



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B
Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

Proceso número: 15001-23-31-000-2001-02201-01(**38491**)

Demandante: JAM Publicidad y CIA S.A.

Demandada: Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá

Acción: Controversias contractuales

Temas: Cómputo de la caducidad de la acción de controversias contractuales desde que finaliza oportunidad para liquidar en contrato sometidos a ese trámite. Saneamiento de la nulidad absoluta por transcurrir más de veinte años desde la suscripción del contrato.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia del 16 de diciembre de 2009 del Tribunal Administrativo de Boyacá que negó las pretensiones de la demanda (fls. 260 a 284, c. ppal.).

SÍNTESIS

La sociedad JAM Publicidad y CIA. S.A. solicitó se declarará la nulidad de las resoluciones por las cuales la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá declaró terminado unilateralmente el contrato celebrado para realizar el sorteo de la Lotería Villa Republicana de Chiquinquirá. Sin embargo, la demanda fue presentada cuando ya había operado el término de caducidad de la acción de controversias contractuales y a pesar de estar configurada una causal absoluta de nulidad de dicho contrato, el paso del tiempo la saneó.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1. La sociedad JAM Publicidad y CIA. S.A., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda en contra de la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá (fls. 19 a 25, c. ppal.).

1.1. Las pretensiones

2. La parte demandante solicitó las siguientes declaraciones y condenas (fls. 19 y 20, c. ppal.):

1.- Que se declare la nulidad de la resolución No. 00024 del 5 de mayo de 1998, por virtud de la cual la CORPORACIÓN DE DESARROLLO DE CHIQUINQUIRÁ dio por terminado en forma unilateral el contrato No. 001 del 17 de mayo de 1996, al igual que el OTROSÍ del 18 de septiembre de 1996, suscritos con la demandante JAM PUBLICIDAD Y CIA. S.A. (antes LTDA.)

2.- Que se decrete la nulidad de la resolución No. 00006 de fecha 25 de mayo de 2001, a través de la cual el citado ente resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la providencia descrita en el numeral 1° de este acápite.

3.- Que como consecuencia de lo anterior se declare que el contrato No. 001 del 17 de mayo de 1996, junto con su OTROSÍ de fecha 18 de septiembre de ese mismo año, cuyo objeto principal era la comercialización del sorteo extraordinario de Chiquinquirá, está vigente.

4.- Que por consiguiente la entidad demandada CORPORACIÓN DE DESARROLLO DE CHIQUINQUIRÁ está obligada a pagarle a la actora JAM PUBLICIDAD Y CIA. S.A., a título de resarcimiento del derecho, una suma no inferior a SETECIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$767.500.000,00), causada por concepto de la utilidad que está dejó de percibir para el sorteo del año 2001, debido a la expedición de los actos administrativos cuya nulidad se solicita.

5.- Que el pago de esta cifra se actualice al momento de proferir el fallo conforme el índice de precios al consumidor suministrado por el DANE.

6.- Que se condene al extremo pasivo CORPORACIÓN DE DESARROLLO DE CHIQUINQUIRÁ a pagarle a mi representada los intereses de mora sobre la suma indicada, a partir del día siguiente a la ejecutoria de la respectiva

sentencia, de acuerdo con la tasa máxima fluctuante que para este efecto certifica mes a mes la Superintendencia Bancaria.

7.- *Que se condene en costas a la demandada.*

1.2. Los hechos

3. Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume a continuación (fls. 20 y 21, c. ppal.):

3.1. El 17 de mayo de 1996, JAM Publicidad y CIA. S.A. celebró el contrato No. 1 con la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá para la comercialización del sorteo extraordinario de Chiquinquirá, cuya vigencia iba hasta el 31 de diciembre de 1996.

3.2. El 18 de septiembre de 1996, las partes suscribieron un otrosí para modificar, entre otros aspectos, la vigencia del contrato en los siguientes términos: *“este contrato podrá ser renovado sucesivamente salvo renuncia expresa de una de las partes, con una antelación no superior a los 180 días calendario contados a partir de la realización de cada sorteo”*. Por lo anterior, como ninguna de las partes renunció a la prórroga, el contrato se renovó y la actora comercializó los sorteos desde 1997 hasta 2001.

3.3. Sin embargo, cuando la demandante requirió a la entidad para efectuar la comercialización del 2001, esta le informó, con oficio del 16 de mayo de 2001, que ese contrato había sido terminado unilateralmente con Resolución No. 24 del 5 de mayo de 1998.

3.4. En esa oportunidad, la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del acto en cita, pues nunca le fue notificado en debida forma. Con Resolución No. 6 del 25 de mayo de 2001, la entidad desestimó los recursos por extemporáneos.

1.3. Concepto de la violación

4. La actora indicó que la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá desconoció el artículo 29 de la Constitución Política y los artículos 3, 44, 47 y 48 del Código Contencioso Administrativo pues (fls. 22 y 23, c. ppal.):

4.1. Incumplió su obligación de imprimirle la debida publicidad a la Resolución No. 24 del 5 de mayo de 1998 cuando omitió notificarla a la actora, por lo tanto, la decisión no debió surtir ningún efecto frente a esta.

4.2. Le impidió a la accionante impugnar el acto en la vía gubernativa, de un lado, por la falta de publicidad y, de otro, porque omitió indicar los recursos que procedían en contra del acto. Y cuando la actora intentó promoverlos, la entidad los desestimó por extemporáneos.

4.3. A la par de lo anterior, los actos acusados adolecen de falsa motivación ya que las razones aducidas para declarar la terminación unilateral del contrato son falsas *“toda vez que fue debido a actos imputables exclusivamente a la Corporación Desarrollo de Chiquinquirá, que mi prohijada se vio impelida a instaurar en su contra demanda contenciosa contractual desde el mes de marzo de 1998, la cual cursa ante este mismo tribunal con ponencia del doctor Rafael Antonio Mejía Quintero, radicada bajo el número 19980209”*.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

5. La Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá (fls. 57 a 60, c. ppal.) indicó que la actora sí conocía la existencia de la Resolución No. 24 del 5 de mayo de 1998, pues el 12 de mayo de 1998 acusó recibo de ella y requirió se aclarará su contenido, así como una copia del acto y, en todo caso, el acto fue fijado en la cartelera de la entidad hasta el 20 de mayo de 1998.

5.1. Aclaró que en la celebración del contrato se incurrieron en irregularidades que fueron puestas en conocimiento de la justicia penal. Por ello, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá, con sentencia del 25 de marzo de 2004, condenó a cuatro años de prisión a los entonces representantes legales de JAM

Publicidad y CIA. S.A. y al gerente de la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá por el delito de celebración indebida de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales en los que incurrieron con motivo del contrato No. 1 del 17 de mayo de 1996, sobre el que aquí se discute su terminación.

II. LA SENTENCIA APELADA

6. El *a quo* negó las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su decisión aclaró que a pesar de que en la Resolución No. 24 del 5 de mayo de 1998 se indicó que se trataba de una terminación unilateral, lo cierto es que se declaró la caducidad del contrato por incumpliendo.

6.1. Sin embargo, esa imprecisión no comporta la anulación del acto, como tampoco su indebida notificación, pues ello es una condición para su eficacia que no de su validez. En todo caso, si bien el acto no fue notificado personalmente, según lo ordenaba la Ley 80 de 1993 y el Código Contencioso Administrativo, lo fue por conducta concluyente, ya que la entidad envió una comunicación que indicaba su contenido y la actora acusó recibo de esta en mayo de 1998.

6.2. Ello permitiría afirmar que la acción promovida en septiembre de 2001 estaría caducada, pero cuando la actora promovió el recurso, la entidad se lo resolvió de fondo en mayo de 2001, puesto que decidió confirmar en todas sus partes la decisión recurrida, en consecuencia, la acción resulta oportuna.

6.3. Ahora, en relación con la pretendida falsa motivación, aseguró que en la demanda no se expusieron razones para entender en qué consistía dicha causal de anulación, pero si

[E]n gracia de discusión, presumiendo que el único argumento expuesto, fuera un error de hecho, por error en los motivos, el señalar el incumplimiento consignado en el acto que se acusa realmente proviene del contratante y no del contratista, tanto así, que interpuso acción contractual sobre el asunto en esta corporación, en que se evidencia que se pretendió entre otros: "4. Declárese que el incumplimiento de la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá generó para la sociedad JAM PUBLICIDAD Y CIA. S.A. una razonable imposibilidad de cumplir con el pago establecido a favor de dicha

Corporación en la CLAUSULA SEGUNDA del contrato de comercialización 01 y en los literales A y B del OTROSÍ mencionado en el numeral 4 de los hechos de la demanda, motivo por el cual no cabe a JAM PUBLICIDAD Y CIA. S.A. ninguna responsabilidad por su no pago 6. Declárese que el incumpliendo de la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá generó para la sociedad JAM PUBLICIDAD Y CIA. S.A. una razonable imposibilidad de cumplir con el pago de los premios e impuestos correspondientes al sorteo de 1998, para los cuales no fue posible recaudar, mediante venta de billetería, los recursos suficientes”.

Por lo anterior, se dirá que no tiene asidero para el sub lite, pues una vez solicitado a la Secretaría de esta Corporación certificado sobre el estado del proceso 1998-0209 a que hace referencia el actor, se contrató que se emitió fallo el 14 de marzo de 2007, declarándose inhibido para resolver sobre las pretensiones 4° a 7° de la demanda y las demás fueron negadas, motivo por el cual sus fundamentos de alegación quedan sin razón.

III. SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSO DE APELACIÓN

7. Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación (fls. 296 a 299, c. ppal.) e insistió en la indebida notificación de la Resolución No. 24 del 5 de mayo de 1998, pues no podía entenderse que se hizo por conducta concluyente.

7.1. Asimismo, la entidad debió declarar la caducidad del contrato y no su terminación unilateral, irregularidad que no si bien no se tuvo en cuenta durante el proceso, devela la ilegalidad de los actos acusados.

7.2. El *a quo* vulneró el debido proceso, de un lado, por la negativa de decretar la inspección judicial a las oficinas de la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá solicitada en la demanda y, de otro lado, por no suspender el proceso cuando se le informó sobre la muerte del apoderado de la actora,

7.3. Por lo dicho, la actora solicitó *“verificar que estamos frente a una nulidad generada por la violación a los principios y derechos fundamentales dentro del presente proceso y en consecuencia se conceda ordene (sic) la nulidad y seguir con el trámite a partir de dicha nulidad, o en su lugar se conceda la nulidad de la*

resolución objeto de esta demanda y se restablezcan los derechos de mi representada”.

2. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

8. La sociedad JAM Publicidad y CIA. S.A., la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá y el Ministerio Público guardaron silencio en esta oportunidad procesal (fl. 304, c. ppal.).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. Jurisdicción, competencia y acción procedente

9. Como en el presente asunto funge como parte la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá –establecimiento público descentralizado del orden municipal¹–, su conocimiento corresponde a esta **jurisdicción**, siendo esta Corporación la **competente**, toda vez que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988 y modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos².

¹ El Concejo Municipal de Chiquinquirá, con Acuerdo No. 17 del 21 de mayo de 1969, dispuso: “Artículo 1. Créase la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá, establecimiento público descentralizado, con sede en la ciudad de Chiquinquirá para promover el desarrollo en todo el municipio. // Artículo 2. La Corporación hace parte de la administración municipal, pero goza de autonomía administrativa, patrimonial y personería jurídica” (fl. 33, c. ppal.).

² El numeral 5 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo asignó el conocimiento en primera instancia a los tribunales administrativos de los asuntos referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes. En consecuencia, conforme al artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, como la pretensión mayor asciende a \$767.500.000, es claro que para el 25 de septiembre de 2001 (fl. 26 rev., c. ppal.) –fecha de presentación de la demanda–, la controversia superaba el valor exigido para que tuviera vocación de doble instancia, esto es, superior a 500 salarios mínimos legales mensuales (\$143.000.000).

10. En punto a la **acción procedente**, se tiene que la demandante promovió acción de nulidad y restablecimiento del derecho a efectos de obtener la anulación del acto que declaró terminado el contrato, así como del que resolvió el recurso de reposición.

10.1. Sin embargo, dichas resoluciones fueron proferidas por la demandada en desarrollo de su actividad contractual y con posterioridad a la celebración del negocio jurídico cuya terminación unilateral se dispuso, por tanto, conforme al artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, la acción procedente para adelantar el juicio de legalidad era la de controversias contractuales, la que tendrá por interpuesta la Sala en el *sub lite*, en garantía del acceso a la administración de justicia y por prevalencia del derecho sustancial³.

1.2. La legitimación en la causa

11. Las partes se encuentran legitimadas por activa y por pasiva, toda vez que son los extremos de la relación contractual en estudio y de los actos administrativos cuestionados.

1.3. La caducidad

12. La Sala traerá a colación los hechos probados en el plenario a efectos de estudiar a cabalidad si operó la caducidad de la acción de controversias contractuales que aquí interesa, así:

³ Sobre la indebida escogencia de la acción para ejercer el control de legalidad de actos administrativos proferidos en el marco de una relación contractual, la Sala ha considerado que *“a pesar de que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la contractual dirigida en contra de actos administrativos comparten la misma causa y objeto, dicha circunstancia en forma alguna implica que pueda ser indiscriminado el ejercicio de la acción que en uno u otro caso deba adelantarse, pues, por disposición expresa del legislador, a diferencia del resto de los actos administrativos, los expedidos con motivo u ocasión de la actividad contractual deben demandarse a través de la acción contractual, no obstante lo cual, es obligación del juez, en cada caso concreto, dar un sentido útil a la demanda, evitar sentencias inhibitorias y, en lo posible, adecuar al trámite que corresponda la demanda que pueda ser defectuosa”*. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de mayo de 2013, exp. 23949, C.P. Hernán Andrade Rincón.

12.1. El 17 de mayo de 1996, la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá suscribió el contrato No. 1 con la firma JAM Publicidad y Cia. S.A. –en ese entonces JAM Publicidad y Cia. Ltda.– para llevar a cabo el sorteo de la Lotería Villa Republicana de Chiquinquirá⁴ y cuya finalidad y contraprestación era (fl. 11, c. ppal.):

PRIMERA: El CONTRATANTE o CORPORACIÓN otorga a la Contratista la ejecución de las actividades comerciales inherentes a la Administración del Sorteo Extraordinario de la Lotería Villa Republicana de Chiquinquirá, correspondiente al año 1996, autorizado por la Ley 9a. de 1970 y de acuerdo a la Ley 12 de 1973, como también a la Ley 23 de 1983 y la contratista se compromete solidariamente y bajo su absoluta responsabilidad a organizar, comercializar y ejecutar dicho sorteo, asumiendo la totalidad de los costos, riesgos y obligaciones que de ello se desprendan, acatando las normas legales establecidas en el país para esta clase de actividades, por lo tanto la Corporación está exonerada del reconocimiento y pago de las obligaciones que tuvieren origen en el desarrollo de la operación comercial por ellos ejecutada en virtud de este contrato.

SEGUNDA: Por la delegación de la ejecución del sorteo a que se refiere la cláusula primera de este contrato, la CONTRATISTA a la CORPORACIÓN la suma de CIENTO VEINTE MILLONES DE PESOS (\$120.000.000) M/CTE., de la siguiente manera: LA SUMA DE SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60.000.000) M/CTE., diez días antes de la realización del sorteo y SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60.000.000) M/CTE., el día de la realización del sorteo. Comprometiéndose la CORPORACIÓN a colaborar en todo lo que sea conducente para el éxito del mismo, hasta lograr el concepto técnica (sic) de la Superintendencia Nacional de Salud para la realización del Sorteo.

12.2. En dicho instrumento, sobre liquidación se pactó que “dentro de los dos meses siguientes a la realización del sorteo la contratista entregará a la corporación una liquidación del mismo, con la aprobación del Secretario de Hacienda del Municipio de Chiquinquirá, acompañada de los paz y salvos que exija la Corporación” (fls. 12 y 13, c. ppal.).

12.3. El 18 de septiembre de 1996, a efectos de que la demandante llevara a cabo el sorteo correspondiente al año 1997, las partes suscribieron un otrosí para renovar el contrato y que este “podrá ser renovado sucesivamente salvo

⁴ Sobre el régimen legal de la Lotería Villa Republicana de Chiquinquirá, véase, entre otras, las Leyes 9 de 1970, 12 de 1973, 26 de 1982, 23 de 1983. Igualmente: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 3 de mayo de 1993, exp. 510, C.P. Roberto Suárez Franco.

renuncia expresa de una de las partes con una antelación no superior a los 180 días calendario contados a partir de la realización de cada sorteo”. En punto a la remuneración se consignó que “el valor previsto por la comercialización del sorteo correspondiente a 1997 será de \$130.000.000 (ciento treinta millones de pesos MCTE.), pagaderos así: 40.000.000 diez días antes del sorteo [y] 90.000.000 o sea el saldo, el día de la realización del sorteo” (fl. 15, c. ppal.).

12.4. El 7 de enero de 1998, la actora recibió una comunicación de la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá, en la que le manifestó su intención de no renovar el contrato (fls. 143 y 144, c. ppal.):

Me permito comunicarle que debido al cambio de administración en la alcaldía municipal de Chiquinquirá, se han trazado nuevas políticas referentes a la administración y comercialización del sorteo extraordinario de Chiquinquirá.

Motivo por el cual, el contrato suscrito entre esta Corporación y la Empresa que usted representa no será renovado por el momento, de conformidad a la decisión tomada por el nuevo alcalde en el proceso de empalme.

12.5. El 5 de mayo de 1998, la demandada profirió la Resolución No. 24 y declaró la terminación unilateral del contrato, así (fls. 61 y 62, c. ppal.):

1. Que sin justa causa y sin que se sepan los motivos que puedan existir, la contratista ha incumplido, no sólo con algunas cláusulas del contrato inicial, como las de las modificaciones hechas en el “Otrosí” que aparece en folio separado y suscrito por los mismos contratantes, el 18 de septiembre de 1996.

2. Que efectivamente, no obstante haberse realizado el sorteo correspondiente al año de 1998, con fecha 29 de enero de este año y de haberse hecho los requerimientos del caso, la contratista no ha cancelado a la Corporación el valor previsto por la comercialización de dicho sorteo, dentro de los términos indicados en el “Otrosí”.

3. Que de conformidad con las peticiones impetradas por el doctor JOSÉ DANIEL TRUJILLO ARCILA, con fechas 20 y 26 de marzo del año en curso, al contratista, sin causa que lo justifique, no ha pagado el premio mayor al señor NELSON ENRIQUE PÉREZ DURÁN, propietario del billete 1930 de la serie 108 correspondiente al sorteo celebrado el 29 de enero de este año y por lo tanto confirió poder al citado profesional del derecho, para “iniciar acciones de diferente tipo ante las autoridades administrativas, de control fiscal, disciplinarias y jurisdiccionales”.

4. Que el numeral 5 de la cláusula tercera del contrato establece: "Pagar todos los premios y aproximaciones correspondientes a los billetes ganadores de la lotería que queden en poder del público y que sean reclamados, en caso contrario estos se depositarán en una cuenta a nombre de la CORPORACIÓN DE DESARROLLO".

5. Que la cláusula décima del contrato inicial, establece "DE LA TERMINACIÓN, INTERPRETACIÓN Y MODIFICACIÓN UNILATERALES Y CADUCIDAD: Este CONTRATO se rige por los principios de terminación, interpretación y modificación unilaterales y caducidad, de acuerdo a lo normado en los Arts. Nos. 15, 16, 17, 18, 68, 69 y 70 de la Ley 80 de 1993".

6. Que mediante auto No. 0026 del 27 de febrero de 1998, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó apertura de investigación administrativa contra esta Corporación, por flagrantes irregularidades cometidas por los funcionarios que la representaban en la contratación, por el año de 1996 y 1997, al no ceñirse a las normas legales vigentes para la época en que se contrató con la firma JAM PUBLICIDAD Y CIA LTDA. concretamente a la Ley 80 de 1993, corriéndose el riesgo de que a la Corporación se le impongan las sanciones a que haya lugar.

7. Que en estas circunstancias, el suscrito Gerente considera innecesario la renuncia expresa, a que hace referencia el literal c del extraño "Otro sí" suscrito por el Gerente de la Corporación de Desarrollo y la Representante Legal de JAM Publicidad, dentro del término allí indicado.

8. Que mediante autorización otorgada por la Honorable Junta Directiva de la Corporación de Desarrollo, según consta en el Acta No. 01 de mayo 4 de 1998, para resolver el contrato 001 (sic).

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar terminado a partir de esta fecha, el contrato de COMERCIALIZACIÓN DEL SORTEO EXTRAORDINARIO DE CHIQUINQUIRÁ, suscrito por el (...) Representante Legal de la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá y la Gerente de la firma JAM PUBLICIDAD Y CIA. LTDA. (...) de fecha 17 de mayo de 1996, al igual que el "Otro sí" suscrito por los mismos representantes, con fecha 18 de septiembre de 1996, entendiéndose desde luego, que esta terminación unilateral se refiere a la no renovación sucesiva, a que hace referencia el literal c del "Otro sí" ya mencionado.

ARTÍCULO SEGUNDO.- La CORPORACIÓN DE DESARROLLO DE CHIQUINQUIRÁ tendrá derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por la parte contraria tanto el contrato 001 del 17 de mayo de 1996, al igual que las del "Otro sí" a que se ha hecho referencia.

12.6. El día de su expedición, se fijó en la cartelera de la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá la resolución en cita (fl. 63, c. ppal.) y el 20 de mayo de 1998 se desfijó (fl. 64, c. ppal.).

12.7. Además, el mismo día –5 de mayo de 1998–, se envió comunicación a la demandante, en la que puede leerse (fl. 145, c. ppal.):

La Gerencia de la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá resuelve declarar terminado a partir de esta fecha, el contrato de COMERCIALIZACIÓN DEL SORTEO EXTRAORDINARIO DE CHIQUINQUIRÁ, suscrito por el (...) representante legal de la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá y el gerente de la firma JAM PUBLICIDAD Y CIA. LTDA. (...) de fecha 17 de mayo de 1996, al igual que el “OTROSÍ” suscrito por los mismos representantes, con fecha 18 de septiembre de 1996, entendiéndose desde luego, que esta terminación unilateral se refiere a la no renovación sucesiva a que hace referencia el literal c del “OTROSÍ” ya mencionado.

La Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá tendrá derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por la parte contratante tanto el contrato 001 del 17 de mayo de 1996, al igual que las del “OTROSÍ” a que se ha hecho referencia.

12.8. El 15 de mayo de 1998, en respuesta a la anterior comunicación, la actora radicó ante la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá un oficio del siguiente tenor (fl. 65, c. ppal.):

Acusamos recibo de su comunicación fechada el 05 de mayo de 1998 y recibida el 8 de mismo mes. Al respecto solicitamos se sirva aclarar su contenido o en su defecto remitirnos copia de la Resolución motivada en la que se decide la actuación administrativa por usted enunciada en su comunicación y de acuerdo con lo que establece para estos casos el artículo 17 de la Ley 80 de 1993.

12.9. El 20 de abril de 2001, la demandante solicitó unos documentos para poder efectuar el sorteo correspondiente a 2001, así (fl. 10, c. ppal.):

De acuerdo a lo estipulado en el contrato 001 de 1996 que otorgó a nuestra empresa el derecho de comercialización del sorteo extraordinario de Chiquinquirá y con el objeto de iniciar la preparación del sorteo correspondiente al año 2001, comedidamente le solicito se nos haga llegar a la mayor brevedad posible la información requerida por la Superintendencia Nacional de Salud, y a saber:

1. Modificación de la condición jurídica de acuerdo a lo señalado por la nueva Ley de Régimen Propio.

2. Adecuación del contrato de comercialización con JAM Publicidad & Cia. S.A. a la norma descrita anteriormente.

3. Paz y salvo de la Secretaría de Salud de Boyacá sobre transferencias a la salud.

4. Paz y salvo de premios pagados.

Esperamos esta información para poder solicitar la fecha en la que se realizará el sorteo del 2001.

12.10. El 7 de mayo de 2001, la demanda contestó esta última petición en los términos que siguen (fl. 5, c. ppal.):

Me permito dar respuesta a su oficio de fecha 20 de abril de 2001 y recibido en esta oficina el 23 de los corrientes, una vez revisados los archivos de la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá se encontró: que mediante resolución No. 00024 de mayo 5 de 1998 se dio por terminado en forma unilateral el contrato 001 del 17 de mayo de 1996 al igual que el "Otrosí" con fecha 18 de septiembre de 1996. Me permito adjuntar una fotocopia de la resolución No. 00024 del 5 de mayo de 1998.

12.11. El 23 de mayo de 2001, la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la Resolución No. 24 del 5 de mayo de 1998, con los argumentos expuestos a continuación (fl. 4, c. ppal.):

La citada resolución es nula por su indebida notificación y caducidad de la oportunidad legal para la misma y en los términos señalados expresamente por la Ley. Como es fácil observar la Resolución citada nos fue puesta en nuestro conocimiento el 16 de mayo de 2001, tres años después de expedida, sin que en ese período hubiéramos sido notificados en debida forma.

Por lo tanto, ruego a usted señor gerente, proceder en consecuencia, decretando la NULIDAD de la Resolución 00024 del 5 de mayo de 2001.

12.12. El 25 de mayo de 2001, con Resolución No. 6, la accionada resolvió la reposición bajo la siguiente consideración (fls. 7 y 8, c. ppal.):

No es del recibo (sic) de este despacho e recurso impetrado y radicado el 23 de mayo del año 2001 por la señora (...) representante legal de JAM PUBLICIDAD Y CIA. S.A. por haberse interpuesto después de vencido el término legal previsto por el decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo).

En atención a lo expresado anteriormente y siendo este despacho competente para desatar este recurso,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- Confirmar en todas sus partes la resolución 00024 del 5 de mayo de 1998.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Contra la presente providencia no procede recurso alguno por encontrarse agorada la vía gubernativa.

12.13. Los sorteos correspondientes a los años 1999 a 2001, fueron desarrollados, según la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá, así (fl. 141, c. ppal.):

Año 1999 No se ejerció el derecho.

Año 2000 Contratación directa con el Sorteo Extraordinario de Colombia.

Año 2001 Contratación directa con el Sorteo Extraordinario de Colombia.

12.14. El 25 de marzo de 2004, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá condenó a cuatro años de prisión a los representantes legales de la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá y de JAM Publicidad y Cia. S.A. por el delito de celebración indebida de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales con motivo del contrato suscrito el 17 de mayo de 1996, pues debió hacerse a través de licitación pública y no de forma directa, así (fls. 95 y 96, c. ppal.):

[L]a Ley 80 de 1993 es la piedra angular para efectos de la contratación, a través de la cual la administración puede expresar la autonomía de su voluntad, pero no de manera caprichosa, sino atendiendo los principios consagrados en dicha normatividad, para garantizar los principios de transparencia, economía y responsabilidad en la adjudicación de los contratos, esto es, que fue creada para favorecer exclusivamente el interés del Estado, y de ninguna manera a los funcionarios, ni a las personas jurídicas o naturales, por cuya razón se debe aplicar a plenitud.

Para este caso concreto, no existe el menor asomo de duda, que el procesado (...), en su condición de gerente de la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá, contrató sin observancia de los requisitos legales, con la empresa JAM PUBLICIDAD LTDA., representada por los también procesados (...), con el único fin de favorecerlos, puesto que de otra manera, le hubiera dado cabal cumplimiento a la precitada Ley, en el sentido de haber cumplido con la etapa precontractual que conlleva la convocatoria, que comprende la elaboración de los pliegos de condiciones, en donde se establecen las bases del contrato y los requisitos que se exigen a los proponentes que aspiren a intervenir a través de la licitación pública y la forma de selección de los mismos, lo cual se pretermitió. Igualmente en tratándose de contratación directa, la administración debe precisar las condiciones y términos del contrato, a través de las invitaciones que se

formulan para tal efecto, con el fin de conocer las capacidades de los proponentes u oferentes.

No puede alegarse como lo pretenden los defensores de los implicados (...) que no se requería de convocatoria a licitación pública, puesto que la norma no permite interpretación en tal sentido, sino que contrariamente, en aras del principio de transparencia, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, así lo exige, y para el caso concreto, el valor del contrato suscrito entre los procesados, fue por la suma de \$120.000.000, para el correspondiente a 1997, montos estos que superaban ampliamente el tope establecido para contratación directa, amén de que el presupuesto de la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá, para el año de 1996 era de \$89.583.745, circunstancias estas que hacían imperioso que la escogencia del contratista se hubiere realizado a través de licitación pública y no de manera directa como se hizo, ya que de acuerdo al presupuesto, podía contratar directamente hasta por la suma de \$17.750.000.

12.15. El 2 de septiembre de 2005, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena⁵ confirmó la condena impuesta a los entonces representantes legales de las partes⁶ (fls. 161 a 183, c. ppal.).

13. Una vez aclarado lo sucedido, la Sala debe indicar que, en atención al análisis que anterior oportunidad se hizo⁷, para el cómputo de la caducidad de la acción contractual, antes y durante la vigencia de la Ley 446 de 1998, de vieja data la jurisprudencia de esta Corporación distinguió los contratos que requerían de liquidación de aquellos que no debían cumplirla⁸.

13.1. Para los primeros, el término de caducidad dependía de si se cumplía o no con la obligación de liquidar. Cumplida esa carga, bien sea bilateral o

⁵ El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena conoció de la apelación en virtud del Acuerdo No. 2776 del 23 de diciembre de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por el cual se establecieron medidas de depuración para la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con ocasión de la implantación del nuevo Sistema Penal Acusatorio.

⁶ En el plenario no reposa la constancia de ejecutoria de dicha decisión, sin embargo, los allí condenados interpusieron una acción de tutela para que se les permitiera interponer el recurso extraordinario de casación. La Corte Suprema de Justicia negó dicha solicitud de amparo, por lo que puede concluirse que las sentencias penales no han sido modificadas o revocadas. Al respecto, véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de marzo de 2007, exp. 2007-00080-01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 8 de julio de 2016, exp. 32532, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 2000, exp. 12513, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

unilateralmente, el término de caducidad tenía como referente cualquiera de esos dos momentos. Incumplida esa obligación⁹, las partes bien podían liquidar de común acuerdo o unilateralmente dentro de los dos años siguientes al vencimiento de los plazos de liquidación bilateral y unilateral originales o recurrir al juez del contrato dentro del mismo término. Para aquellos que no requerían de liquidación, el término de caducidad tenía como referente la terminación del contrato o los motivos de hecho o derecho que dieran lugar a la reclamación judicial.

14. En el presente asunto, se tiene que el contrato que aquí interesa estaba sometido al trámite de liquidación, en tanto, su régimen jurídico correspondía al de la Ley 80 de 1993 y se trataba de un contrato de tracto sucesivo. Por tanto, el término de caducidad de la acción, en este asunto, debe computarse a partir del momento en que venció la oportunidad para liquidar el contrato o desde que se liquidó, como corresponde a la regla general.

15. En el *sub lite*, se advierte que no fue liquidado y que las partes no pactaron la forma de liquidación del contrato, pues se limitaron a indicar que luego de cada sorteo la contratista entregaría a la entidad un balance del sorteo, que previamente debía ser aprobado por el Secretario de Hacienda del Municipio de Chiquinquirá –funcionario que no hace parte de la autoridad demandada–, junto con algunos paz y salvos, pero nada se dijo sobre el término para liquidar unilateral o bilateralmente el contrato.

16. Entonces, ante el silencio del contrato sobre el término para liquidar, se tiene que el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 prevé que debía hacerse de forma bilateral dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación y el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 dispone que la Administración puede hacerlo unilateralmente dentro de los dos meses que siguen al vencimiento de dicho plazo.

⁹ Se entendía de esa forma, si la liquidación bilateral no se verificaba dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato o, en su defecto, en el plazo fijado por el pliego de condiciones o términos de referencia, o si vencido ese plazo no se liquidaba unilateralmente dentro de los dos meses siguientes.

17. De ahí que para el cómputo del fenómeno extintivo en cita es indispensable conocer la fecha en que el contrato terminó, a efectos de saber en qué periodo debía liquidarse, pues pasado ese lapso, la caducidad de la acción empezaba a correr.

17.1. En ese orden, la Sala tiene que auscultar si el contrato terminó con la Resolución No. 24 del 5 de mayo de 1998 o con la Resolución No. 6 del 25 de mayo de 2001, para lo cual debe recordarse que el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, aplicable por remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, dispone que las decisiones que pongan término a una actuación administrativa deben notificarse de manera personal, directamente al interesado, o a su representante o apoderado.

17.2. Para llevar a cabo la diligencia de notificación personal se debe, en caso de que no exista un medio más eficaz para adelantar el trámite, enviar al interesado una citación por correo certificado dentro de los cinco días siguientes a la expedición del acto.

17.3. Una vez agotado dicho trámite anterior y sin que se haya podido notificar personalmente el acto, el artículo 45 *ejusdem* prevé que pasados cinco días de enviada la citación, la notificación se hará por edicto fijado por espacio de diez días con inserción de la parte resolutive de la providencia en un lugar público del respectivo despacho.

17.4. Si se incumplen tales ritualidades, conforme al artículo 48 *ibidem*, no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales, por lo que se ha advertido que *“el desconocimiento o pretermisión de una cualquiera de las exigencias que regulan la forma de hacer las notificaciones se sanciona con la inexistencia de la notificación, y por tanto, el acto no produce efectos legales, al tiempo que se*

*mantienen intactos los términos de que dispone el administrado para impugnarlo*¹⁰.

18. Así, el trámite de notificación de la Resolución No. 24 del 5 de mayo de 1998 no siguió las previsiones enlistadas, ya que no se intentó la notificación personal del acto, en contraste se envió una comunicación a la actora donde nada se dijo sobre el trámite para adelantarla y el edicto tampoco atendió tales ritualidades, pues la entidad no envió la citación y menos esperó cinco días, ya que el edicto se fijó el mismo día en que se expidió el acto.

18.1. Sin embargo, la actora sí conoció alcance de la decisión, comoquiera que se notificó por conducta concluyente¹¹ cuando contestó la comunicación del 5 de mayo de 1998 con oficio del 15 de mayo de 1998, en tanto de esa manifestación se concluye que entendió que el contrato en comento fue terminado unilateralmente en los términos del artículo 17¹² de la Ley 80 de 1993, tal como se puede leer en dicho oficio, máxime cuando dejó de ejecutarlo desde esa comunicación, pues no hizo los siguientes sorteos, esto es, de su actuación se desprenden actos inequívocos sobre la aceptación de los efectos de la decisión de terminar unilateralmente el contrato, lo que permite superar cualquier duda

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de noviembre de 2003, exp. 4343-02, C.P. Ana Margarita Olaya Forero.

¹¹ La notificación por conducta concluyente se deduce de actos o manifestaciones de la persona, con relación a la decisión administrativa que la ha afectado, e indican de forma inequívoca que tiene conocimiento de la misma. BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *Manual del Acto Administrativo*, 5 ed., Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2009, pp. 269-270. Citado por: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1° de julio de 2009, exp. 1760-08, C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

¹² *“De la terminación unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos: // 1°. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. // 2°. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista. // 3°. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista. // 4°. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. // Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2°. y 3°. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación. // La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio”.* Artículo 17 de la Ley 80 de 1993, vigente al momento de los hechos.

que pudiera desprenderse del alcance de su comunicación del 18 de mayo de 1998.

18.2. Ahora, si bien el contratista hábilmente dirigió una comunicación a la demandada el 20 de abril de 2001, esto es, tres años más tarde de la terminación unilateral, pretendiendo la realización del sorteo correspondiente a ese mismo año, ello sólo demuestra su afán de desviar la atención sobre el hecho innegable de que conocía de la decisión de terminar unilateralmente el contrato y revivir términos. En efecto, el 7 de mayo siguiente la demandada respondió al contratista y este el 23 de ese mismo mes interpuso recurso de reposición en contra de la resolución No. 24 del 5 de mayo de 1998, a pesar de que la cual conocía desde hace tres años atrás, así como sus efectos durante ese mismo término.

18.3. Es más, dicha conclusión se sustenta además en que desde el 7 de enero de 1998, antes de la terminación unilateral, la entidad había comunicado a la demandante que el contrato no sería renovado, razón de más para entender que la accionante conocía que el contrato quedaba finiquitado, por lo menos después del sorteo de 1998.

18.4. En esa consideración, se advierte que desde el 15 de mayo de 1998, la demandante conoció de la Resolución No. 24 del 5 de mayo de 1998 –que dio por terminado unilateralmente el contrato– y en atención a que la Administración no le concedió oportunidad de interponer ningún recurso, pues omitió indicarle el que procedía, en concordancia con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo¹³, el término para liquidar inició a partir del día siguiente, ya que este surtió todos los efectos legales que suponía su expedición debido a la notificación por conducta concluyente.

19. Ahora bien, vale reiterar que casi tres años después de que el contrato había terminado por motivo de dicha resolución y que la actora dejó de ejecutarlo. La

¹³ “[S]i las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos”.

demandante afirmó que ello no era cierto por lo que interpuso recurso de reposición. Sin embargo, la Sala advierte que un recurso improcedente o extemporáneo no tiene la capacidad de modificar la situación jurídica definida en un acto administrativo, menos de prorrogar o renovar un contrato ya finiquitado por la Administración.

19.1. Si bien la demandada, a través de la Resolución No. 6 del 25 de mayo de 2001, se pronunció sobre el recurso interpuesto, ello obedece a que es su deber atender las peticiones y solicitudes que la contratista le haga y lo cierto es que se limitó a rechazarlo por extemporáneo –aunque debió hacerlo por improcedente, pues como quedó visto la entidad no dio oportunidad para promover recurso alguno–, por tanto, el término para liquidar el contrato debe contarse para todos los efectos desde el día siguiente a la notificación por conducta concluyente y no a partir de la notificación del acto que rechazó el recurso *“porque aunque este se formuló, en verdad no constituyó un medio idóneo para impugnar el acto”*¹⁴, pues no hace parte de la vía gubernativa, ni la agotó.

19.2. Ahora, vale preguntarse si la conclusión que se acaba de exponer varía por el hecho de que en la parte resolutive del acto se indicó que se confirmaba en todas sus partes la Resolución No. 24 del 5 de mayo de 1998 y que en contra de tal decisión no procedía recurso alguno pues se entendía agotada la vía gubernativa, en tanto, de ello podría entenderse que a pesar de ser extemporáneo el recurso, la Administración lo resolvió de fondo.

19.3. Sobre el particular, debe indicarse que usualmente los actos administrativos, incluso los de trámite, se presenta con una estructura de la cual es posible distinguir una parte considerativa y una resolutive, en efecto, *“corresponde la primera a la motivación y la segunda a la decisión que se adopta, precisamente con fundamento en las consideraciones y como consecuencia de las mismas”*¹⁵.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de mayo de 1993, exp. 5414, C.P. Joaquín Barreto Ruiz.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2015, exp. 33595, C.P. Hernán Andrade Rincón.

19.4. En ese orden, lo importante a identificar en un acto es precisamente aquellos apartes que constituyan el objeto del acto, independientemente de que se ubiquen en la parte considerativa o resolutive, pues ha de entenderse que la finalidad del acto no se agota en una u otra, sino que ambas dan alcance a lo que la administración pretenda hacer.

19.5. Dicha aseveración cobra importancia en el *sub lite*, en tanto, en la parte considerativa, que precisamente contiene los motivos y razones del acto, únicamente se indicó que el recurso promovido era extemporáneo, por tanto, la parte resolutive debe entenderse en conjunto, lectura de la que se concluye que el hecho de confirmar la resolución recurrida e indicar que la vía gubernativa estaba agotada se hizo bajo la razón de ser extemporáneo el recurso, esto es, que ningún análisis merecían las razones esbozadas en por la actora, tal como lo hizo la entidad.

19.6. De tal suerte que la decisión en cita no tiene la capacidad para modificar o extender el contrato, pues ya había terminado, y menos para alterar la oportunidad para que fuera liquidado, máxime en consideración a que se trató de un acto de trámite que no creó, modificó o extinguió relación jurídica alguna y menos produjo algún efecto frente a la actora.

20. En ese contexto, desde el 16 de mayo de 1998 –día siguiente a la notificación por conducta concluyente–, las partes contaban con cuatro meses para liquidar bilateralmente, en tanto, como ya se dijo contractualmente no se pactó nada distinto, esto es, hasta el 16 de septiembre de 1998. Desde el día siguiente, 17 de septiembre de 1998, la entidad contaba con dos meses más para liquidar unilateralmente, es decir, hasta el 17 de noviembre de 1998. Culminada la oportunidad para liquidar bilateral y unilateralmente, desde el día siguiente, se tenían dos años más para pedir la liquidación judicial, los cuales vencían el 18 de noviembre de 2000, de tal suerte que la acción promovida el 25 de septiembre de 2001 (fl. 26 rev., c. ppal.), lo fue cuando ya había operado la caducidad de la acción.

20.1. Como se observa la oportunidad para presentar la demanda se superó con creces, hasta el punto que, en gracia de discusión, de incrementarse el término en cinco días hábiles para interponer el recurso de reposición que procede frente a los actos administrativos contractuales, tampoco cambiaría la conclusión de la Sala, por lo que así habrá de declararla.

2. IMPOSIBILIDAD DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO

21. Ahora bien, la declaratoria de caducidad no impide que el juez haga uso oficioso de las atribuciones relacionadas con la declaratoria de nulidad absoluta del contrato¹⁶, pues *“el juez no sólo tiene la facultad sino el deber de declarar la nulidad absoluta total o parcial de un contrato, aun sin petición de parte, cuando esté demostrada en el proceso la causal prevista en la ley”*¹⁷.

21.1. Sobre las nulidades de los contratos estatales se advierte que el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 dispone que las autoridades tienen *“prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva”*, siendo que en el *sub lite* precisamente se eludieron tales procedimientos, pues la naturaleza y cuantía del contrato obligaba a la entidad estatal a adelantar licitación pública, en tanto, no estaba autorizada por la ley para contratar directamente.

21.2. En efecto, la Sala ha considerado que *“cuando una entidad estatal sometida a las normas de la Ley 80 de 1993 va a celebrar un contrato, debe*

¹⁶ Sobre la posibilidad de declarar la nulidad absoluta del contrato a pesar de que la acción promovida esté caducada, la Sala ha indicado que: *“[D]e 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”*. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 18294, C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2015, exp. 29742, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

*verificar en primer lugar, cuál es el procedimiento de selección que se debe adelantar para la escogencia de su contratista y si no se presenta alguno de los eventos en los que excepcionalmente se admite un procedimiento diferente, necesariamente deberá adelantar la licitación pública para ello*¹⁸.

21.3. A la par, se ha concluido que, ante el imperativo legal de observar los principios de transparencia, selección objetiva, economía, imparcialidad, publicidad y libre concurrencia en la actividad contractual, en especial, dentro del proceso de selección de contratistas, desatender las modalidades de selección dispuestas por la Ley 80, configura causal de nulidad absoluta del contrato, por abuso o desviación de poder, al apartarse de los fines que persigue la contratación¹⁹.

21.4. El artículo 24 de la Ley 80 de 1993, corregido por los Decretos 2150 de 1995 y 62 de 1996, vigente al momento de celebración del contrato, preveía la licitación pública como regla general para la selección de contratistas y la contratación directa como excepción. En consecuencia, correspondía a la contratante verificar que se cumplieran los presupuestos para omitir el proceso de licitación pública.

22. Sin embargo, esa obligación se desconoció, pues, según quedó registrado en las providencias penales donde se condenó a los entonces representantes legales de las partes, el presupuesto de la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá para el año 1996 era de \$89.583.745, esto es, 630,31 salarios mínimos legales mensuales vigentes para esa anualidad. Por ende, según el artículo 24 *ibidem*, la entidad era de aquellas que tenían un presupuesto anual inferior a 12.000 salarios, de ahí que podía adelantar procesos de contratación directa por menor cuantía hasta por valor de 125 salarios, esto es, \$17.765.625, pero el celebrado ascendía a \$120.000.000, por lo que la entidad estaba obligada a seguir la regla general para contratar –llevar a cabo el

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de septiembre de 2013, exp. 24339, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. 37066, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

correspondiente proceso licitatorio— y como no lo hizo el contrato adolece de nulidad absoluta.

23. Para que pueda declararse de oficio la nulidad absoluta del contrato, el artículo 87 de Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, obliga a que esta aparezca plenamente demostrada y que en el proceso de que trate intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, como ocurre en el *sub lite*.

24. A pesar de lo anterior, la Sala no puede declararla por cuanto la nulidad absoluta del contrato que aquí interesa se saneó por el paso del tiempo, ya que fue suscrito el 17 de mayo de 1996 y desde esa fecha han transcurrido más de veinte años, en los términos del artículo 1742²⁰ del Código Civil, subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936.

24.1. En efecto, la Sala de tiempo atrás tiene sentado que *“tal poder está limitado en los términos del referido artículo 1742 del C.C., que prevé el saneamiento de la nulidad por prescripción extraordinaria de 20 años, aun cuando la misma se haya generado por objeto o causa ilícitos”*²¹.

24.1. En el mismo sentido, la doctrina ha sostenido que pasados veinte años el vicio presente en el contrato queda saneado, pues²²:

[C]umplido el término de la prescripción extraordinaria, veinte años, el juez queda despojado de su poder legal para negarle eficacia al acto ilícito, bien sea de oficio o bien a instancia de parte legítima. Ese acto violatorio del orden público queda totalmente purgado de su pecado original y quienes fueron sus agentes reciben un indulto plenario que también cohonestas sus pretensiones para obtener el lucro de su conducta antisocial; y ni el juez

²⁰ “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, Alier Hernández Enríquez.

²² OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, 6 Ed., Temis, Bogotá, 2000, p. 458. Citado por: *Ibidem*.

puede tampoco declarar de oficio la nulidad por la misma razón: porque el contrato ya quedó saneado por la prescripción de la sanción legal.

24.2. En esa consideración, la Sala ha sostenido que la única excepción para que no opere dicho saneamiento es que el contrato recaiga sobre bienes de uso público que, por razones constitucionales, son inembargables, imprescriptibles e inajenables, así²³:

Sin embargo, la anterior posibilidad tiene un límite. En efecto, el artículo 1742 del Código Civil dispone que todo vicio de un contrato se sana por prescripción extraordinaria, de manera que transcurridos 20 años –para la época de suscripción del contrato sub júdice, 10 años ahora, con la reforma de la Ley 791 de 2003– ni siquiera de oficio procede su declaración, pues se sana por ministerio de la ley. Sin embargo, obsérvese que una cosa es la prescripción y otra la caducidad, de allí que si bien esta no corre para el juez, aquélla sí lo vincula. No obstante, esta postura tiene, a su vez, una limitante, donde el transcurso del tiempo no impide al juez pronunciarse sobre la nulidad de un contrato, de oficio o 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.

24.3. Por lo dicho, la Sala reitera en esta oportunidad que el transcurso del tiempo sana la nulidad absoluta del contrato, por lo que, a pesar de cumplirse los demás requisitos para declararla, se abstendrá de hacerlo. Ahora bien, vale preguntarse si dicho transcurso del tiempo admite alguna suspensión o interrupción.

24.4. Para solventar el cuestionamiento es preciso saber a cuál de las formas de prescripción –extintiva o adquisitiva– se refiere el artículo 1742 del Código Civil cuando indica que las nulidades se sanan “*en todo caso por prescripción extraordinaria*”. Pareciera que hace alusión a la adquisitiva, pues el artículo 2527 *ibidem* prevé que esta puede ser ordinaria o extraordinaria.

24.5. Sin embargo, ello carece de lógica pues con la adquisitiva, una persona adquiere una cosa ajena, pero por el saneamiento de la nulidad del contrato estatal ninguna de las partes adquiere algo de la otra. Tampoco se trata de la

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2012, exp. 25747, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

extintiva, pues ninguna pierde un derecho por dicho saneamiento, por tanto, la prescripción que aquí interesa no es adquisitiva o extintiva de derechos, sino que simplemente consolida situaciones por el paso del tiempo. Sobre el particular son ilustrativas las siguientes precisiones²⁴:

La doctrina ha encontrado en la historia de la prescripción extintiva fundamentos asaz incontrovertibles (sic) como que ella brinda certeza o seguridad a las relaciones jurídicas, que se traducen en paz y orden social, al consolidar situaciones jurídicas. Sin embargo, debe afirmarse que el hecho mismo de esa seguridad jurídica que brinda la prescripción extintiva no significa que quien la alega necesariamente gane algún derecho, como es el caso de la acción de nulidad. Porque si ésta prescribe no por eso debe predicarse que correlativamente se ganó un derecho, como en materia de cosas que están en el comercio humano y a que alude el artículo 2538 del Código Civil. No. La prescripción extintiva de la acción de nulidad enerva la posibilidad de dejar sin efectos un acto que adoleció en su formación de requisitos exigidos por la ley para su validez; pero por razón de la prescripción extintiva no ganó la contraparte derecho alguno. Y esto no es nuevo: todo el régimen de las caducidades de las acciones de estado, a que alude el censor y que encuentra que el Tribunal las vulneró, tienden a consolidar un status que no puede permanecer por largo tiempo en el aire, a la espera de su impugnación, sin que signifique que esos cortos términos a que se aluden en esas caducidades, generen derechos. Se consolidan situaciones.

24.6. En efecto, la Ley 50 de 1936²⁵ y la Ley 791 de 2002²⁶ cuando disminuyeron las prescripciones del Código Civil diferenciaron existencia de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, la extintiva y la de saneamiento de nulidades absolutas, por tanto, el legislador precisó que, por lo menos y en lo que aquí interesa aclarar, hay tres tipos de prescripciones. Por ende, si bien el artículo 1742 del Código Civil prevé el saneamiento por prescripción extraordinaria, ello debe entenderse en el sentido de que el saneamiento se da en el mismo tiempo que se necesita para que opere la prescripción extraordinaria, pero no que corresponden a la misma figura jurídica.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 8 de noviembre de 1999, exp. 6185, M.P. Jorge Santos Ballesteros.

²⁵ “Redúcese a veinte años el término de todas las prescripciones treintenarias, establecidas en el Código Civil, tales como la extraordinaria adquisitiva de dominio, la extintiva, la de petición de herencia, la de saneamiento de nulidades absolutas, la extintiva de censos, etc.”.

²⁶ “Redúzcase a diez (10) años el término de todas las prescripciones veintenarias, establecidas en el Código Civil, tales como la extraordinaria adquisitiva de dominio, la extintiva, la de petición de herencia, la de saneamiento de nulidades absolutas”.

24.7. Pero si se acepta que se trata de alguno de estos tipos de prescripción, cualquiera de las partes podría alegarla a su favor o renunciar a ella, según lo que resulte mejor para sus intereses.

24.8. Pero lo importante, no tanto es conocer a cuál de estas dos prescripciones hace referencia la norma, sino las implicaciones que tendría sostener que corresponde a alguna de estas y transpolar sus efectos al proceso en el que un juez pretenda declarar la nulidad absoluta del contrato estatal.

24.9. Piénsese por ejemplo en la situación fáctica que se registra el presente asunto, la cual permitiría que cualquiera de las partes escogiera el término de prescripción que sana la nulidad, pues entre la fecha de suscripción del contrato y la de la providencia que decida el asunto, se dio el tránsito de legislación entre la prescripción de veinte años de la Ley 50 de 1936 y la de diez años de la Ley 791 de 2002. Por lo que vale preguntarse si respecto de una nulidad absoluta, que en todo caso no se puede sanear por ratificación de las partes, es posible que estas decidan si se sana en diez o en veinte años, aspecto que solo puede ser contestado negativamente, pues la norma que rige el tiempo de saneamiento de la nulidad es la vigente a la suscripción del contrato.

24.10. Es más, la posibilidad de que alguna de las partes pueda renunciar a la prescripción en cualquiera de sus formas, implicaría que cuenten con un término adicional para solicitar subrepticamente la anulación del contrato. Piénsese nuevamente en el *sub lite*, donde la acción presentada está caducada y donde, en todo caso, no se promovió demanda de reconvención, pero durante el trámite cualquiera de las partes, con la firme convicción de que las restituciones mutuas le beneficiarían, allega un escrito en el que expresamente renuncia a la prescripción extraordinaria de que trata el artículo 1742 *ibidem*, lo que daría lugar a que el juez la declare a pesar de que en principio estaba saneada y que dentro de las pretensiones no se solicitó.

24.11. En ese orden, la prescripción de que trata el artículo 1742 del Código Civil no es, en principio, favorable o desfavorable a las partes, ni pueden disponer o

renunciar a ella, pues como quedó visto esa prescripción no es para adquirir o extinguir derechos, sino que está prevista para consolidar situaciones.

24.12. Por ello, tampoco es dado concluir que puede interrumpirse tal prescripción de forma natural o civil, en los términos de los artículos 2522²⁷ y 2539²⁸ *ibidem* y menos, como en el *sub lite*, con una demanda que fue presentada cuando ya había operado el término de caducidad de la acción de controversias contractuales, en tanto, una demanda que carezca del requisito de oportunidad no “*interrumpe los términos*” –artículo 143 del Código Contencioso Administrativo–.

24.12. En efecto, el entendimiento que aquí se le da al artículo 1742 se hace desde la dogmática que rige la estructura de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues no se puede trasladar la forma en que se manejan las controversias entre particulares, a como se hace entre estos y el Estado. Y es por ello que la Sala tiene sentado que²⁹:

[L]a facultad del juez de declarar de manera oficiosa las nulidades absolutas que sean manifiestas en los actos o contratos no está sometida al régimen de la caducidad, no solo porque resulta evidente que durante el trámite del proceso puede transcurrir el tiempo previsto por el ordenamiento jurídico para que fenezca la oportunidad de alegarlas por la vía de acción, sino porque la facultad oficiosa difiere ostensiblemente del derecho público subjetivo de acción y los términos de caducidad están concebidos como límites temporales para hacer efectivos ante la jurisdicción los derechos sustanciales; además, el fenecimiento del término de caducidad carece de la virtualidad de sanear los vicios de que adolezcan los actos o contratos; sin embargo, la facultad del juez no es ilimitada, pues, para declarar la nulidad de manera oficiosa, se 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

25. Por lo tanto, ninguna incidencia tiene la presentación de la demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales frente al saneamiento de la

²⁷ “*Posesión no interrumpida es la que no ha sufrido ninguna interrupción natural o civil*”.

²⁸ “*La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. // Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente. // Se interrumpe civilmente por la demanda judicial*”.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de septiembre de 2013, exp. 19705, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

nulidad absoluta, pues el paso del tiempo opera independientemente de la presentación de una demanda extemporánea en la que, en todo caso, no se pidió la nulidad absoluta del contrato, razón de más para que la Sala se abstenga de declararla, por lo que únicamente modificará la sentencia de primera instancia para declarar probada la caducidad de la acción.

26. Por último, como la conducta de las partes no puede catalogarse como abiertamente temeraria, por cuanto se limitó al ejercicio del derecho de acceso a la justicia y de defensa, se impone negar la condena en costas.

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

F A L L A

MODIFICAR la sentencia del 16 de diciembre de 2009 del Tribunal Administrativo de Boyacá que negó las pretensiones de la demanda. En su lugar:

PRIMERO: DECLARAR la caducidad de la acción de controversias contractuales, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Controversias contractuales - Expediente 38491
Demandante: JAM Publicidad y CIA S.A.
Demandada: Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá
Modifica fallo de primera instancia que negó las pretensiones

Salva voto

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta

Aclara voto
DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado