular y concreta, no puede ser desconocido por la misma Administración.”

A juzgar por lo expuesto, lo que el actor sostiene a manera de defensa carece de fundamento contractual; el hecho de que el contrato fue a precio unitario –a ADPOSTAL le pagaban \$7 por cada volante distribuido- no significa que tuviese un valor indeterminado, ya que, según lo visto, por este sistema también se celebran contratos como los de obra pública, suministro y algunos de consultoría, donde si bien desde el inicio no es posible saber cuál será el precio final –porque las cantidades de obra, de bienes o de trabajo varían-, las partes sí pueden calcular el precio estimado, el que se toma como valor del contrato, pese a que en cada acta de entrega o de avance de trabajos y de pago se concreta realmente el valor final.

Como si fuera poco, la cláusula 16 del contrato No. 038 de 1992 estableció que el contratista debía pagar, dentro de los diez días siguientes a la firma del mismo, el impuesto de timbre, el cual no se cancela totalmente cuando este es a precio indeterminado, sino poco a poco, a medida que se ejecuta. En tal sentido, dispuso el parágrafo de la cláusula 16:

“Parágrafo: El contratista se obliga a cumplir, dentro de los diez (10) días siguientes al perfeccionamiento del presente contrato, con el pago de los derechos de publicación... Dentro del mismo término deberá pagar el impuesto de timbre...”

Lo anterior, ratifica, adicionalmente, que el contrato no era de precio indeterminado, sino concreto, porque de no haber sido así este impuesto no se habría pagado totalmente al inicio del mismo. Y esto es natural, porque así lo disponen las normas tributarias: si el contrato es indeterminado en su precio el pago del impuesto no se anticipa sino que se cancela en la medida en que se ejecuta el negocio, luego, si acaso era indeterminado, cabe preguntar ¿cómo fue que el beneficio financiero que confiere esta calificación no surtió el efecto que el estatuto tributario prevé a favor del contratista? ¿Acaso renunció a él con esta cláusula? Esto es impensable, y lo que demuestra es que las partes del negocio sí concretaron el precio.

En definitiva, ni siquiera los contratantes calificaron el contrato como de precio indeterminado, le establecieron un valor concreto, y a eso se deben atener para todos los efectos, incluido el que se estudia en este proceso.

Ahora, esta discusión –la del valor del contrato- es importante por muchas razones, entre ellas porque el artículo 252 del decreto 222 de 1983 sujetaba el cumplimiento de algunos requisitos a este aspecto. En tal sentido, se requería “la aprobación del Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle adscrito el respectivo establecimiento público... cuando la cuantía exceda de ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000.00)”, y también se necesitaba “el concepto del Consejo de Ministros y la revisión de legalidad del Consejo de Estado... cuando la cuantía sea superior a doscientos cincuenta millones de pesos (\$ 250.000.000.00).”

Por tal razón, este debate es decisivo para la parte actora; pero está claro que el contrato No. 038 de 1992 superaba ambos montos, siendo necesario, por tanto, que ADPOSTAL contara en su momento con las autorizaciones y conceptos exigidos por la ley. Esto, pese a que los valores previstos en el decreto-ley 222 datan de 1983, al paso que el contrato se suscribió en 1992, en virtud a que la norma no estableció la necesidad o posibilidad de actualizar anualmente la cifra, estableciendo, por el contrario, un monto único e invariable, el cual no podían modificar las partes, y tampoco ahora el juez.

En estas condiciones, también es inaceptable aquél otro argumento de la parte actora, que solicita actualizar el valor legal a la fecha del contrato, para demostrar que no se necesitaban los requisitos legales que ahora se echan de menos.

Finalmente, otro argumento del actor, para justificar la innecesariedad de las autorizaciones y conceptos, es que el contrato no implicaba erogación a cargo del Estado, sino el deber de pagar sumas de dinero en su favor.

Este argumento tampoco prosperará, en atención a que las normas citadas del decreto-ley 222, no distinguían entre contratos cuyo valor superara los \$150'000.000 o los \$250'000.000 –según la exigencia- y que además los pagara el Estado o los recibiera de los particulares, para definir a partir de ahí si se exigían los requisitos. Por el contrario, y sin distinguir, las normas se limitaron a establecer que si se superaban esos valores se requerían las autorizaciones y conceptos correspondientes.

En estos términos, no cabe la menor duda de que el contrato No. 038 de 1992 necesitaba los conceptos y autorizaciones aludidas, de manera que su ausencia

genera el vicio de nulidad absoluta del contrato, en caso de no haberse contado con ellos, como lo afirma ADPOSTAL y también lo admite la parte actora -pese al esfuerzo de este último por justificar su ausencia-.

2.2. La casual de nulidad absoluta configurada en el contrato.

Definido lo anterior, la Sala debe analizar por qué la omisión de los tres requisitos genera el vicio de nulidad absoluta del contrato. La respuesta tiene un fundamento legal, como no podría ser de otro modo, en atención a que para este tipo de sanciones sobre los actos y los contratos existe una clara reserva de ley, pues se afecta el principio de la libertad contractual y el de la capacidad para obligarse, en tanto que la nulidad del negocio las restringe.

En primer lugar, porque el art. 25 del decreto 222 de 1983 establece que las tres exigencias analizadas se necesitaban para los contratos administrativos y para los de derecho privado de la administración, de allí que su omisión desconoce abiertamente normas imperativas de la contratación estatal. En tal sentido, dispuso categóricamente el inciso primero del art. 25: “DE LOS REQUISITOS. **Salvo disposición legal en contrario**, la celebración de contratos escritos, administrativos y de derecho privado de la administración, se someterá a los siguientes requisitos: ...” (Negrillas fuera de texto)

Para la Sala esta norma no admite matices, ni posibilidades de disposición de su contenido, salvo ley en contrario.

Ahora, los mismos requisitos se iteran en el artículo 252 del decreto 222 -ya citado-, que se refiere, en particular, al régimen de los contratos de los establecimientos públicos –naturaleza que tenía ADPOSTAL- , lo cual refuerza la idea de que se trata de una norma imperativa, cuyo desconocimiento produce vicios en el negocio jurídico.

Y no podía ser para menos, pues la omisión de estos requerimientos eludió los controles administrativos y jurisdiccionales que el decreto-ley 222 estimó necesarios para los diferentes contratos, cuando superaban determinado valor. No se trata, por tanto, de normas de las cuales se pudiera disponer, sino de verdaderas exigencias del proceso de escogencia del contratista, cuya omisión exige protección, pues el art. 25 disponía que “... Salvo disposición legal en

contrario, la celebración de contratos escritos, administrativos y de derecho privado de la administración, se someterá a los siguientes requisitos...”. Con una exigencia legal tan contundente, ¿cómo podría pensarse que las partes pudieran omitirlas, o disponer de alguno de los requisitos que a continuación enuncia la norma?

La importancia de estas exigencias se valora mejor si se tiene en cuenta que el artículo 252 se ubica en el capítulo 3 del decreto 222, que se refiere a las reglas contractuales especiales para las entidades descentralizadas, y en especial el precepto citado es exclusivo para los establecimientos públicos, de modo que la omisión de los requisitos previstos para sus contratos elude algunos de los más importantes que la ley contempla.

De hecho, esta Sección ha anulado contratos en casos que tienen similitud con el presente –omisión, entre otros, de la autorización que debía impartir el Ministerio al cual está adscrita la entidad descentralizada contratante-, como en aquél en que un establecimiento público pretermitió los siguientes requisitos –sentencia de marzo 23 de 1990. Exp. 4882-:

“Dentro del marco jurisprudencias anterior, son dos las limitantes que establece la ley a las instituciones de utilidad común para la distribución y venta de loterías, en orden a asegurar la destinación de su producto y garantizar la escogencia de quien ofrezca mayor participación en el valor de los sorteos:

“a) Aprobación del Ministerio de Salud Pública (Dec. 1140 de 1943).

“b) Sujeción al procedimiento de la licitación pública (Ley 64 de 1923, art. lo).

“C. Analizado el acervo probatorio que obra en el proceso, la Sala encuentra

“acreditados los siguientes hechos: (...)

“(...) Surge de lo precedente que el contrato suscrito entre la parte actora y la entidad demandada, adolece la nulidad absoluta (sic) por haberse omitido el doble requisito de la licitación pública y la aprobación del Ministerio de Salud. Nulidad que por disposición legal, puede y debe ser declarada de oficio por el juez administrativo, ‘cuando aparezca plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes’. (art. 87 C.C.A., modificado por el art. 17 del Decreto 2304 de 1989).”

Ahora, bien la ausencia de estos requisitos genera el vicio de nulidad absoluta del contrato, por varias razones, las cuales no se excluyen, sino que se complementan.

De un lado, porque el art. 15 del Decreto-ley 222 de 1983 dispuso que el requisito del objeto lícito se regirá por las normas que sobre la materia establecen el Código Civil y las disposiciones complementarias, luego se impone concluir que el contrato No. 038 de 1992 se encuentra afectado de ilicitud, como quiera que el artículo 1.519 del Estatuto Civil prescribe que “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación”. Luego el artículo 1.741 ibídem, establece que constituye nulidad absoluta “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita...”, y también el artículo 16 estipula que “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”.

A la misma conclusión se llega si se aplica el Código de Comercio –norma que rige el negocio del caso concreto, teniendo en cuenta que una de las partes del contrato (el actor) era un comerciante⁶-, los numerales 1 y 2 del artículo 899 consagran como causales de nulidad absoluta de los negocios jurídicos la violación de normas imperativas y la ilicitud en el objeto, según el siguiente texto:

“Artículo 899. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

“1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;

“2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, ...”.

A los anteriores preceptos se puede acudir, como lo ha entendido esta Sección - invariablemente-, porque la norma que regula las nulidades contractuales en el decreto 222 de 1983 así lo dispone, en el inciso primero del artículo 78: “Además de los casos previstos en **las disposiciones vigentes** los contratos... son absolutamente nulos: (...)” (resalto fuera de texto). Esas “disposiciones vigentes” son las del derecho privado, a las cuales ahora también se acudirá.

⁶ Así reza el citado artículo 22 del Código de Comercio: “Artículo 22.- Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial”.

No, obstante, la nulidad también tiene fundamento en la causal b) del citado artículo 78, según el cual:

“Artículo 78.- De las causales de nulidad absoluta. Además de los casos previstos en las disposiciones vigentes, los contratos a que se refiere el presente estatuto son absolutamente nulos: (...)

“b).- Cuanto contravengan normas de derecho público;

2.3. Competencia para declarar, en segunda instancia, la nulidad del contrato.

Establecido que la ausencia de los requisitos estudiados hasta ahora genera el vicio de nulidad absoluta del contrato, es necesario aclarar que la facultad que tiene esta Sala de declararla deriva del parágrafo del art. 78 de decreto 222, que establece:

“Las causales aquí previstas pueden alegarse por el Ministerio Público en interés del orden jurídico **o ser declaradas oficiosamente, cuando estén plenamente comprobadas**. No se sanean por ratificación de las partes.” (Negrillas fuera de texto)

Es así como en este caso, incluso, el Ministerio Público solicita se declare la nulidad, aunque está claro que es posible hacerlo de oficio, en las condiciones anotadas en la norma transcrita.

Finalmente, el actual art. 87 CCA. -modificado por la ley 446 de 1998- estableció en el inciso tercero que:

“El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. **El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso**. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.”

En estas condiciones, el ordenamiento jurídico contempla un poder excepcional del juez para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, que, conforme lo precisó la Sala Plena de la Corporación, es procedente si la nulidad está plenamente demostrada en el proceso y en el mismo intervienen las partes contratantes o sus causahabientes.

Ahora, y de forma extraordinaria, esta posibilidad no está restringida al término de caducidad de la acción, porque si bien para el momento en que el juez actúe han podido transcurrir los plazos que la ley establece para intentar la acción correspondiente, esta Sección ha sostenido invariablemente que por su naturaleza ello no aplica cuando la nulidad se decreta de oficio, pues resulta apenas obvio que el juez suele conocer de los procesos –y más en segunda instancia- cuando el tiempo ha vencido. De esta manera, la caducidad es exigible de las partes del contrato o de los terceros con interés que solicitan su nulidad, pero no del juez cuando la decreta de oficio. En esa perspectiva:

“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 años¹, aún cuando la misma se haya generado por objeto o causa ilícitos...”*¹ (sentencia de 16 de febrero de 2006. Exp. 13.414)

En esta misma línea de pensamiento señaló esta Sección, en la sentencia de 6 de julio de 2005 –exp. 12.249-, que:

“Sobre el referido poder, la Sala ha precisado que puede ejercitarse al dictar el fallo, en cualquiera de las instancias, y así la controversia judicial no haya girado en torno a dicha nulidad, mientras en el proceso intervengan las partes contratantes, porque de lo contrario se violaría la garantía constitucional del debido proceso.

“Esa facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, 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 en el sentido que propone el actor.”

Sin embargo, la anterior posibilidad tiene un límite. Resulta que en términos del art. 1.742 del Código Civil -aplicable tanto a la contratación regida por el decreto-ley 222 de 1983 como por la ley 80 de 1993-, “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de

manifiesto en el acto o contrato... Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”, de manera que transcurridos 20 años –para la época de suscripción del contrato *sub iudice* (10 años ahora, con la reforma de la ley 791 de 2003)- ni siquiera de oficio procede su declaración, pues la ley sana los vicios, por ministerio de la ley⁷.

En otras palabras, ni siquiera de oficio se puede anular un contrato estatal, cuando ha transcurrido el término de prescripción extraordinaria –que antes fue de 20 años y hoy es de 10-, porque la ley sana el vicio. Sin embargo, obsérvese que una cosa es la prescripción y otra la caducidad, de allí que si bien esta no corre para el juez, aquella sí, y por eso el art. 1.741 sí lo vincula.

Vale la pena aclarar que el término de prescripción extraordinaria que rige el caso concreto es el de 20 años, porque la norma que lo establece es de naturaleza sustantiva –no procesal- y porque era la vigente al momento en que empezó a correr –o sea a la fecha de suscripción del contrato-, de allí que por aplicación de la ley 153 de 1.887 se sabe que los plazos que han empezado a correr se rigen por la ley vigente al momento en que lo hicieron. Este es el caso, porque la reforma a dicha norma es de 2003, fecha para la cual venía corriendo la prescripción de 20 años. Por tanto, como no han transcurrido los 20 años, entonces esta jurisdicción puede declarar la nulidad del contrato.

Finalmente, lo analizado hasta ahora debe diferenciarse de la figura del *saneamiento* de la nulidad, en virtud del cual, y en términos del artículo 1.742 CC., “Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”. Según esta disposición, el saneamiento convalida los negocios que nacieron con un vicio en su formación, en dos situaciones: i) cuando las partes satisfacen con

⁷ 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 expresamente ‘y por prescripción extintiva’, pero ello no ocurrió así.*” –Sentencia C-597 de 1998-

posterioridad la deficiencia de que haya adolecido el negocio, o ii) sencillamente dejando que trascurren los 20 años de prescripción –hoy en día 10 años-.

Lo anterior aplica tanto para la nulidad relativa, como cuando el vicio es constitutivo de nulidad absoluta, salvo que ésta se haya producido por objeto o causa ilícita, en cuyo evento no es saneable, por disposición de la ley.

De manera que en el caso concreto ni siquiera procede el saneamiento del vicio advertido en esta instancia, por voluntad de las partes, sencillamente porque el defecto radica en el objeto, que no es saneable de esta manera.

No obstante, esta postura tiene, a su vez, una limitante en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es decir, un caso en el cual el transcurso del tiempo no impide al juez pronunciarse sobre la nulidad de un contrato, bien de oficio o bien por solicitud de parte o de un tercero.

Se trata de los contratos que disponen de los bienes de uso público, los cuales - por razones constitucionales- son inembargables, imprescriptibles y no se pueden enajenar. Sobre el particular ha expresado esta Sección –sentencia de 6 de julio de 2005. Exp. 12.249-:

“Cabe tener en cuenta también, conforme lo ha advertido esta Corporación, que tal saneamiento de la nulidad absoluta no opera cuando el vicio de invalidez se produce en consideración a la características de los bienes de uso público, bajo el entendido de que tales eventos están amparados por la imprescriptibilidad, según lo dispuesto en el artículo 63 de la Constitución y en el párrafo 1 del artículo 136 del C.C.A, modificado por el art. 44 de la ley 446 de 1998.⁸

“Lo anterior ha conducido a considerar que no opera la caducidad de la acción ejercitada con el objeto de que se anule un contrato que recayó sobre un bien de uso público, conforme lo indicó la Sala en sentencia proferida el 16 de febrero de 2001, expediente 16.596, actor: Personería Distrital de Bogotá. En esta oportunidad reiteró lo afirmado por la Sala Plena de la Corporación en la sentencia que resolvió la demanda de nulidad de los actos administrativos que autorizaron la transferencia del dominio de la propiedad del subsuelo de los terrenos conocidos con el nombre de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana:

⁸ A este respecto puede consultarse lo manifestado por la Sala en sentencia proferida el 16 de febrero de 2000, expediente 16956.

“ [e]l mero transcurso del tiempo no puede extinguir las acciones encaminadas a que se produzca declaración judicial sobre la propiedad del subsuelo. De no ser así, el paso del tiempo volvería indirectamente enajenable o prescriptible un bien público carente de esas características. Dicho en otras palabras, de aceptarse la tesis sobre la caducidad en casos como éste, los bienes de uso público podrían convertirse en patrimonio particular de quienes los detenten por espacio de 20 años.”⁹ ¹⁰(Se subraya).

Amén de lo manifestado, es claro que la nulidad que se puede declarar de oficio es la absoluta, no así la relativa, porque la norma citada del decreto 222 confiere competencia al juez sólo para estos efectos, de allí que la nulidad relativa sólo puede alegarla la parte interesada¹¹.

Ahora, si bien puede sorprender a las partes, o a alguna de ellas, que en primera o en segunda instancia el juez declare la nulidad de un contrato o parte de él, cuando el proceso no giró alrededor de este aspecto, lo cierto es que el ordenamiento jurídico lo permite, si la encuentra probada, con el fin de hacer prevalecer en los negocios jurídicos el interés general y el orden público.

De esta forma, bien puede solicitarse en la demanda la nulidad absoluta, o proponerse como excepción -por la parte interesada-¹², o deprecarla el ministerio público en cualquier estado del proceso, o el juez en cualquiera de las instancias.

⁹ Sentencia de septiembre 13 de 1999, Exp. 6976.

¹⁰ El legislador acogió esta tesis jurisprudencial en el art. 44 de la ley 446 de 1998, que modificó el art. 136 del C.C.A, que prescribe:“Parágrafo 1°. Cuando el objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables la acción no caducará”

¹¹ Al respecto ha señalado la Sala –sentencia de 12 de octubre de 2000, exp. 13.097-, que: “Se dice como mínimo, porque el juez oficiosamente puede declarar la nulidad del contrato sólo por causales de nulidad absoluta. Respecto de las otras causales “**las relativas**”, únicamente las partes pueden alegarlas.”

¹² En la sentencia de 12 de octubre de 2000 -Exp. 13.097-, expresó la Sección Tercera: “La última codificación mencionada dice, textualmente, que ‘Cuando se proponga la excepción de **nulidad** o de simulación del acto o contrato del cual se pretenda derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción’ (3º inc art. 306).

“La naturaleza de ese hecho exceptivo, considerar que el contrato es nulo, sí es excepción de fondo no sólo porque así lo dice la ley sino además, porque aún ante la falta de disposición que así lo dispusiere, cuando se pretende frente a un contrato y ante el juez, derivar algo, frente al demandado, de dicha relación negocial es necesario, como mínimo, que ésta relación no adolezca de un vicio constitutivo de **causal de nulidad absoluta.**” (Resalto fuera de texto)

En consecuencia, tanto en la primera como en la segunda instancia es posible declarar la nulidad absoluta del contrato, siempre y cuando los afectados hagan parte del proceso, y esté probada la causal. Y aunque es innegable que en la segunda instancia es más sorpresiva para las partes una decisión de estas, lo cierto es que la ley privilegió la protección del orden jurídico, de la moral y del interés general -sobre el interés de las partes-, cuando autorizó declarar la nulidad del contrato si concurrían las anteriores condiciones.

El juez no puede abstenerse de declarar la nulidad, si la encuentra acreditada, toda vez que la ley no le confiere una potestad discrecional para hacerlo, sino que le impone la obligación de actuar.

Por las razones expuestas la Sala declarará, en la parte resolutive, la nulidad absoluta del contrato.

3. Restituciones mutuas

En relación con las restituciones derivadas de la declaración de nulidad absoluta, la Sala considera que si bien no proceden por vicios como el que se estudió antes, no debe perderse de vista que la ley 80 de 1993 reguló el tema de manera distinta, permitiendo que lo dado o pagado, siempre que aproveche a la entidad, lo compense ésta –art. 48 de la ley 80¹³-. Se trata de la aplicación del principio de equidad, que, salvada la buena fe, ordena pagar las prestaciones recibidas en todo aquello que ha favorecido a la otra parte del contrato. De alguna manera, esta

En el mismo sentido se ha señalado: “Así las cosas, en el evento en que el demandado proponga la excepción de nulidad del contrato, siempre que sean partes del proceso quienes lo fueron del contrato, la sentencia deberá tacharse de inconsonante, si, a pesar de haber encontrado demostrada dicha excepción, se limita tan sólo a declararla fundada, desconociendo que el juzgador tiene el deber insoslayable de pronunciarse aplicando la regla de procedimiento citada, la cual, se reitera, es de ineludible cumplimiento. Con otras palabras, si el juez no obra así, incurre en vicio de actividad, pues la sentencia cae en desarmonía o incongruencia por *mínima petita*, habida cuenta que se dejó de decidir sobre uno de los extremos de la litis.” –Sentencia de 25 de noviembre de 2004, exp. 25.560-.

¹³ “Art. 48. DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

“Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.”

disposición también supone, parcialmente, la aplicación de la prohibición del enriquecimiento sin causa, porque impide que una parte del contrato se beneficie impunemente de los servicios prestados por otra, que no actuó de mala fe.

En estos términos, siguiendo la orientación filosófica del art. 48 de la ley 80, es perfectamente aplicable al caso concreto que las partes paguen todo aquello que las hubiere favorecido, en los términos, condiciones y precios del contrato celebrado. Por ello, se ordenará a las partes del contrato, en el término de 2 meses, contados desde la ejecutoria de esta providencia, liquidar bilateralmente el negocio jurídico, para los únicos efectos de saldar las cuentas de las cantidades de trabajo efectuado.

Para estos efectos, verificarán las cantidades de volantes repartidos y las sumas pagadas, con el fin de declararse a paz y salvo o, eventualmente, determinar si alguna parte del trabajo no fue remunerado.

Concretado este aspecto se dará por liquidado el negocio, a fin de que una y otra parte se den por satisfechas en cuanto al reconocimiento y pago de lo dado y entregado, no empece a la nulidad la nulidad absoluta de que adolece el negocio.

En todo caso, esta liquidación no admite la formulación de observaciones o constancias de inconformidad, limitándose a realizar las operaciones aritméticas necesarias para esclarecer el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas durante la vigencia del contrato, y teniendo en cuenta que en esta acción se solicitó la declaración mutua de incumplimiento del contrato, ninguna de las cuales prosperó, por darle paso a la declaración de nulidad del negocio.

En el evento de que por cualquier circunstancia no se liquide bilateralmente el contrato, la entidad estatal lo hará de manera unilateral, dentro del mes siguiente al vencimiento del término anterior, con las condiciones y para los exclusivos propósitos allí indicados.

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

FALLA

PRIMERO. Acéptese el impedimento presentado por la doctora Ruth Stella Correa Palacio.

SEGUNDO. Revócase la sentencia proferida el 14 de diciembre de 1.999 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, en la que se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

TERCERO. Anúlase el contrato No. 038 de 1992, celebrado el 26 de junio de 1992, suscrito entre la empresa Hoyos y Holguín Ltda. –hoy Delivery Publicidad Ltda.- y ADPOSTAL, cuyo objeto fue “... la exclusividad en la distribución por parte de ADPOSTAL al contratista de volantes para la comercialización publicitaria, los que serán entregados conjuntamente con cada una de las facturas por cobros de servicios públicos, impuestos y seguro social que se distribuyan en el Territorio Nacional por los servicios de correo”

CUARTO. Ordénese a las partes del contrato, en el término de 2 meses, contados desde la ejecutoria de esta providencia, liquidar bilateralmente el negocio jurídico, para los únicos efectos de saldar las cuentas de las cantidades de trabajo efectuado, con los parámetros indicados en esta providencia.

Si no se liquidara bilateralmente el contrato, la entidad estatal lo hará de manera unilateral, dentro del mes siguiente al vencimiento del término anterior, con las condiciones y para los exclusivos propósitos aquí indicados.

QUINTO. Sin condena en costas.

Ejecutoriada esta providencia, DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

JAIRO PARRA QUIJANO
Conjuez

MARTIN BERMUDEZ MUÑOZ
Conjuez
Con salvamento de voto

MAURICIO FAJARDO GOMEZ
Con salvamento de voto

ALIER HERNANDEZ ENRIQUEZ
Conjuez

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ
Con aclaración de voto