



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, siete (07) de Septiembre de dos mil diecisiete (2017)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-23-33-007-2016-00075-00	
DEMANDANTE:	INVERSIONES ABOGADOS Y CONSULTORÍAS S.A.S.	
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE COVEÑAS - SUCRE	
MEDIO DE CONTROL:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES	

Procede la Sala a dictar sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de controversias contractuales, promovido por INVERSIONES ABOGADOS Y CONSULTORÍAS S.A.S. contra el municipio de Coveñas - Sucre, al no observar irregularidad o vicio que pueda afectar lo actuado.

1.- ANTECEDENTES:

1.1.- Pretensiones¹

A través del presente medio de control, la parte accionante solicita:

1. Que se declare al Municipio de Coveñas – Sucre, responsable del incumplimiento ocurrido por su parte en el contrato OP – 289 – 2007, suscrito con la sociedad PC UPDATE LTDA., denominado hoy INVERSIONES, ABOGADOS Y CONSULTORÍAS S.A.S.

2. Que se condene al pago de la indemnización correspondiente al 100% de la utilidad esperada, por impedir el Municipio de Coveñas el cumplimiento del contrato al contratista. Indemnización que asciende a la

¹ Ver folios 29 del expediente.

suma de TRES MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO MILLONES CIENTO SESENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS M.L.

3. Que se declare terminado el contrato OP – 2089-2007, suscrito por el Municipio de Coveñas con PC UPDATE LTDA., denominada hoy INVERSIONES, ABOGADOS Y CONSULTORÍAS S.A.S.

4. Que se condene al Municipio de Coveñas al pago de costas, agencias en derechos y demás gastos en que se incurra en el presente proceso.

1.2.- Hechos²

Textualmente en la demanda se señala:

“1. El día treinta (30) del mes de Octubre de dos mil siete (2007), se celebró el contrato No. OP-289-2007, de Prestación de servicios de apoyo a la gestión jurídica y financiera en el recaudo de Industria y Comercio del Municipio de Coveñas entre el Municipio de Coveñas y la firma “PC UPDATE LTDA”.

El plazo de ejecución del contrato es el tiempo de duración del contrato es el término de dure el recaudo de la totalidad de la cartera (Clausula sexta del contrato).

El valor del contrato se estipuló en el 20% del valor de la cartera.

2. El día dieciséis (16) de Noviembre de 2007, se celebró la correspondiente Acta de Inicio del Contrato.

3. El día treinta (30) de noviembre de 2007, se eleva informe por parte de la contratista, donde entregaba la cartera a cobrar y otros documentos.

4. El día 4 de diciembre de 2007 se lleva a cabo acta de interventoría.

5. El día 6 de diciembre se lleva a cabo acta de interventoría y se aclara en dicha acta la forma de pago del valor pactado en el contrato.

6. El 31 de Enero de 2008, se eleva certificado de la Secretaría de Hacienda del Municipio donde da a conocer el valor de la cartera a recuperar en el saldo de DIECISIETE MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS M.L.

7. El 12 de Febrero de 2008, se presenta informe donde se muestra el valor

² Folios 3 - 8 del expediente.

recaudado entre el 17 de diciembre de 2007 y 31 de enero de 2008, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 15.080.177.

8. El 16 de marzo de 2008, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de febrero de 2008, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 4.712.995.

9. El 4 de abril de 2008, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de marzo de 2008, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 45.901.226.

10. El 8 de mayo de 2008, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de abril de 2008, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 46.071.204, y la interventoría certifica lo correspondiente.

11. El 30 de mayo de 2008, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de Mayo de 2008, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 114.719.624.

12. El 30 de junio de 2008, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de junio de 2008, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 40.228.122.

13. A raíz de impases presentados con el Alcalde del momento, le correspondió a la contratista desalojar las instalaciones de la alcaldía y hacer entrega de 698 expedientes.

14. En razón de la suspensión abrupta del contrato, el Representante Legal de la época, presenta Derecho de Petición al Alcalde para que emane acto de terminación del contrato.

15. El 4 de agosto de 2008, la administración da respuesta frente a que no ha terminado unilateralmente el contrato.

16. El 29 de septiembre de 2008, después de tener 3 meses el contrato suspendido por vías de hecho, el Representante legal de la Compañía le presenta solicitud de terminación bilateral al Alcalde.

17. El 6 de octubre de 2008, se le eleva nuevo escrito al alcalde frente al incumplimiento contractual.

18. Luego de haber estado suspendido el contrato 2 meses, por vías de hecho por parte de la administración, se intenta retomar las actividades.

19. El 17 de octubre de 2008, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de septiembre de 2008, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 20.536.183.

20. El 12 de noviembre de 2008, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de octubre de 2008, donde el recaudo para el

municipio fue de \$ 7.150.845.

21. A partir de ese momento, la administración Municipal, decide no dejar la continuidad del contrato y obligarnos a desalojar las instalaciones de la administración Municipal.

22. El 22 de diciembre de 2008, la Administración Municipal expide nueva certificación del contrato. Donde deja claro que el contrato tenía una cartera por recuperar de 17.500 millones de pesos.

23. Con el Cambio de Alcalde en Coveñas, por situaciones de orden público, dado que el Señor Sergio Tapia había sido detenido, el nuevo Alcalde Arnaldo Julio Ramos, le da continuidad al proceso de recaudo desde agosto de 2009.

24. El 4 de septiembre de 2009, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de agosto de 2009, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 48.992.386.00 y la interventoría certifica lo correspondiente.

25. El 1º de octubre de 2009, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de septiembre de 2009, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 123.674.446.00 y la interventoría certifica lo correspondiente.

26. El 5 de octubre de 2009, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de septiembre de 2009, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 32.870.789.00 y la interventoría certifica lo correspondiente.

27. El 9 de diciembre de 2009, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de noviembre de 2009, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 71.229.392.00 y la interventoría certifica lo correspondiente.

28. El 8 de enero de 2010, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de Diciembre de 2009, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 70.022.712 (Anexo 32) y la interventoría certifica lo correspondiente.

29. El 27 de enero de 2010, se presenta informe por parte de la contrista, de la ejecución del contrato, donde se informa el estado general de la ejecución contractual.

30. El 12 de febrero de 2010, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de enero de 2010, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 81.585.470 y la interventoría certifica lo correspondiente.

31. El 12 de marzo de 2010, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de febrero de 2010, donde el recaudo para el

municipio fue de \$ 81.120.324 y la interventoría certifica lo correspondiente.

32. El 15 de marzo de 2010, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de enero de 2010, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 19.458.457 y la interventoría certifica lo correspondiente.

33. El 13 de mayo de 2010, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de abril de 2010, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 28.324.112 y la interventoría certifica lo correspondiente.

34. El 18 de junio de 2010, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de mayo a 17 de junio de 2010, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 113.573.265 (Anexo 43) y la interventoría certifica lo correspondiente.

35. El 13 de julio de 2010, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de junio de 2010, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 24.142.610 y la interventoría certifica lo correspondiente.

36. El 9 de agosto de 2010, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de julio de 2010, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 44.111.705 y la interventoría certifica lo correspondiente.

37. El 9 de septiembre de 2010, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de agosto de 2010, donde el recaudó para el municipio fue de \$ 32.638.022 y la interventoría certifica lo correspondiente.

38. El 9 de octubre de 2010, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de 'septiembre de 2010, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 25.361.923 y la interventoría certifica lo correspondiente.

39. El 13 de diciembre de 2010, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de noviembre de 2010, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 612.517.404) y la interventoría certifica lo correspondiente.

40. El 20 de enero de 2011, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de diciembre de 2010, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 7.747.579 y la interventoría certifica lo correspondiente.

41. El 14 de marzo de 2011, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de enero y febrero de 2011, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 156.864 y la interventoría certifica lo correspondiente.

42. El 12 de abril de 2011, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de marzo de 2011, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 13.781.362 y la interventoría certifica lo correspondiente.

43. El 12 de mayo de 2011, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de abril de 2011, donde el recaudo para el municipio

fue de \$ 54.974.249 (Anexo 61) y la interventoría certifica lo correspondiente.

43. El 22 de agosto de 2011, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de mayo, junio y julio de 2011, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 28.974.662 y la interventoría certifica lo correspondiente.

44. El 4 de octubre de 2011, el Gobernador de Sucre, conforme decreto 0899 de esta fecha, decide designar como Alcalde de Coveñas, al Señor Robins de Jesús Vitola Álvarez y retirar del Cargo al señor Arnaldo Julio Ramos, desde ahí, todo el trabajo de defensa del municipio cambia y empieza el municipio a incumplir la relación contractual nuevamente y nos desalojan de la administración municipal por las vías de hecho, en un afán -al parecer- por el intereses personal del mandatario de turno, más que por el interés común.

45. A pesar del cambio de alcalde, a solo 26 días de elecciones, y que no era de la confianza del nuevo burgomaestre, la contratista continuó con el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

46. El 31 de octubre de 2011, se presenta informe donde se muestra el valor recaudado en el mes de septiembre de 2011, donde el recaudo para el municipio fue de \$ 9.940.073.

47. El ultimo cobro, lo canceló la alcaldía mediante egreso 00024 del 8 de febrero de 2012, cuando ya se encontraba el nuevo alcalde para el periodo 2012 - 2015.

48. A partir de ese momento, la contratista, si bien no podía cumplir continuar con el proceso de la recuperación de la cartera mediante la sustanciación de los actos, si continuó cumpliendo el contrato, llevando adelante la Representación judicial de la entidad, de los procesos que encuentran en los despachos, juzgados administrativo y tribunal.

49. El 31 de enero de 2013, la contratista presenta informe contractual, de avance de las acciones judiciales a su cargo.

50. En agosto 24 de 2015, se tutela el derecho de petición a Rina Paola Arrieta (personal de la contratista), por parte del Juzgado Promiscuo Municipal de Coveñas, en el sentido de informar si durante el periodo 2012 - 2015 fue contratada asesoría para adelantar sustanciación de cobro o asesoría en la secretaria de hacienda.

51. El 29 de septiembre de 2015, el Juzgado tercero civil del Circuito de Sincelejo, revoca la sentencia por ya haber dado respuesta a la trabajadora de la contratista.

52. En la respuesta dada por la Alcaldía, se informa que no hubo contratación por tal objeto, lo que confirma la vigencia del contrato 289-2007.

53. Mediante oficio del 8 de septiembre de 2015, la administración hace entrega auténtica del contrato.

54. El 7 de diciembre de 2015, se presenta informe donde se muestra el valor recuperado en acciones judiciales a favor del municipio lo cual fue de \$428.162.465.00 y se presentó cuenta de cobro por valor de \$85.652.493.00".

1.3. Contestación de la demanda

No hubo respuesta de parte del ente demandado³.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

Recibida la demanda en la Oficina Judicial⁴, la misma fue admitida mediante auto del 7 de abril de 2016⁵, disponiéndose su notificación al ente demandado, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al señor Procurador Delegado ante este Tribunal. Igualmente, fue notificado por estados⁶ y comunicado por correo electrónico⁷ al demandante.

A su vez, el demandante consignó los gastos procesales el día 11 de abril de 2016⁸ y la parte demandada, fue notificada vía correo electrónico, el día 5 de mayo de 2016⁹.

Corridos los correspondientes términos de traslado de la demanda y de oportunidad para reforma de la misma¹⁰, el día 30 de septiembre de 2016 se fija hora y fecha para llevar a cabo audiencia inicial¹¹, la que llevada a cabo¹² permitió fijar fecha y hora para celebrar audiencia de pruebas, lo que se efectuó el día 20 de abril de 2017¹³, profiriéndose el correspondiente auto.

³ Folio 206.

⁴ Folio 190.

⁵ Folio 192.

⁶ Folio 192 vto.

⁷ Folios 193 – 194.

⁸ Folio 196.

⁹ Folios 197 – 200.

¹⁰ Folios 201 – 204.

¹¹ Folio 207.

¹² Folios 214 – 217.

¹³ Folio 229.

El día 12 de mayo de 2017, se lleva a cabo audiencia de pruebas¹⁴ y entre los días 15 y 26 de mayo de 2017¹⁵, se corre traslado para alegar.

2.1. Alegatos de conclusión:

Parte demandante¹⁶: Reitera sus pretensiones, afirmando que en el presente asunto se ha demostrado el incumplimiento contractual alegado.

Parte demandada¹⁷: No presentó alegatos.

El **Agente de Ministerio Público**¹⁸, conceptuó solicitando se declare la nulidad del contrato invocado como incumplido y en consecuencia, se nieguen las pretensiones de la demanda.

Para el efecto argumentó, que la cláusula sexta del contrato de prestación de servicios No. OP – 289 – 2007, celebrado entre el Municipio de Coveñas y los demandantes, es leonina, en tanto, se

“quería mantener atada a la entidad estatal, casi por un tiempo indefinido (20 años), con el agravante que el contratista terminó realizando actividades que la entidad no podía delegar. Ahora el contratista pretende a modo de perjuicio por el supuesto incumplimiento del municipio la cancelación del 20% del valor de la cartera entregada de los años 2003 y 2007, ya que era el valor “determinado por cobrar” y sobre el cual recaía el contrato y esperaba recaudar.

Situación absurda e ilegal, ya que primero que todo el contratista en sus informes no hace claridad de la cartera, no la clasifica, en de dudoso cobro, la caducada y sobre cuál es efectivamente procedente adelantar el respectivo cobro, ni tampoco la clasifica por años, para hacer un real seguimiento a los años 2003 a 2007 que era el periodo del objeto contractual...

¹⁴ Folios 235 – 236.

¹⁵ Folio 237.

¹⁶ Folios 238 – 244.

¹⁷ Folio 250.

¹⁸ Folios 245 – 249.

Evidentemente el incumplimiento contractual surge de considerar como elemento fundamental, la existencia de un contrato que existe y es válido y que sus cláusulas igualmente lo son, pues, en caso contrario, esto es, que el clausurado sea inexistente o no válido, evidentemente no podría predicarse consecuencia alguna de responsabilidad contractual.

Para el Ministerio Público no hay duda que se trata de una cláusula de renovación automática, viciada de nulidad, por consiguiente solicitará se declare la nulidad, del contrato OP 289/2007 conforme al artículo 2014 del código civil".

3.- CONSIDERACIONES:

3.1. Competencia:

El Tribunal, es competente para conocer en **Primera Instancia** del presente asunto, conforme lo establece el artículo 152.6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causal de nulidad, que invalide lo actuado.

3.2. Problema jurídico.

El problema jurídico en el caso de la referencia, se circunscribe en determinar:

¿Hay lugar a declarar el incumplimiento contractual por parte del Municipio de Coveñas – Sucre, con respecto al contrato OP – 289 – 2007, de prestación de servicios de apoyo a la gestión jurídica y financiera en el recaudo de Industria y Comercio de dicho municipio?

Como consecuencia de lo anterior y ante respuesta afirmativa: ¿Es procedente el reconocimiento y pago de perjuicios derivados de tal eventualidad?

3.3.- Análisis de la Sala.

3.3.1. Medio de control de controversias contractuales

Dentro del catálogo de medios de control contencioso administrativo dispuestos por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se erige el de controversias contractuales -Art. 141 Ley 1437 de 2011-, el cual se caracteriza por permitir dejar a consideración de la jurisdicción contenciosa administrativa, aquellas discusiones de orden jurídico, relacionados, con la existencia, nulidad, revisión, incumplimiento, indemnización y demás declaraciones y condenas, que pueden derivarse de una relación contractual, caracterizadas por su matiz de orden público, bajo la denominación de un contrato estatal.

Al respecto, sobre el medio de control en estudio y su evolución jurídico-normativa, se traen a colación las apreciaciones efectuadas por el Honorable Consejo de Estado, en sentencia de 6 de mayo de 2015¹⁹, donde, se sostuvo:

“La de controversias contractuales, conforme lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no es una acción instituida en el contencioso administrativo con un contenido normativo único, por el contrario, de la lectura de dicho artículo fácil es deducir que se trata de una verdadera vía procesal de contenido pluripretensional, o lo que es lo mismo, que cobija toda la variedad de situaciones problemáticas que hipotéticamente pueden tener lugar en el ámbito de las relaciones contractuales. Sobre el particular es preciso recoger las siguientes precisiones teóricas y conceptuales:

“... Profundizar en el concepto de una acción autónoma referente a las diversas controversias y litigios que se puedan presentar con ocasión de un contrato estatal es un asunto relativamente nuevo en la legislación contencioso administrativa y en el derecho de la contratación estatal colombiano. Históricamente las diferencias surgidas de los denominados contratos de la administración pública fueron materia atribuida por el legislador a la jurisdicción

¹⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Expediente con radicación interna 35766. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

ordinaria, no obstante que desde los inicios del siglo pasado se comenzó, desde el punto de vista sustancial, a determinar un preciso régimen característico de aquellos contratos en los que el Estado o un ente público era parte de dicha relación.

Es tan sólo con la entrada en vigencia del Decreto 528 de 1964 que las controversias contractuales de los entes territoriales y de los establecimientos públicos (según el Dcto. 3130 de 1968 también las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta), en especial aquellas provenientes de un contrato de derecho administrativo, pasaron a ser de conocimiento de la justicia contencioso administrativa, conservando la ordinaria competencia para el juzgamiento de todas aquellas derivadas de los denominados contratos de derecho privado de la administración, situación que perduró durante la vigencia de los decretos 150 de 1976 y 222 de 1983; en este último expresamente se determinaba en el artículo 17:

... la calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contenciosa administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

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

En la práctica el decreto 222 de 1983 recogió lo expuesto en el decreto 528 de 1964, agregándole el ingrediente jurisprudencial diferenciador de competencias, determinado por el Consejo de Estado durante la vigencia del primero de los decretos, según el cual la existencia de cláusula de caducidad habilitaba a la jurisdicción contencioso administrativa para asumir cualquier conflicto emanado del contrato de derecho privado en que se hubiere incorporado.

Con la vigencia de la Ley 80 de 1993, el problema de la jurisdicción competente para el conocimiento de los litigios contractuales cambió radicalmente. La nueva legislación, según la redacción de su artículo 32, con base en el principio del contrato único estatal, que rompía con la doble clasificación de contratos de derecho administrativo y de derecho privado, y considerando que contrato estatal era aquel en que una de las partes estaba integrada por cualquier entidad estatal, resolvió atribuir la competencia integral de todos ellos, en los eventos de litigios o controversias, a la jurisdicción contencioso administrativa. De manera expresa el artículo 75 del estatuto general de la contratación administrativa pública determinó que "el juez

competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa". La interpretación jurisprudencial de esta disposición ha sido amplia: a partir de ella no sólo han pasado a conocimiento de la justicia contencioso administrativa todos los litigios emanados de los contratos que durante la vigencia del decreto 222 de 1983 nacieron como de derecho privado²⁰, sino que (...) se abrió paso en la corporación la tesis jurídica según la cual esta jurisdicción también conoce de los procesos ejecutivos surgidos de un contrato estatal.

Desde el punto de vista de los mecanismos procesales aplicables por la jurisdicción contencioso administrativa, debemos recordar que inicialmente todas las pretensiones de las relaciones contractuales se consideraron propias de la acción de plena jurisdicción, según los más clásicos planteamientos de la doctrina francesa²¹. Sin embargo, dentro de la concepción individualizadora de pretensiones como sustento de acciones autónomas que ha caracterizado el derecho contencioso administrativo colombiano, con la entrada en vigencia del decreto 01 de 1984 se incorporaron en su artículo 87 las denominadas "acciones relativas a contratos", esto es, se agrupaban en un solo mecanismo procesal las diversas hipótesis de litigios propios del contrato. Esta disposición fue objeto de revisión por el legislador, quien a través del artículo 17 del decreto 2309 de 1989 resolvió denominarlo "De las controversias contractuales", queriendo, al igual que en la norma modificada, integrar el más amplio y genérico espectro de situaciones generadoras de litigios, conflictos o controversias propias del contrato, su ejecución y liquidación. El artículo 32 de la Ley 446 de 1998 conservó la misma denominación y propósitos para esta acción.

En este sentido, una aproximación a la institución nos permite sostener que la acción referente a controversias contractuales o acción contractual desarrollada en el artículo 87 cca es una acción, por regla general, de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional a través de la cual

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 23 de noviembre de 1995, Exp. 11310, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ: "Después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por una entidad estatal, con miras a determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que de él se deriven. Basta con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que nos ocupa, para que el juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente lo dispone el artículo 75". El fundamento de estas apreciaciones lo obtiene la corporación en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que unificó en el concepto de contrato estatal todos los contratos del Estado, y en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que establece el carácter de aplicación indirecta de todas las normas que establezcan competencias".

²¹ RIVERO. Derecho administrativo, cit., p. 232.

cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se orden su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan las demás declaraciones y condenaciones que sean pertinentes; así mismo, la nulidad de los actos administrativos contractuales y los restablecimientos a que haya lugar; como también las reparaciones e indemnizaciones relacionadas con los hechos, omisiones u operaciones propias de la ejecución del contrato.

De manera excepcional y conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el inciso 3.º del artículo 87 CCA, según las modificaciones introducidas por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, y el literal e artículo 136.10 CCA, conforme a las modificaciones aportadas por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción contractual eventualmente puede revestir las características de objetiva, a iniciativa de cualquiera de las partes de un contrato, el Ministerio Público, el tercero que acredite un interés directo, si la pretensión es la nulidad absoluta del contrato; de igual manera, cuando lo que se pretende es exclusivamente la simple nulidad de un acto administrativo contractual de carácter general.”²²

Súmese al anterior recuento el que bajo el contexto del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el legislador conservó las notas características del medio de control de controversias contractuales, dando continuidad, con ello, al desarrollo histórico del que se ha dado cuenta en el texto en cita y que no es otra cosa que el de concebir bajo una misma vía procesal (de las controversias contractuales) la posibilidad de discutir ante el Juez Administrativo las diversas vicisitudes jurídicas que pueden originarse en una relación contractual”. (Citas del texto).

Luego entonces, es factible que a través del medio de control de controversias contractuales, se pueda pretender la declaración de incumplimiento de un contrato.

²² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Contencioso Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 227-230.

3.3.2. Incumplimiento del contrato estatal

De conformidad con la doctrina²³, el incumplimiento de contrato “supone la lesión o perturbación que se produce al derecho de crédito, originada por la ejecución inexacta de una prestación. Se trata de una figura universal, que surge en el derecho como excepción al principio latino pacta sunt servanda -lo pactado debe cumplirse-”.

De ahí que en criterio del mismo autor:

“este fenómeno se presenta cuando no se llevan a efecto o se dejan de cumplir las obligaciones estipuladas en un contrato. De acuerdo con lo anterior, el incumplimiento puede ser parcial, cuando no se cumplen una o más de las prestaciones debidas, o total, si se dejan de cumplir todas, en lo absoluto.

Tanto los textos normativos como la doctrina, en general, se refieren al incumplimiento de los contratos respecto de los importantes efectos que este causa. Entre otras, se mencionan figuras como la resolución, el anuncio previo, el breach of contract o la contravention au contrat (...)

El derecho colombiano no dispone de una norma que precise cuándo existe incumplimiento contractual. Sin embargo, los contratos legalmente celebrados son ley para los contratantes y deben ser cumplidos de buena fe (C.C., arts. 1602 y 1603 y C. Co., art. 871).

A pesar de lo anterior, el Código Civil sanciona el incumplimiento negligente del deudor, con base en una graduación de la culpa —lata, leve y levísima— (art. 1604). Así mismo, se establecen figuras como la mora (arts. 1608 y 1610) y la resolución por incumplimiento.

Por su parte, el articulado del Código de Comercio prevé algunos supuestos en los que se regulan los efectos que acarrea el incumplimiento de las obligaciones, por las partes, respecto de ciertos contratos. Es el caso del comprador (art. 1390), del corredor (art. 1346), del vendedor (art. 942), la falta de cumplimiento en el suministro (art. 973) y el incumplimiento parcial en el negocio plurilateral (art. 865).

²³ León Robayo. Edgar Iván. La configuración del incumplimiento contractual. http://legal.legis.com.co/document?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a7fd3404ce0430a010151404c

Como se puede apreciar, para el ordenamiento jurídico colombiano el incumplimiento contractual no existe como concepto autónomo. Lo que regula la normativa son las consecuencias que este trae y los recursos que tiene el acreedor para hacer valer sus derechos en caso de inejecución de las prestaciones por parte de su deudor”.

Ahora bien, en punto de la responsabilidad contractual que genera el incumplimiento de un contrato, aceptándose su sometimiento al concepto de culpa, se ha dicho:

“La responsabilidad civil contractual²⁴ ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido²⁵. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico²⁶ (...)

En materia de responsabilidad civil contractual, ámbito al que pertenece la norma acusada, el elemento subjetivo continúa siendo un criterio determinante para la definición y el alcance de la responsabilidad, comoquiera que el contrato es un acto que se mueve por excelencia en el terreno de la previsibilidad, está regido por la autonomía de la voluntad, de manera que la reparación del perjuicio está atada al grado de culpabilidad del deudor.

4.3. El artículo 63 del Código Civil²⁷ contempla un sistema de graduación de la culpabilidad civil: (i) culpa grave, negligencia

²⁴ Valencia Zea considera impropia la nominación “responsabilidad contractual”, señalando que “se le debería llamar responsabilidad por violación de los derechos de crédito, por cuanto pueden violarse no sólo las obligaciones nacidas de contrato, sino también las nacidas de cualquier otra fuente”. Derecho civil tomo III, de las obligaciones, Ed. Temis 1998, pág. 325.

²⁵ Jean-Luc Aubert, Introducción al derecho, Paris, Presses Universidad de Francia; 1979; pp. 117.

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ Art. 63. “La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. **Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.**

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

grave o culpa lata, que en materia civil equivale al dolo; (ii) culpa leve, descuido leve o descuido ligero (iii) culpa o descuido levísimo; y (iv) dolo. En tanto que el artículo 1604 *ibídem* señala los casos en que el deudor es responsable por la culpa lata o por la culpa leve, o por la levísima. Esta regulación, según lo ha destacado la jurisprudencia, se refiere exclusivamente a las culpas contractuales y no a las extra contrato, y constituye parámetro para la graduación de la responsabilidad:

“La graduación de culpas contemplada por el artículo 63, se refiere a contratos y cuasi contratos, más no a delitos y cuasi delitos, de los cuales esa clasificación está excluida. La disposición define el alcance de las tres nociones de culpa, cuando la ley, regulando relaciones contractuales, acude a alguna de ellas graduando la responsabilidad del deudor según la gravedad de la culpa cometida”²⁸

“Las voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa, al paso que la culpa, según el mismo precepto y la concepción universal acerca de ella, se configura sobre la falta de diligencia o de cuidado, la imprevisión, la negligencia, la imprudencia.

De esas características sustanciales surgen, como es obvio, las consecuencias legales respectivas; el dolo generalmente no se presume (artículo 1516 C.C.) ni su tratamiento legal puede ser modificado por la voluntad individual (...) acarrea en todos los casos sanciones civiles de igual intensidad y agrava la posición del deudor aún en frente de eventos imprevisibles (artículo 1616 C.C.); la culpa, por el contrario, se presume en el incumplimiento contractual (...) las partes pueden alterar libremente las regulaciones legales respecto de ella, y su intensidad se gradúa para asignar diferentes efectos a sus diversos grados (artículo 1604), y por último no agrava la posición del deudor sino ante los que se previó o pudo preverse al tiempo del contrato (artículo 1616 C.C.)”²⁹.

4.3. De otra parte, la determinación de la extensión del resarcimiento tomando en consideración el elemento subjetivo, no es extraña al derecho internacional de la contratación. En este

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. (Se destaca).

²⁸ Corte Suprema de Justicia. G.J, T IX, pág. 409.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, T. LXVI, pág. 356.

sentido cabe mencionar que la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías,³⁰ adopta como parámetro para establecer la magnitud de la indemnización del perjuicio la previsibilidad del daño. En el artículo 74 prevé que éste “no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato” .

De este modo, la Convención ata el quantum de la indemnización a la pérdida causada por el incumplimiento del contrato según la previsibilidad de la lesión atribuible al deudor al momento de la celebración del contrato. En otras palabras, la medida de la indemnización está atada a los daños previsibles; además prevé que el conocimiento de las condiciones existentes al momento del nacimiento a la vida jurídica del negocio jurídico, son la medida que determinará la cuantía del resarcimiento, dentro de los extremos permitidos de la indemnización, aplicándose la concurrencia de culpas para tasar la compensación económica.

En similar sentido, los Principios sobre Contratos de la Unidroit (art. 7.4.4.), contemplan la previsibilidad del daño como medida de lo resarible al prescribir que: “la parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato”.

4.4. De lo anterior se sigue que en el ordenamiento legal colombiano la responsabilidad civil contractual continúa atada a la noción de culpa, concepción que otorga relevancia a la previsibilidad de los perjuicios como baremo para establecer el alcance del resarcimiento. Expresión de ello es el artículo 1616 del Código Civil, objeto de análisis de constitucionalidad. Esta concepción no resulta extraña al ordenamiento jurídico internacional, como quiera que referentes normativos como la Convención de Viena de 1980 y los Principios sobre Contratos de la Unidroit, acogen el criterio de la previsión y la previsibilidad de la lesión, como baremo del monto de los perjuicios”.

Evidentemente, el fenómeno del incumplimiento contractual, surge de considerar como elemento fundamental, la existencia de un contrato que existe y es válido y que sus cláusulas igualmente lo son, pues, caso contrario, esto es, que el clausulado sea inexistente o no válido, evidentemente no

³⁰ Es este un estatuto uniforme sobre la compraventa de mercaderías para contratantes que tienen asiento en diferentes Estados. La Convención fue adoptada en Colombia por la ley 518 de 1999, y entró en vigor el 5 agosto de 2001.

podría predicarse consecuencia alguna, en clave de responsabilidad contractual.

3.3.3. Ilegalidad de las cláusulas de prórroga automática.

En vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 y de la Ley 80 de 1993, resulta abiertamente ilegal la llamada prórroga automática,; en el *primer* evento, en virtud de la prohibición expresa de que trata el artículo 58 de la norma³¹ y en el *segundo*, por cuanto, además de que en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública no existe norma alguna que autorice pactar prórrogas automáticas, que favorezcan a un determinado contratista, resulta violatorio de los principios generales de libre concurrencia, de igualdad, de imparcialidad, de prevalencia del interés general y de transparencia que rigen todas las actuaciones contractuales de las entidades estatales, principios que se encuentran consignados positivamente, tanto en la Constitución Política de 1991 -artículos 1, 2, 13, 209-, como en la Ley 80 de 1993 -artículos 24 y 25-.

Debe recordarse que el Estatuto de Contratación Estatal, contenido en la Ley 80 de 1993, reconoció la libertad negocial, siempre que los acuerdos se ajusten a las normas del propio estatuto contractual, a las normas de derecho civil y comercial y acudió a la fijación de los límites contractuales por la vía general de la aplicación de la Constitución, la Ley, el Orden Público, los Principios de la contratación estatal y los de la buena administración, cuando señaló:

“Artículo 40°.- *Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

³¹ 9 Decreto 222 de 1983. Artículo 15: “En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas”.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.”

Ahora bien, el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, estableció los principios de las actuaciones contractuales de las entidades estatales, en la siguiente forma:

“La actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía, responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente se aplicarán las mismas normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

Por su parte, el artículo 209 de la Constitución Política estableció los siguientes principios como rectores de la función administrativa:

“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

Frente a la aplicación de los principios comentados, en los casos de modificación y de prórroga automática de los contratos estatales, el Consejo de Estado ha precisado los límites de los acuerdos de modificación y la improcedencia de celebrar cláusulas, contentivas de prórrogas automáticas, según se puede observar en los conceptos citados a continuación:

i) El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto del 13 de agosto de 2009, radicación 1.952, C. P. Enrique José

Arboleda Perdomo, se ocupó del mutuo acuerdo como forma de modificación del contrato³², así:

“Es frecuente oír, que por el solo hecho de existir un común acuerdo entre las partes de un contrato estatal, es posible variarlo. Dado que de ser cierta ésta afirmación permitiría sin más discusión la reforma del contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado, pasa la Sala a efectuar el análisis correspondiente: (...)

Puede adicionarse una razón a las expuestas para justificar que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes. Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado.

De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiéndose, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes.”

ii) En igual sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Magistrado William Zambrano Cetina, se pronunció el 19 de mayo de 2010, radicación número: 11001-03-06-000-2010-00005-00(1984), actor: Ministerio de la Protección Social, con referencia a la prórroga del contrato de concesión prevista en el artículo 60 de la ley 643 de 2001, así:

“Las prórrogas automáticas no pueden pactarse en ningún contrato estatal. (...) las cláusulas de prórroga de los contratos estatales no confieren un derecho automático a un mayor plazo, sino que contienen solamente la posibilidad de que al terminarse el plazo inicial, las partes acuerden su continuación dentro de los límites que imponga la ley al momento de prorrogar. Si se entendiera que plazo inicial y prórroga se integran en uno sólo, no habría necesidad de distinguir ambas figuras. En el caso particular

³² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. 13 de agosto de 2009, Radicación No. 1.952 -11001-03-06-000-2009-00033-00, Referencia: El contrato de concesión de servicio público. Modificaciones. La Amigable Composición. Contrato de concesión del aeropuerto El Dorado.

de las entidades estatales, la imposibilidad de pactar cláusulas de prórroga automática, significa además que la Administración conserva en todo caso la potestad de analizar su conveniencia al momento de vencerse el plazo inicial y, por ende, de abstenerse de extender el plazo del contrato si así lo determina el interés general. Y más aún, que la Administración no podrá acceder a la prórroga si para el momento en que se vaya a suscribir, existe una prohibición legal para ello."

La Corte Constitucional, por su parte, se fundamentó en los principios de igualdad de los oferentes y de la planeación contractual, inmersos en el artículo 209 de la Constitución Política, para concluir acerca de la exequibilidad condicionada de la prórroga del contrato de concesión, en su momento prevista en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, asunto en el que la Corte citó el concepto de 2009 emitido por el Consejo de Estado y consideró, que la prórroga o adición, no puede ser pactada en violación del principio de igualdad de los oferentes, así como se detuvo en el análisis del principio de planeación, que exige evaluar adecuadamente el alcance y la duración de los contratos estatales desde la etapa precontractual³³.

3.3.4. Nulidad oficiosa del contrato estatal o sus cláusulas

Ahora bien, en esta providencia es posible declarar la nulidad oficiosa de la cláusula sexta del contrato No. OP – 289 - 2007, suscrito entre el Municipio de Coveñas y la firma "PC UPDATE LTDA.", hoy conocida como INVERSIONES, ABOGADOS Y CONSULTORÍAS S.A.S., toda vez que este Tribunal cuenta con la facultad-deber, consagrado en la parte in fine del art. 141 del CPACA, de hacerlo, siempre que advierta la violación de la Constitución o la Ley, con independencia de los límites fijados por el recurso de apelación, tal como ha sido reiterado por la Sección Tercera del Consejo de Estado³⁴.

³³ Sentencia C-300/12, abril 25 de 2012.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, 3 de abril de 2013, Radicación 25000232600019962150 01 (23567), actor Aerolíneas Territoriales de Colombia Ltda., demandado Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil; en el mismo sentido acerca de la nulidad declara de oficio se pudo consultar las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, Consejera ponente: Olga Mérida Valle de De La Hoz, 31 de enero de 2011, radicación número: 25000-23-26-000-1995-0867-01(17767), actor: Carlos Edgar Moreno Rincón, demandado: Departamento de Cundinamarca –Secretaría de Hacienda-; Consejo de Estado, Sala de lo

Debe tenerse en cuenta, como ya se ha venido anotando, que cuando se conviene la prórroga automática de un contrato, la misma resulta nula de conformidad con las causales previstas en el derecho común, las cuales se incorporaron en la parte inicial del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, cuyo texto consagra las causales de nulidad del contrato estatal, así:

“Artículo 44.- De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: (...)” (La negrilla no es del texto).

Norma que en criterio de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección A, permite afirmar que la invocación del derecho común realizada en el precitado artículo 44 de la Ley 80 de 1993, implica la aplicación de las causales de nulidad absoluta previstas en el Código Civil, como parte del propio régimen de la contratación estatal, entre ellas las siguientes: **i)** la violación del Derecho Público de la Nación, **ii)** la nulidad producida por objeto o causa ilícita y **iii)** la omisión de formalidades que las leyes prescriben para la validez del contrato, en consideración a su naturaleza. Concretamente tal Corporación señaló:

“De manera inicial ha de destacarse que la primera causal de nulidad absoluta de los contratos estatales se encuentra integrada por todos aquellos eventos previstos sobre la materia en el “derecho común”, cuestión que evidencia, entonces que la propia Ley 80 dispuso de manera explícita la incorporación de las causales de nulidad absoluta consagradas en el régimen legal que integra el aludido “derecho común”.

En ese orden de ideas se tiene que el régimen de las nulidades en materia de contratación estatal, teniendo en cuenta los precisos y claros términos del aludido artículo 44 de la Ley 80, lo integran tanto el listado de causales que recogen los diversos numerales de la norma legal en cita, como aquellas otras consagradas en el “derecho común”.

Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 24 de enero de 2011, expediente número 16326, actor Abelardo Trujillo Mellizo y, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 8 de marzo de 2007, radicación número: 20001-23-31-000-1996-02999-01(15052), actor: Carbones de los Andes S.A. “Carboandes”, demandado: Empresa Colombiana de Carbón Ltda. “Ecocarbón”.

Como resulta apenas natural, hay lugar a señalar que aquellas causales de nulidad absoluta de los contratos estatales que provienen del Código Civil, por la incorporación que de las mismas dispuso a la Ley 80 la parte inicial de su artículo 44, en principio y sin perjuicio de adaptarlas a los Principios que regulan, informan y orientan tanto la contratación pública como el Derecho Administrativo en general, deberán ser interpretadas y aplicadas en los términos en que las mismas han sido entendidas tanto por la Jurisprudencia que al respecto ha construido la Corte Suprema de Justicia, como por la doctrina desarrollada a partir, precisamente, del estudio de las normas que integran la Codificación Civil y en idéntico sentido hay lugar a puntualizar que en este campo también serán aplicables aquellas otras disposiciones legales contenidas en el mismo Código Civil que se ocupan de precisar el sentido y el alcance de las nociones que sirven para estructurar las causales de nulidad absoluta consagradas en el artículo 1741 de ese cuerpo normativo (como ocurre con los conceptos de ilicitud en el objeto, la ilicitud en la causa, la incapacidad absoluta, etc.).

(...)

En ese sentido se tiene entonces que el desconocimiento del Derecho Público de la Nación vicia de ilicitud el objeto de las cláusulas en examen, de conformidad con los dictados del artículo 1519 del Código Civil, en cuya virtud:

“Artículo 1519.- hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”.

A ello se impone agregar que el inciso 1º del artículo 1741 del Código Civil erige la ilicitud en el objeto como constitutiva de nulidad absoluta, de conformidad con los siguientes términos:

“Artículo 1741.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas”.

Así mismo se impone registrar que el numeral 3º del comentado artículo 44 de la Ley 80 sanciona con nulidad absoluta los contratos estatales que “[s]e celebren con abuso de poder”³⁵.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, febrero 13 de 2013, radicación: 76001233100019990262201, expediente: 24.996, actor: Carlos Arturo Campo, demandado: EMCALI E.I.C.E.

De esta manera, ante el panorama normativo que se deja descrito, se advierte que la estipulación de cláusulas de prórroga automática en el contrato estatal de arrendamiento de bienes inmuebles –como el que en esta ocasión se examina–, resulta abiertamente contrario a la limitación establecida en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor:

“Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) y su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales”

La norma legal en cita hace parte del Estatuto de Contratación Estatal y constituye una limitación imperativa, no modificable por la voluntad de las partes, la cual se encuentra además, en concordancia con los requisitos legalmente establecidos para la ejecución del contrato estatal de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

Es de anotarse, que las anteriores disposiciones de la Ley 80 de 1993, desarrollan los principios constitucionales de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política, la cual se encuentra al servicio de los intereses generales, en orden a proteger la moralidad, igualdad, eficacia, economía e imparcialidad en la contratación pública, principios que se vulnerarían, si se tiene en cuenta que la prórroga automática, otorgaría al contratista un derecho indefinido a la adición del contrato y un compromiso futuro de recursos, sin consideración a las condiciones de eficacia y economía, las cuales se deben tener presentes en la contratación pública, además de que con este tipo de acuerdos contractuales, el funcionario público desconoce la prohibición expresamente consagrada en el canon 121³⁶ de la Carta Política y, por lo tanto, contraría el Derecho Público de la Nación e incurre en un evidente abuso de poder, por lo cual, forzoso resulta concluir que en tales eventos, se configura la causal de nulidad absoluta prevista en el artículo 1519 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1741 del Código Civil, de

³⁶ “Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

conformidad con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, aplicable por igual a los contratos estatales.

También es de anotarse, que frente a los requisitos para ejercer la facultad oficiosa, encaminada a declarar la nulidad del contrato o de sus cláusulas, el Honorable Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“La facultad del juez no es ilimitada. En efecto, para declarar la nulidad de manera oficiosa, debe observar: i) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria a la cual se refiere el artículo 1742 del C. C., pues, ocurrida la prescripción, se produce el saneamiento de los vicios ii) que en el proceso se hallen vinculadas las partes intervinientes en el contrato o sus causahabientes y iii) que el vicio surja de manera ostensible, palmaria o patente”³⁷

Requisitos que se cumplen a cabalidad en este asunto, pues, (i) la cláusula sexta del contrato No. OP – 289 - 2007, además de ser ostensiblemente ilegal, (ii) fue de conocimiento de las partes que lo suscribieron, al ser las mismas que intervienen en este proceso y (iii) no se sujeta al término de prescripción extintiva extraordinaria, dado el tiempo transcurrido (suscripción del contrato 30 de octubre de 2007).

3.3.5. Efectos de la nulidad absoluta oficiosamente declarada

Ahora bien, pasando a los efectos de la decisión de nulidad absoluta que se decretará sobre la cláusula de prórroga automática del contrato mencionado, en términos generales no es posible ordenar restituciones mutuas entre las partes, tal como ha señalado la Jurisprudencia retirada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, así:

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 3 de octubre de 2012, radicación número: 23001-23-31-000-1998-08976-01(26140), Actor: Hilda Hoyos de Rodríguez, Demandado: Departamento de Córdoba

*“Y en cuanto a la posibilidad de volver las cosas al estado en que se hallaban antes del acto o contrato declarado nulo, se observa que ello se produce a través de la restituciones que surgen a partir de la declaratoria de nulidad, y que resultan admisibles sin ningún cuestionamiento en aquellos eventos en los que las obligaciones fueron de ejecución instantánea, como las de dar, en contratos de compraventa, permuta, etc., puesto que podrán restituirse las cosas recibidas, por un lado, y los dineros pagados, por el otro, sin perjuicio de lo que corresponda por concepto de frutos, mejoras, corrección monetaria, etc., según el caso; pero es evidente que existen eventos en los cuales ello no es posible, no se pueden volver las cosas al estado anterior, como sucede por ejemplo, cuando no se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes, que es el caso de los contratos de tracto sucesivo, tales como los de suministro de bienes de consumo, **prestación de servicios**, obra pública, concesión, etc. etc., en los cuales las prestaciones se han cumplido y no pueden restituirse(...)”³⁸ (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

Finalmente, se ha de tener en cuenta que la declaratoria de nulidad absoluta, hace desaparecer los efectos del contrato o, en este caso, de la cláusula nula y constituye por ello, la mayor sanción legal frente a los pactos contractuales viciados por alguna de las causales previstas en la Ley.

Concretamente, ante la nulidad absoluta de la cláusula de prórroga automática, se debe tener presente, que en ningún caso se pueden derivar derechos de la cláusula nula, comoquiera que la declaratoria de nulidad, tiene como efecto retrotraer las cosas al momento de la celebración del contrato, como si en éste en realidad nunca hubiere existido, es decir, que tal declaratoria de nulidad está llamada a generar efectos “ex tunc”³⁹, vale

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, C. P.: Ramiro Saavedra Becerra, 16 de febrero de 2006, Expediente 13414 (R-7186); en el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C. P.: Olga Mérida Valle de De La Hoz, 31 de enero de 2011, radicación número: 25000-23-26-000-1995-0867-01(17767), actor: Carlos Edgar Moreno Rincón, demandado: Departamento de Cundinamarca - Secretaría de Hacienda-; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 18 de marzo de 2010, radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390), actor: Sociedad Compañía de Inversiones y Proyectos Coinverpro Ltda., demandado: Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá D.C.; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009, Radicación: 250002326000199501052-01 (15.004), actor: Personería de Bogotá D.C., demandado: Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte y otros.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia n° 20001-23-31-000-1996-02999-01(15052) de Sección 3ª, 8 de Marzo de 2007: “En cuanto a sus efectos, cabe precisar que la declaratoria de nulidad de un contrato o de una de sus cláusulas retrotrae las cosas al

decir, que por virtud de la nulidad decretada, se ha de tener como si la respectiva cláusula de prórroga, no hubiera sido pactada, de manera que no resultaba procedente, ni jurídicamente posible en este proceso, realizar un análisis de fondo acerca de las pretensiones de la demanda, en punto al pretendido reconocimiento del incumplimiento del contrato, con ello, de la indemnización requerida y que según el demandante, deriva de la estipulación de prórroga automática de la cláusula sexta del tantas veces citado contrato, cuya nulidad absoluta será decretada.

Para concluir este punto se enuncia, que ante la declaratoria de nulidad absoluta de un contrato estatal o de una cláusula del mismo, no pueden surgir obligaciones válidas, a las cuales el ordenamiento les brinde su tutela y que el Estado a través de sus Jueces haga cumplir, por manera que no es posible jurídicamente, que el Juez se pronuncie sobre las pretensiones impetradas con base en la cláusula que debe declararse viciada de nulidad absoluta por desconocimiento del Derecho Público de la Nación, por lo tanto, no procede consideración alguna sobre el supuesto mérito de los derechos reclamados con base en dicha cláusula nula.

3.4. Caso concreto⁴⁰

En el presente asunto, se ha demostrado que efectivamente existió el contrato No. OP – 289 – 2007, tal y como se demuestra con la copia auténtica obrante a folios 18 a 22, en tanto, elevado a escrito, fue suscrito por quienes aparecen como contratante y contratista en tal asunto, por ende, no siendo objeto de discusión tal aspecto, lo afirmado frente a la nulidad absoluta de la cláusula sexta del mismo, resulta inobjetable y así se declarará, pues, su tenor literal indica, que se pactó una prórroga

estado en que se hallaban las partes con antelación a la celebración del mismo o de la estipulación, según se trate, es decir, debe volverse la situación al estado en que se encontraba antes del otorgamiento del contrato o la estipulación contractual nula, o sea, que tiene efectos retroactivos o ex tunc."

⁴⁰ Caso prácticamente similar Cfr. Tribunal Administrativo de Sucre. Sala Primera de Decisión Oral. Sentencia del 9 de mayo de 2017. Demandante: ISABEL SEGUNDA HERNÁNDEZ LUNA. Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Naturaleza: Controversias contractuales. M. P. Dr. RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY.

automática del contrato, que como ya se miró afecta su legalidad, sin que tal declaratoria conduzca a la prosperidad de las pretensiones, tal y como ya se dilucidó, por ende, nunca podría señalarse como incumplida dicha cláusula contractual.

Para el efecto, baste con recordar que la mencionada cláusula textualmente sostiene:

“... CLÁUSULA SEXTA: PLAZO. El contrato tendrá una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2007, contados a partir de la aprobación de la póliza. Parágrafo: Prorrogable instantáneamente hasta tanto se haya recaudado la totalidad de la cartera liquidada acorde con el numeral segundo del de la cláusula primera del presente contrato”.

En este sentido, se declarará de oficio la nulidad absoluta de la mencionada cláusula, sin lugar a restituciones mutuas entre las partes contratantes, por las razones que se han venido exponiendo en esta providencia.

Ahora bien, no pasa desapercibido la Sala, que la mentada cláusula sexta del contrato establece una vigencia concreta del contrato, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2007, período que en nada depende de la nulidad ya mencionada, por ende, habría lugar a considerar el incumplimiento contractual respecto a tal período de tiempo; empero, es el propio demandante quien informa haber recibido pagos por la suma de \$510.004.055.64, por lo que debe entenderse que en tal suma de dinero, se halla lo cancelado por el período antes indicado, resultando en consecuencia que el mismo se encontraría debidamente finiquitado.

Tal afirmación se hace en tanto, si se observa detalladamente el cuadro obrante a folio 7 de la demanda, en él se hace la siguiente anotación:

Mes de recaudo	Valor de recaudo	Factura	Fecha	Valor facturado	Iva
Dic 2007 y Enero 2008	\$ 15.080.177.00	101	12/02/2008	\$3.016.035.00	\$ 482.565.60

Luego, si ese fue el período de tiempo correspondiente al año 2007 y el pago efectuado fue el indicado, lógicamente que tal período, como se anotó, fue debidamente pagado, por ende, no podría afirmarse incumplimiento contractual alguno.

4.- CONDENA EN COSTAS:

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone, que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

En ese sentido, se condena en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C. G. del P.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR DE OFICIO la nulidad absoluta de la cláusula sexta del contrato No. OP – 289 - 2007, celebrado entre el Alcalde del Municipio de Coveñas – Sucre y la firma PC UPDATE LTDA., hoy denominada INVERSIONES, ABOGADOS Y CONSULTORÍAS S.A.S., sin lugar a restituciones mutuas entre las partes contratantes, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme lo anotado.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C. G. del P.

CUARTO: Ejecutoriado este proveído y devuelto de existir, lo que reste de los gastos procesales **ARCHÍVESE** el expediente, cancelándose su radicación, previa desanotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Justicia XXI. Déjese las constancias a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0148/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CARDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
(Ausente comisión de servicios)