COMPETENCIA – Facultad legal – Nulidad – Normativa

La falta de competencia radica en que una autoridad adopta una decisión sin estar legalmente facultada para ello y se configura la causal de nulidad cuando se desconoce cualquiera de los elementos que la componen, como, por ejemplo, cuando no se tiene atribución sustancial para la expedición de un acto jurídico (competencia material) o cuando este no puede dictarse sino dentro de determinada jurisdicción (competencia territorial) o cuando sólo se cuenta con un tiempo determinado para su expedición (competencia temporal) . Esta Sección ha recordado que la “competencia de las autoridades estatales constituye un ingrediente vital del Estado de Derecho que nos rige y del cual es una manifestación el principio de legalidad, que impone límites a las actuaciones de aquéllas, consistentes en que los funcionarios estatales sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizados por la Constitución y la ley” . Así lo impone el artículo 6 de la Constitución Política, según el cual los “particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” y el artículo 121 ibídem que dice que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley”. Igualmente, esta Corporación ha considerado que el vicio por incompetencia es el más grave que puede afectar la validez de los actos administrativos y, por tal razón, el juez debe declarar siempre la nulidad del acto administrativo, incluso de manera oficiosa, porque cuando el acto es proferido en tales condiciones vulnera el derecho fundamental al debido proceso.

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Código Minero

Los artículos 56 a 60 del Decreto Ley 2655 de 1988 regularon en términos generales los contratos mineros. Es así como en el artículo 58 se dispuso que en ese tipo de contratos “no se aplicarían los principios de modificación, terminación e interpretación unilaterales regulados para los contratos administrativos ordinarios, y en estas materias, se regirán por lo previsto en sus correspondientes cláusulas”. Por su parte, el artículo 52 del citado decreto, al regular la contratación de la exploración y explotación de un aporte minero , dispuso que los contratos celebrados con terceros, en cuanto a sus características, condiciones y requisitos, se regularían por lo previsto en el capítulo IX de ese decreto, es decir, los artículos 78 a 92. (…) De lo hasta aquí expuesto prima facie puede concluirse que en los contratos mineros estaban proscritas las cláusulas exorbitantes, actualmente excepcionales, de modificación, terminación e interpretación unilaterales. Para el contrato en estudio, así lo disponían expresamente los artículos 58 y 79 del pluricitado decreto. El primero, al prohibir ese tipo cláusulas y, el segundo, además de calificarlos como administrativos, precisaba que no les resultaban aplicables las normas de la contratación administrativa ordinaria y se regulaban por las cláusulas acordadas por las partes. En ese entendido, tampoco le resulta aplicable el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 que impone a las entidades estatales la terminación unilateral cuando se diera alguna de las causales de los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la citada ley.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Facultad oficiosa del Juez –Caducidad de la acción – Término – Saneamiento de nulidad – Prescripción extraordinaria

Vale precisar que si bien la Sección ha sostenido que la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato no está sometida al término de caducidad de la acción, en tanto “el ejercicio de una potestad difiere sustancialmente del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir la declaración judicial...”; no obstante, sí se impone la limitación contenida en el artículo 1742 del Código Civil “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” . En ese orden, como la demanda se presentó el 16 de mayo de 1997, con lo cual se interrumpió el término de prescripción, es claro que para cuando se produce este fallo no ha operado ese fenómeno.

CONSEJO DE ESTADO

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 13001-23-31-000-1997-12282-01(33611)**

**Actor: JAIRO GERMÁN GÓMEZ CARDOZO**

**Demandado: SOCIEDAD MINERALES DE COLOMBIA - MINERALCO S.A.**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

*Temas: Asuntos mineros y contractuales, competencia del Consejo de Estado. Alcance del concepto de asunto minero. Las dudas deben resolverse a favor de la doble instancia. Falta de competencia material para terminar unilateralmente un contrato minero por vicios de nulidad. Inaplicabilidad del Estatuto General de Contratación en la contratación minera. Nulidad absoluta oficiosa del contrato.*

Sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia del 28 de febrero de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual resolvió (fls. 381 a 408, c. ppal, 2ª instancia):

*PRIMERO: Declárase la nulidad de la RESOLUCIÓN n.° 0073 de abril de 1995, por medio de la cual se declaró la terminación del contrato de concesión de noviembre 22 de 1994, suscrito entre MINERALES DE COLOMBIA S.A.-MINERALCO S.A. y JAIRO GERMÁN GÓMEZ CARDOZO para la exploración y explotación de metales preciosos y asociados de un área del aporte 1237, situado en el Municipio de San Martín de Loba, Departamento de Bolívar, acorde con la autorización dada por el Ministerio de Minas y Energía por medio de la resolución n.° 001745 de junio 10 de 1988, y de la RESOLUCIÓN n.° 0098 de mayo 26 de 1995, que declaró no reponer la resolución n.° 0073 de abril 11 de 1995.*

*SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior condénase en abstracto a la sociedad MINERALES DE COLOMBIA S.A. MINERALCO S.A. a indemnizar los perjuicios causados al señor JAIRO GERMÁN GÓMEZ CARDOZO como consecuencia de la declaración de terminación unilateral del contrato de concesión de noviembre 22 de 1994, suscrito entre MINERALES DE COLOMBIA S.A. – MINERALCO S.A. y JAIRO GERMÁN GÓMEZ CARDOZO, para la exploración y explotación de metales preciosos y asociados de un área del aporte 1237, situado en el Municipio de San Martín de Loba.*

*TERCERO: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.*

**SÍNTESIS DEL CASO**

El señor Jairo Germán Gómez Cardona pretende que se declare la nulidad de las resoluciones n.°s 73 y 98 del 11 de abril y 26 de mayo, ambas de 1995, por medio de las cuales Minerales de Colombia S.A., Mineralco S.A., terminó unilateralmente el contrato minero del 22 de noviembre de 1994. Igualmente, pretende que se declare la existencia del referido contrato y se le indemnicen los perjuicios causados con la expedición de los actos administrativos demandados.

**I. ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA[[1]](#footnote-1)**

El 16 de mayo de 1997 (fl. 14, c. ppal), el señor Jairo Germán Gómez Cardozo presentó demanda, en ejercicio de la acción de controversias contractuales regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en contra de Minerales de Colombia S.A., en adelante Mineralco S.A. (fls. 1 a 14, c. ppal), con fundamento en los siguientes:

**1.1. Hechos**

La situación fáctica que se presenta en la demanda (fls. 1 a 3, c. ppal) se resume así:

* + 1. El 22 de noviembre de 1994, el accionante y la demandada suscribieron el contrato minero para la exploración y explotación de metales preciosos y asociados en un área del aporte n.° 1237, ubicada en el municipio de San Martín de Loba, Bolívar. El referido aporte fue autorizado por el Ministerio de Minas y Energía a través de la resolución n.° 1745 del 10 de junio de 1988.

1.1.2. Mediante resolución n.° 73 del 11 de abril de 1995, la demandada terminó unilateralmente el contrato arriba referido, por cuanto para el día en que se suscribió, 22 de noviembre de 1994, la señora Ana Isabel Fajardo Garavito ya no fungía como Gerente General de Mineralco S.A. En efecto, ese mismo día tomó posesión de ese cargo el señor Orlando Álvarez Pérez.

1.1.3. El 26 de mayo de 1995, mediante resolución n.° 98, la demandada, al resolver el recurso de reposición interpuesto por el accionante, confirmó su decisión de terminación unilateral.

1.1.4. El 7 de junio de 1995 fue notificada personalmente la anterior decisión al accionante.

**1.2. Las pretensiones**

Con fundamento en los anteriores hechos, el actor deprecó las siguientes pretensiones (fl. 4, c. ppal):

*1. Decretar la NULIDAD de:*

*a. La RESOLUCIÓN n.° 0073 de abril 11 de 1995, por medio de la cual se declaró la terminación del contrato de concesión de noviembre 22 de 1994, suscrito entre MINERALES DE COLOMBIA S.A. MINERALCO S.A. y JAIRO GERMÁN GÓMEZ CARDOZO, para la exploración y explotación de metales preciosos y asociados en un área del aporte 1237, situado en el municipio de San Martín de Loba, Departamento de Bolívar, acorde con la autorización dada por el Ministerio de Minas y Energía por medio de la resolución n.° 0001745 de junio 10 de 1998.*

*b. La RESOLUCIÓN n.° 0098 de mayo 26 de 1995, que declaró no reponer la resolución n.° 0073 de abril 11 de 1995.*

*2. Declarar, en consonancia con lo anterior, la existencia del contrato de concesión de noviembre 22 de 1994, suscrito entre MINERALES DE COLOMBIA S.A. MINERALCO S.A. y JAIRO GERMÁN GÓMEZ CARDOZO, para la exploración y explotación de metales preciosos y asociados en un área del aporte 1237, situado en el municipio de Santa Martín de Loba, Departamento de Bolívar, acorde con la autorización dada por el Ministerio de Minas y Energía por medio de la resolución n.° 001745 de junio 10 de 1998.*

*3. En consideración a las decisiones que anteceden, que se condene a la* (sic) *MINERALES DE COLOMBIA S.A. MINERALCO S.A. a:*

*a. Restablecer en favor de JAIRO GERMÁN GÓMEZ CARDOZO, el contrato suscrito con MINERALES DE COLOMBIA S.A. MINERALCO S.A., en noviembre 22 de 1994, sobre la operación para la exploración y explotación de metales preciosos y asociados de un área del aporte 1237, situado en el Municipio de San Martín de Loba, Departamento de Bolívar, acorde con la autorización dada por el Ministerio de Minas y Energía por medio de la resolución n.° 001745 de junio 10 de 1988.*

*b. Ordenar el pago total de los perjuicios materiales por lucro cesante, el valor equivalente de 11.096.714.04 gramos y metales asociados, que resultan de la cuantificación proyectada en la producción por el tiempo de duración inicial del contrato, al precio del gramo de oro vigente desde la terminación del contrato hasta la fecha en que se reconozca el pago.*

*c. Ordenar asimismo, por daño emergente, el valor de los intereses indicados para el crédito ordinario, sobre el monto reconocido en el punto anterior, a la tasa del 3.58% mensual, liquidados entre el 16 de junio de 1996 y la fecha en que se opere el pago.*

*d. Que, en subsidio, del valor de los literales a) y b), se ordene la indemnización por el valor que resulte del peritaje, que se realice sobre el particular.*

*3.* (sic) *Que de la misma manera, en orden al texto de los artículos 85 y 170 del C.C.A., se condene a la entidad al pago de los perjuicios morales causados con la desvinculación contractual de mi representado.*

*4. Las condenas de los literales b) y c) del numeral 3, como del numeral 4, espero se den, dentro del contenido de los artículos 177 y 178 del C.C.A.*

**1.3. El concepto de la violación**

Para el efecto de la declaración de nulidad deprecada (fls. 5 a 8, c. ppal), la parte actora estimó violados los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 28, 29, 58, 209 y 334, inciso 2º de la Constitución Política y 3, 17, 44 y 45 de la Ley 80 de 1993.

(i) Precisó que el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 no tiene cabida para sustentar el vicio de falta de competencia, en tanto se trata de un abuso o desviación de poder que está regulada en el numeral tercero del citado artículo.

(ii) Acusó los actos administrativos de falsa motivación, en tanto lo procedente para lo sucedido era la declaratoria de nulidad absoluta con la correspondiente liquidación del contrato, facultad de la que carece la administración porque es de competencia exclusiva del juez del contrato. Además, tampoco se dieron las causales de terminación del artículo 17 de la Ley 80 de 1993. Señaló que la administración convirtió la figura de la terminación unilateral en una forma de declarar la nulidad absoluta del contrato.

(iii) Advirtió que no se le puede cargar al ciudadano las cuestiones internas de los nombramientos. En tal sentido, puso de presente que actuó con el pleno convencimiento de que quien firmó el contrato representaba a la demandada, sin que ahora pueda esta última venir en contra de sus propios actos, en tanto atenta contra el principio de la buena fe del artículo 83 Superior.

(iv) Afirmó que no se siguieron los procedimientos para la expedición de los actos administrativos demandados.

(v) Estimó que la demandada incurrió en una falla del servicio al permitir que una persona sin competencia actuara y la comprometiera a través de un contrato. En todo caso, el funcionario conservó la competencia para suscribir el contrato y actuó en representación del Estado, aun cuando otro funcionario se hubiera posesionado, en tanto lo hizo prevaliéndose de su condición de funcionario público y de todas las formas propias de esa calidad.

**2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Mineralco S.A. (fls. 69 a 76 y 96 a 103, c. ppal) afirmó que el día en que se firmó el contrato minero del 22 de noviembre de 1994, se posesionó un nuevo Gerente. En ese orden, recordó que el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 dispone que la designación de un nuevo empleado en un cargo de libre nombramiento y remoción implica la insubsistencia del anterior nombramiento. Por lo tanto, como la designación del nuevo gerente se efectuó el 18 de noviembre de 1994, es claro que cuatro días antes de la suscripción del citado contrato, la funcionaria que lo firmó había perdido su competencia para el efecto.

En suma, señaló que los actos administrativos se expidieron con plenas garantías constitucionales y legales.

**3. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

En esta oportunidad, las partes guardaron silencio[[2]](#footnote-2).

1. **LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia del 28 de febrero de 2006 (fls. 391 a 408, c. ppal, 2ª instancia), el *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda. Para el efecto, sostuvo:

*La entidad demandada señala en apoyo de su determinación que la insubsistencia del nombramiento de los empleados de libre nombramiento y remoción se produce también con el acta de designación de una nueva persona para el cargo. Para la Sala resulta claro que así lo establece la norma correspondiente y, por ende, el acto de nombramiento del Dr. ORLANDO ÁLVAREZ PÉREZ mediante el Decreto 2559 del 18 de noviembre de 1994, tuvo como consecuencia la declaratoria automática de insubsistencia del nombramiento de la Dra. ANA ISABEL FAJARDO GARAVITO como gerente y representante legal de la sociedad MINERALCO S.A.*

*No obstante lo anterior, el ejercicio de las funciones propias del cargo por parte funcionario designado solamente se inicia desde que toma posesión del cargo, lo cual en este caso concreto se produjo el 22 de noviembre de 1994, es decir, cuatro días calendario después de proferido el acto de nombramiento, habiendo recibido el mismo día 24 del mes y año en cita, según se desprende del ACTA DE ENTREGA Y RECIBO de la gerencia en la cual entre otros intervinieron Los Gerentes “Entrante y Saliente”.*

*Así las cosas, la Sala concluye que la Dra. ANA ISABEL FAJARDO GARAVITO estuvo en funciones como gerente del ente demandado hasta el 22 de noviembre de 1994, habiendo entregado su cargo al nuevo gerente el 24 de ese mismo mes y año, tal como consta en acta cuya copia obra a folios 197 a 200 del cuaderno principal. El nuevo nombramiento efectivamente trajo como consecuencia la declaratoria de insubsistencia, pero el ejercicio del cargo sólo se inicia a partir de la posesión y su representación legal se da con la inscripción en Cámara de Comercio. (…)*

*Para la Sala resulta incuestionable que este tipo de sociedades –ANÓNIMAS-* [se refiere a la demandada] *se rigen por la normatividad que para ellas señala el Decreto 410 de 1971 o mejor conocido como Código de Comercio, el cual en su Título VI, a ellas se refiere y en su capítulo III Sección III se ocupa de la representación legal de aquella, indicando en el artículo 441 que en el registro mercantil se inscribirá la designación de representantes legales mediante la copia de la parte pertinente del acta, que para el presente asunto correspondía al Decreto de nombramiento y su correspondiente acta de posesión.*

*Seguidamente el artículo 442 se refiere a los efectos de la inscripción en Cámara de Comercio en los siguientes términos:*

*“Las personas cuyos nombre figuren inscritos en el correspondiente registro mercantil como gerentes principales y suplentes serán los representantes de la sociedad para todos los efectos legales, mientras no se cancele su inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento”*

*La demandada ha sostenido que la Gerente que salió del cargo era incompetente para signar el contrato con el cual se finalizaba toda la etapa precontractual en la cual se encuentra involucrada aquel acto –ADJUDICACIÓN- contenido en el acta n.° 1 de 30 de septiembre de 1994-, el cual comunicado se convirtió en irrevocable a voces de la Ley 80 de 1993, determinación administrativa que así se torna mediante la suscripción del contrato de 22 de noviembre del mismo año pues a voces del art. 441 del Código de Comercio ostentaba la representación legal. Y si de actuar dentro de la legalidad se tratara debió la administración en la oportunidad procesal correspondiente, aportarse la documental por medio de la cual demostrara el cumplimiento de la exigencia traída por el artículo 442 ibídem a efectos, entre otros de haber soportado la legalidad o no de su actuar y como no lo hizo forzoso será determinar la anulación de su proceder.*

De igual forma, el *a quo* advirtió la falta de fundamento normativo y fáctico de la decisión demandada, toda vez que el contrato no se celebró contra expresa prohibición constitucional, sino que por el contrario fue el desarrollo del objeto social de la demandada; además, tampoco en los actos administrativos se indicó cuál era la norma de rango legal que prohibía la celebración del contrato, lo que evidencia la insuficiente motivación; no se probó la falta de competencia de quien firmó el contrato a nombre de la demandada, requisito necesario para el ejercicio de las facultades excepcionales, y, finalmente, la administración debió honrar la adjudicación que se le hiciera al actor y, por consiguiente, respetar la suscripción del contrato a la que tenía derecho.

En esos términos, el *a quo* consideró que la decisión de la administración fue irracional, por cuanto actuó en contra de la recomendación que le hiciera la Oficina Jurídica del Ministerio de Minas y Energía; fue injusta, en tanto no motivó su decisión fáctica ni jurídicamente; sin competencia, toda vez que la nulidad absoluta del contrato le correspondía declararla al juez del contrato de forma privativa.

Frente al restablecimiento del derecho, el *a quo* consideró que no se podía revivir el contrato, toda vez que su plazo original ya estaba vencido; no obstante, condenó a la demandada al pago del lucro cesante generado como consecuencia de la terminación del contrato. Para tal fin, señaló que la prueba pericial no ofrecía mayor claridad sobre ese perjuicio, en tanto los peritos desconocieron las condiciones iniciales del contrato. Tampoco se justificaron los cálculos de la explotación de minerales preciosos y se desconoció que Mineralco S.A. no garantizó la existencia de los mismos. Ante ese panorama, decidió condenar en abstracto, sin más explicaciones.

1. **SEGUNDA INSTANCIA**

**1. LOS RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión de primera instancia, las partes interponen recurso de apelación (fls. 409[[3]](#footnote-3) y 411[[4]](#footnote-4), c. ppal, 2ª instancia).

En la sustentación del recurso (fls. 412 a 417, c. ppal, 2ª instancia), la parte demandada insistió en que el sólo hecho de la posesión de un nuevo gerente el día en que se firmó el contrato minero, era suficiente para concluir la falta de competencia del gerente reemplazado para suscribirlo.

Por su parte, la accionante (fls. 469 a 479, c. ppal, 2ª instancia) limitó su recurso al numeral segundo. En tal sentido, señaló que la prueba pericial estaba lo suficientemente fundada para respaldar una condena en concreto, como lo son los estudios de proyección cuantificada que se presentaron dentro del proceso de adjudicación. Igualmente, señaló que si bien los peritos tomaron el período de indemnización por 13 años, lo cual incluía una prórroga, lo cierto es que también dentro de eso período tomaron el plazo inicial del contrato, el cual debería tomarse para la indemnización, con la exclusión de la prórroga como lo advirtió el Tribunal *a quo*.

Igualmente, sostuvo que están demostradas las condiciones auríferas del municipio de San Martín de Loba, el cual figura a nivel nacional como uno de los más grandes productores de ese metal precioso. Para el efecto, aportó los estudios técnicos de las autoridades mineras sobre el particular, los cuales no fueron tenidos como pruebas por esta instancia, toda vez que no satisfacían las exigencias legales para tenerlas como tales en este momento procesal[[5]](#footnote-5).

**2. ALEGACIONES FINALES**

El Ministerio de Minas y Energía, en su condición de sucesor procesal de Mineralco S.A., en los términos del parágrafo 2º del artículo 30 del Decreto 254 de 2000, reiteró los argumentos de sus intervenciones (fls. 490 a 494, c. ppal, 2ª instancia).

El Ministerio Público (fls. 527 a 537, c. ppal, 2ª instancia) conceptuó que la falta de competencia no se subsume en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, es decir, que existiera norma de rango legal que prohibiera la suscripción de contratos como el anulado; por el contrario, el Decreto 2655 de 1988 facultaba expresamente a las entidades adscritas o vinculadas para que suscribieran contratos mineros con quienes tuvieran a su favor un aporte.

En lo que tiene que ver con el restablecimiento del derecho, la Vista Fiscal estimó que el dictamen carecía de todo fundamento, razón por la cual hizo bien el *a quo* en condenar en abstracto.

**II. CONSIDERACIONES**

**1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

**1.1. La jurisdicción, la competencia y la acción procedente**

1.1.1. Atendiendo a la naturaleza pública de la demandada, Mineralco S.A.[[6]](#footnote-6), sus controversias son de conocimiento de esta jurisdicción.

1.1.2. Ahora, esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto en segunda instancia. Para arribar a esa conclusión, la Sala considera necesario hacer las siguientes precisiones:

(i) Aunque la causa *petendi* gira en torno a la nulidad de unas resoluciones que terminaron unilateralmente un contrato minero, el asunto no puede catalogarse de forma automática como minero.

(ii) Para el efecto, es preciso tener en cuenta el fondo del debate. En esa línea, el cargo principal de nulidad se concreta en la falta de competencia. En tal sentido, deberá determinarse si la demandada ostentaba la facultad de terminación unilateral del contrato por nulidad absoluta y, de ser así, si el funcionario público que suscribió el contrato minero tenía competencia para hacerlo.

(iii) La falta de competencia es un tema transversal al derecho público. En otras palabras, no se circunscribe de forma exclusiva y excluyente a los asuntos mineros.

(iv) En el *sub lite* se está frente a un asunto contractual, toda vez que la pretensión de nulidad recae sobre unos actos administrativos que se produjeron en el marco del contrato, que determinaron su terminación unilateral por nulidad absoluta.

(iv) La Sección, en un caso en el que se analizó la competencia de esta Corporación para conocer en única instancia de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentada por un concesionario de un contrato minero en contra de unas resoluciones de una autoridad ambiental que afectaban la zona en que se realizaba la explotación minera del accionante, precisó que el asunto era ambiental y que su impacto en el contrato minero era insuficiente para catalogar el asunto como minero, toda vez que se requería que versara *“respecto de asuntos directamente mineros, es decir, que tanto las pretensiones, como los hechos del caso, así como el acto impugnado y el análisis jurídico pertinente deben girar en torno a este tipo de asuntos, por tanto la sola relación o incidencia que eventualmente un proceso pudiere a* (sic) *tener sobre un asunto minero, no resulta suficiente para concluir que la litis le corresponde a esta Corporación en única instancia”*[[7]](#footnote-7).

(iv) Ahora, si existen dudas frente a la naturaleza del asunto, que bien podrían presentarse, ellas deben disiparse de acuerdo con los mandatos constitucionales que imponen que las exigencias procesales materialicen el acceso a la administración de justicia y la garantía de doble instancia como regla general. En efecto, dentro de la providencia citada, la Sección así lo recordó[[8]](#footnote-8):

*Con todo y a[u]n cuando la Sala considera que el presente asunto no versa sobre un asunto minero, lo cierto es que ante el hipotético caso en el cual existiere la duda acerca de si el asunto debe conocerlo el Consejo de Estado en única instancia o el Tribunal o el Juez Administrativo en primera instancia, en aplicación del postulado general de la doble instancia previsto en el artículo 31 de la Constitución Política, habría que adoptar la tesis según la cual serían los jueces o los Tribunales, de conformidad con las normas generales, los llamados a conocer en primera instancia de la litis, con el fin de darle la oportunidad a las partes de apelar las decisiones correspondientes.*

*Ciertamente, según la disposición constitucional antes citada “toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley” es decir, como regla general se prevé la posibilidad de la doble instancia en los procesos judiciales, motivo por el cual ante una duda insalvable en relación con la asignación de competencia en un caso específico, debe resolverse a favor de la regla general y no respecto de la excepción, esto es que el proceso sólo pueda ser conocido en única instancia, en la medida en que, precisamente, las excepciones son de interpretación restrictiva, sin posibilidad de aplicarse por analogía, de manera que sólo puede aplicarse en tanto exista certeza, claridad e identidad entre la excepción y el supuesto de hecho correspondiente.*

*Por lo anterior, en el evento en el cual existieran dudas respecto de si el presente proceso versa o no sobre un asunto minero, habría que darle aplicación al postulado general de la doble instancia, de tal forma que, en este caso, como se advirtió en el auto impugnado, en atención a la estimación razonada de la cuantía, al tipo de acción incoada y a la competencia en razón del territorio, el competente sería el Tribunal Administrativo del Atlántico.*

(v) Finalmente, precisa aclarar que contrario a lo indicado en la demanda, el contrato en estudio no es un contrato de concesión minera, aunque sí un contrato minero.

En efecto, el Decreto 2655 de 1988, vigente para cuando se firmó el contrato en estudio, señalaba que los contratos mineros eran aquellos que creaban *“derechos y obligaciones cuyo objeto principal es la exploración, montaje de minas, explotación, y beneficio de minerales”* (artículo 56). Esos contratos a su vez podían ser de dos clases: (i) los de concesión y (ii) los de cualquier otra denominación y forma. Los primeros se catalogaban así siempre que fueran suscritos por el Ministerio de Minas y Energía. Los segundos cuando fueran celebrados por una entidad descentralizada, adscrita o vinculada al referido Ministerio (artículo 57). Huelga advertir que al explicado criterio de distinción subjetivo debía concurrir la finalidad propia de esos contratos mineros.

Vale recordar que el contrato en estudio resultó de la asignación de un aporte a la sociedad demandada, quien podía explorar y explotar la zona asignada directamente o a través de un tercero. Esto último fue lo que ocurrió en el caso en estudio. La regulación de esos aportes y los contratos con terceros estaba contenida en los artículos 48 a 55 y 78 a 92 del Decreto Ley 2655 de 1988.

Lo anterior con el fin de poner de presente que al contrato en estudio no le resultaba extensible la regla de competencia que asignaba el conocimiento de las controversias derivadas de los contratos de concesión minera en una única instancia a esta Corporación, contenida en el artículo 61 del Decreto Ley 2655 de 1988, toda vez que aquí se está frente a un contrato minero distinto, en tanto fue celebrado por una entidad descentralizada vinculada al Ministerio de Minas y Energía, Mineralco S.A.

En ese orden, esta Corporación es competente para conocer de la presente controversia contractual, en los términos del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, que disponía que esta Corporación conocía en segunda instancia de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en primera instancia[[9]](#footnote-9).

1.1.3. De lo antes expuesto, también quedó evidenciado que la acción contractual es el mecanismo procesal idóneo para impugnar los actos administrativos demandados, en tanto fueron producidos dentro del marco del contrato minero del 22 de noviembre de 1994.

**1.2. La legitimación en la causa**

Frente a la legitimación de las partes, debe señalarse que los actos administrativos demandados fueron expedidos por la parte demandada, al tiempo que su destinario lo fue la parte actora.

**1.3. Caducidad**

Con sólo tomar la fecha de la notificación de la resolución n.° 98 del 26 de mayo de 1995, es decir, el 7 de junio de 1995, y la de la presentación de la demanda, 16 de mayo de 1997 (fl. 14, c. ppal), se concluye que la acción fue intentada dentro del término legal. Lo anterior sin desconocer que los contratos que se prolongan en el tiempo y se liquidan tienen una forma de computar la caducidad diferente; sin embargo, resulta inoficioso hacer ese ejercicio, toda vez que si desde la notificación de los actos administrativos demandados no hay caducidad, con mayor razón si el contrato en estudio fuera objeto de liquidación.

2. EL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en dilucidar si están llamados a prosperar los cargos de nulidad propuestos por la parte actora, en contra de las resoluciones n.°s 73 y 98 del 11 de abril y 26 de mayo, ambas de 1995, por medio de las cuales Minerales de Colombia S.A., Mineralco S.A. terminó unilateralmente el contrato minero del 22 de noviembre de 1994. En caso de prosperar las pretensiones de anulación, la Sala analizará si es procedente la indemnización de perjuicios deprecada.

**3. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES N.° 73 Y 98 DEL 11 DE ABRIL Y 26 DE MAYO DE 1995**

Para analizar el fondo del asunto, la Sala se ocupará de verificar (i) los hechos probados y (ii) la decisión frente a los cargos, con base en el análisis conjunto de las pruebas y las normas pertinentes.

**3.1. De los hechos probados**

Es dable aclarar que las pruebas que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. Igualmente, es preciso advertir que algunos documentos fueron allegados en copia simple, pero los mismos no fueron tachados por la demandada, razón por la cual se valorarán sin otra consideración, como la Sección lo tiene establecido[[10]](#footnote-10).

3.1.1. El 17 de enero de 1994, el Ministro de Minas y Energía nombró a la señora Ana Isabel Fajardo Garavito en el cargo de Gerente General de Mineralco S.A. (fl. 195, c. ppal). El 21 de enero siguiente, la nombrada tomó posesión del susodicho cargo (fl. 196, c. ppal).

3.1.2. El 30 de septiembre de 1994, mediante acta n.° 001, el Comité de Contratación y Crédito de Mineralco S.A. recomendó al Gerente General de esa misma entidad contratar con el señor Jairo Germán Gómez Cardozo la exploración y explotación de una zona ubicada dentro del aporte minero n.° 1237, municipio de San Martín de Loba, Bolívar (fl. 214 a 221, c. ppal).

3.1.3. El 18 de noviembre de 1994, mediante Decreto n.° 2559, el Ministro de Minas y Energía nombró al señor Orlando Álvarez Pérez en el cargo de Gerente General de Mineralco S.A. En el mismo decreto se dispuso que regiría desde su publicación (fl. 77, c. ppal).

3.1.4. El 22 de noviembre de 1994, Mineralco S.A., a través de la señora Ana Isabel Fajardo Garavito, quien actuaba como gerente general, y el señor Jairo Germán Gómez Cardozo, aquí accionante, suscribieron el contrato minero para exploración y explotación de metales preciosos y asociados en un área del aporte n.° 1237[[11]](#footnote-11), ubicada en el municipio de San Martín de Loba, Bolívar (fls. 28 a 34, c. ppal).

En el contrato se delimitó el área de explotación (cláusula segunda); la duración se fijó en 1 año de exploración, contado a partir del perfeccionamiento, y de 5 años de explotación, que se computaban desde la finalización de la exploración y prorrogables hasta por 5 años más, siempre que el contratista cumpliera sus obligaciones (tercera); las medidas de conservación del medio ambiente (cuarta); las eventualidades de la producción, las cuales debían ser asumidas por el contratista, en tanto la contratante no aseguraba la existencia de metales preciosos (quinta); los planes de trabajo y las especificaciones técnicas (sexta); las obligaciones del contratista de higiene y seguridad (séptima); el informe de impacto ambiental (octava); propiedad y registro de la producción, que sería del contratista a cambio de una contraprestación contenida en la cláusula décima primera (novena y décima); las participaciones económicas de Mineralco S.A. serían del 8% del oro recuperado a partir del período de explotación y el mismo porcentaje para subproductos (décima primera); los volúmenes de producción se definirían al mes de suscrito el contrato (décima segunda); el procedimiento de servidumbres y derechos de terceros (décimo tercera y décimo cuarta); las garantías (décima quinta); responsabilidad del contratista (cláusula décima sexta); multas (décima séptima); las consecuencias de la mora por parte del contratista (décima octava); la devolución del área (décima novena); las obligaciones especiales del contratista de presentar todos los informes de iniciación oportuna de los trabajos, así como la facilitación del acceso de los funcionarios al área y a las oficinas del contratista (vigésima); la cesión del contrato (vigésima primera); la renuncia del contrato (vigésima segunda); la terminación del contrato, la cual podía darse por (a) expiración del plazo estipulado, (b) muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o disolución si es persona jurídica, (c) por incapacidad financiera, (d) por renuncia del contratista y (e) por la declaratoria de caducidad (vigésima tercera); la caducidad (vigésima cuarta, vigésima quinta y vigésima sexta); la revisión del contrato (vigésima séptima); inhabilidades e incompatibilidades (vigésima octava); el amojonamiento y reducción de la zona (vigésima novena); el valor del contrato se fijó en la suma de $14.000.000 (trigésima); las controversias quedaron sujetas a los tribunales nacionales (trigésima primera); los requisitos de perfeccionamiento y ejecución (trigésima segunda); la conservación de los bienes utilizados para la exploración y explotación (trigésima tercera); la interventoría (trigésima cuarta); la liquidación del contrato (trigésima quinta); la reversión de los bienes empleados en la exploración y explotación (trigésima sexta), y las direcciones de notificaciones (trigésima séptima).

3.1.5. El mismo 22 de noviembre de 1994 tomó posesión el señor Orlando Álvarez Pérez en el cargo de Gerente General de Mineralco S.A. (fl. 78, c. ppal, acta de posesión n.° 168).

3.1.6. El 24 de noviembre de 1994, la señora Ana Isabel Fajardo Garavito hizo entrega de la Gerencia General de Mineralco S.A. al señor Orlando Álvarez, en su calidad de nuevo Gerente (fls. 197 a 200, c. ppal).

3.1.7. El 29 de noviembre de 1994, el Secretario General del Ministerio de Minas y Energía remitió al Secretario General de Mineralco S.A. la copia del acta de posesión n.° 168 del 22 de noviembre del mismo año, por medio de la cual el señor Orlando Álvarez Pérez tomó posesión del cargo de Gerente General de la última entidad en mención. Lo anterior para los fines pertinentes (fl. 298, c. ppal).

3.1.8. El 24 de enero de 1995, mediante oficio n.° 75838, la Oficina Jurídica del Ministerio de Minas y Energía conceptuó sobre la validez del contrato aquí en estudio lo siguiente (fls. 44 y 45, c. ppal):

*A este respecto, el Código Contencioso Administrativo determina que los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta serán representados judicial y administrativamente, por un director, gerente o presidente de acuerdo con lo que se determine en su acto de creación. Para el caso MINERALCO, la representación estará a cargo del Gerente General, tal y como lo establecen los Decretos 1377 y 1376 del 29 de junio de 1999 y 788 del 19 de abril de 1994.*

*Por todo lo anterior podemos concluir,* (sic) *que los contratos en mención, fueron suscritos contra expresa prohibición legal.*

*Ante esta realidad, la administración debe dar cumplimiento al artículo 45 párrafo 2 del estatuto contractual, dando por terminados cada uno de los contratos en mención, mediante acto administrativo debidamente motivado y procediendo a su liquidación, en el estado en que se encuentren.*

3.1.9. El 4 de abril de 1995, la Oficina Asesora de Control Interno del Ministerio de Minas y Energía, después de acoger las conclusiones del concepto jurídico arriba citado, se las comunicó al Gerente General de Mineralco S.A. (fls. 46 a 52, c. ppal).

3.1.10. El 11 de abril de 1995, mediante resolución n.° 73, Mineralco S.A. terminó unilateralmente y ordenó la liquidación del contrato minero del 22 de noviembre de 1994 (fls. 36 y 37, c. ppal). En tal sentido, señaló:

*Que analizado jurídicamente el contrato se observa que se ha incurrido en causal de nulidad absoluta de acuerdo con lo establecido en la Ley 80, artículo 44, numerales* (sic) *2 que preceptúan: 2º “Que se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”; configurándose con este acto vicio de competencia por cuanto dicho contrato se firmó por un funcionario que en ese entonces no tenía facultad para ello ya que habían cesado sus funciones en calidad de tal.*

*Que de acuerdo con el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, en los empleos de libre nombramiento y remoción tales como la Gerencia General de Mineralco S.A., el nombramiento de un nuevo funcionario implica sin lugar a dudas la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña. A pesar que los contratos mineros se rigen preferencialmente por el Código de Minas, estos deben seguir los postulados generales de la contratación estatal.*

*Que de conformidad con lo establecido en la cláusula tercera del contrato suscrito el día 22 de noviembre de 1994, el término de duración del contrato se fijó en seis (6) años a partir de su perfeccionamiento de los cuales el primer año corresponde al periodo de exploración, de donde se deduce que el señor JAIRO GERMÁN GÓMEZ CARDOZO se encuentra a paz y salvo con la sociedad Minerales de Colombia S.A. Mineralco S.A. por concepto de contraprestaciones económicas.*

3.1.11. El 26 de mayo de 1995, por medio de la resolución n.° 98, Mineralco S.A., al resolver el recurso de reposición interpuesto por el actor, confirmó la decisión de terminar unilateralmente (fls. 16 a 18, c. ppal). Para el efecto, sostuvo:

*Que en el caso sub judice, tratándose de empleos de libre nombramiento y remoción, la designación de un nuevo funcionario, implica la cesación de las funciones desarrolladas por quien venía ejerciéndolas en su oportunidad y momento. Así las cosas, la permanencia de la necesidad y satisfacción por el empleado corresponde al principio de certeza y preexistencia de las funciones, como sustento jurídico presupuestado y organizado.*

*Que el día 22 de noviembre el doctor ORLANDO ÁLVAREZ PÉREZ tomó posesión del cargo como Gerente y representante legal de Mineralco S.A., fecha para la cual se suscribió el plurimencionado contrato, en donde participó la doctora ANA ISABEL FAJARDO GARAVITO, quien ya había perdido la potestad o poder como aptitud legal en relación contractual, pues en ella ya no radicaba la representación del ente jurídico y no podía obligarlo y comprometerlo por carecer de la competencia exigida para tal fin. Con esto, se sustentó a la luz del derecho, la declaratoria de nulidad absoluta, ya que el doctor ÁLVAREZ PÉREZ se encontraba vinculado por una relación legal y reglamentaria a la sociedad de la cual sería desde el día citado en líneas anteriores su directriz.*

*Que la oficina asesora de control interno del Ministerio de Minas y Energía, al realizar un estudio pormenorizado de los contratos suscritos con los señores JAVIER RICARDO ACERO PINTO Y GERMÁN GÓMEZ, determinó que fueron realizados contra expresa prohibición legal, de conformidad al contenido del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, toda vez que para la fecha en que se firmaron (noviembre 22 de 1994), el doctor ORLANDO ÁLVAREZ PÉREZ, había tomado posesión del cargo de Gerente General de la sociedad Minerales de Colombia S.A. Mineralco S.A., reemplazando así a la doctora ANA ISABEL FAJARDO GARAVITO, quien los suscribiera, sin ostentar la calidad de representante legal de las tantas veces mentada sociedad (comunicación n.° 81100 de abril 4 de 1995).*

3.1.12. El 30 de noviembre de 1995, a través de la resolución 0255 A, Mineralco S.A. declaró liquidado unilateralmente el contrato del 22 de noviembre de 1994. En tal sentido, señaló que como ese acuerdo se encontraba en etapa de exploración, en la cual no se causan contraprestaciones económicas, las partes estaban a paz y salvo (fls. 228 y 229, c. ppal).

3.1.13. El 8 de mayo de 1997, mediante oficio n.° 0668, el Jefe de la Oficina Jurídica de Mineralco S.A. le comunicó al apoderado del accionante que *“los señores JAIRO GERMÁN GÓMEZ CARDOZO y JAVIER RICARDO ACERO PINTO”, a pesar de habérseles liquidado sus contratos, se les conservó su derecho para que suscribieran nuevos contratos dentro de las mismas áreas, sin que estos jamás se presentaran a firmarlos”* (fl. 20, c. ppal). En esa misma dirección, en el oficio n.° 00250 del 26 de enero de 1999, la Secretaria General y Jurídica de MINERCOL Ltda., en respuesta al oficio librado por el *a quo* como consecuencia de las pruebas decretadas, informó que el contrato aquí cuestionado fue el único que se celebró dentro del área del aporte n.° 1237 (fl. 193, c. ppal).

3.1.14. El 19 de febrero de 2003, los peritos contador e ingeniero industrial rindieron la experticia solicitada por la parte actora para calcular el monto de los perjuicios materiales ocasionados por la imposibilidad de explotar el área asignada a través del contrato minero anulado (fls. 346 a 372, c. ppal).

3.1.14.1. En el dictamen se consignó (fl. 347, c. ppal):

*Como quiera que se solicita tasar los perjuicios ocasionados al demandante como consecuencia del acto administrativo que dio por terminado el contrato de manera unilateral el día 11 de abril de 1995, los suscritos peritos en aras de determinar el lucro cesante consolidado y futuro del proceso referenciado, procedimos solicitarle* (sic) *al departamento técnico industrial del Banco de la República, con sede en Santa Fe de Bogotá, nos certificara el valor del gramo oro desde el año 1995 a diciembre de 2002, con esta información calculamos el lucro consolidado, pero solo un año después, de la firma y perfeccionamiento del contrato, es decir a partir de abril de 1996 hasta diciembre del 2002. Lo anterior en razón de que el contrato establece que el primer año era de exploración y explotación. Posteriormente, proyectamos a futuro, lo que dejaría de recibirse en el periodo comprendido de enero del 2003 hasta noviembre del 2007, para de esta manera completar los 13 años establecidos en el contrato, de proyección en la producción de oro. Lo anterior en consideración a que la parte demandante solicita “la proyección cuantificada de producción de oro” en ese lapso de tiempo. Como podemos observar, el [B]anco de [R]epública certifica de manera diaria el valor del gramo oro, para todo el territorio nacional. En virtud a lo anterior, los suscritos peritos, consideramos que resultaba dispendioso y extenso calcular el lucro cesante consolidado y futuro día por día, por consiguiente, promediamos de manera mensual el valor gramo oro de la siguiente manera. Sumando el valor del gramo de todo el mes, y luego los dividimos entre 30 días para así obtener el valor promedio mensual del gramo oro.*

*Seguidamente, efectuaremos dos (2) liquidaciones, una consolidada y una futura. Para tal fin, elaboramos unas tablas a cinco (5) columnas, donde relacionamos los años a liquidar, el promedio mensual proyectado en onzas de oro, y por último el lucro cesante dejado de percibir de cada año.*

*La liquidación que seguidamente entramos a realizar, está basada en las siguientes proyecciones de estudios sobre producción de oro-*

|  |  |
| --- | --- |
| *Años*  | *Producción estimada* |
| *Año 1995* | *Exploración* |
| *Año 1996* | *15.000 onzas de oro* |
| *Año 1997* | *17.700 onzas de oro* |
| *Año 1998* | *19.740 onzas de oro* |
| *Año 1999* | *24.337 onzas de oro* |
| *Año 2000* | *29.205 onzas de oro* |
| *Año 2001* | *36.506 onzas de oro* |
| *Año 2002* | *36.506 onzas de oro* |
| *Año 2003* | *40.156.9 onzas de oro* |
| *Año 2004* | *40.156.9 onzas de oro* |
| *Año 2005* | *46.180.4 onzas de oro* |
| *Año 2006* | *46.180.4 onzas de oro* |
| *Año 2007* | *46.180.4 onzas de oro* |

En adelante, los peritos consignan los cuadros anunciados. Incorporan el promedio mensual de producción de oro con base en los valores anotados en el aparte transcrito, el cual resulta de dividir el valor del año por el número de meses (año 1995: 15.000 onzas / 12). El ejercicio final, entre lucro cesante consolidado y futuro, arrojó un total de $297.039.775.496.36 (fls. 348 a 356, c. ppal). El único respaldo que aportaron fueron los valores del gramo oro certificados por el Banco de la República (fls. 357 a 372, c. ppal).

3.1.14.2. Una vez se corrió traslado del anterior dictamen (fl. 374, c. ppal), las partes guardaron silencio (fl. 375, c. ppal).

3.1.15. El 28 de enero de 2005, mediante oficio n.° 501389, la Directora de Minas del Ministerio de Minas y Energía, al responder a un requerimiento efectuado por el *a quo* dentro de las pruebas decretadas, manifestó que no le era posible certificar la producción de metales preciosos en el área de aporte n.° 1237, ubicado en el municipio de San Martín de Loba, Bolívar, en tanto la explotación se hacía generalmente sin título minero, razón por la cual era técnicamente imposible determinar lo pedido (fls 383 y 384, c. ppal).

**3.2. De los cargos formulados: la falta de competencia**

3.2.1. En la demanda se cuestiona la falta de competencia de la demandada para terminar unilateralmente el contrato por nulidad absoluta y, además, si el funcionario público que suscribió el contrato minero tenía facultad para hacerlo.

3.2.2. El *a quo* consideró que los actos administrativos demandados eran nulos, en tanto, además de desconocer que quien firmó el contrato tenía plenas facultades para hacerlo, la entidad al proferirlos obró sin competencia, toda vez que la declaratoria de nulidad absoluta del contrato es del resorte exclusivo del juez.

3.2.3. En la alzada, la demandada estimó que el hecho de que se posesionara otro Gerente General el día de la firma del contrato era suficiente para demostrar la falta de competencia declarada en los actos administrativos demandados; por su lado, la parte actora solicitó que se condenara en concreto.

3.2.3. Teniendo en cuenta que la apelación fue interpuesta por ambas partes, la Sala abordará el análisis integral de la cuestión propuesta en la demanda.

3.2.4. En ese orden, precisa recordar que la falta de competencia radica en que una autoridad adopta una decisión sin estar legalmente facultada para ello y se configura la causal de nulidad cuando se desconoce cualquiera de los elementos que la componen, como, por ejemplo, cuando no se tiene atribución sustancial para la expedición de un acto jurídico (competencia material) o cuando este no puede dictarse sino dentro de determinada jurisdicción (competencia territorial) o cuando sólo se cuenta con un tiempo determinado para su expedición (competencia temporal)[[12]](#footnote-12).

Esta Sección ha recordado que la *“competencia de las autoridades estatales constituye un ingrediente vital del Estado de Derecho que nos rige y del cual es una manifestación el principio de legalidad, que impone límites a las actuaciones de aquéllas, consistentes en que los funcionarios estatales sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizados por la Constitución y la ley”*[[13]](#footnote-13)*.* Así lo impone el artículo 6 de la Constitución Política, según el cual los *“particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”* y el artículo 121 *ibídem* que dice que *“ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley”[[14]](#footnote-14)*.

Igualmente, esta Corporación ha considerado que el vicio por incompetencia es el más grave que puede afectar la validez de los actos administrativos[[15]](#footnote-15) y, por tal razón, el juez debe declarar siempre la nulidad del acto administrativo, incluso de manera oficiosa, porque cuando el acto es proferido en tales condiciones vulnera el derecho fundamental al debido proceso[[16]](#footnote-16).

3.2.5. En *el sub lite* conviene reiterar que el contrato aquí analizado es un contrato minero, cuya regulación se encontraba contenida en los artículos 48 a 55 y 78 a 92 del Decreto Ley 2655 de 1988, vigente para cuando se firmó el contrato en estudio, que regulaban los aportes mineros y los contratos mineros suscritos por entidades vinculadas al Ministerio de Minas y Energía, como ocurre en el *sub lite*.

3.2.5.1. Ahora, precisa recordar que los artículos 56 a 60 del Decreto Ley 2655 de 1988 regularon en términos generales los contratos mineros. Es así como en el artículo 58 se dispuso que en ese tipo de contratos *“no se aplicarían los principios de modificación, terminación e interpretación unilaterales regulados para los contratos administrativos ordinarios, y en estas materias, se regirán por lo previsto en sus correspondientes cláusulas”.* Por su parte, el artículo 52 del citado decreto, al regular la contratación de la exploración y explotación de un aporte minero[[17]](#footnote-17), dispuso que los contratos celebrados con terceros, en cuanto a sus características, condiciones y requisitos, se regularían por lo previsto en el capítulo IX de ese decreto, es decir, los artículos 78 a 92.

Es así como el artículo 79 del Decreto Ley 2655 de 1988, en su primer inciso, dispuso:

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

De lo hasta aquí expuesto *prima facie* puede concluirse que en los contratos mineros estaban proscritas las cláusulas exorbitantes, actualmente excepcionales, de modificación, terminación e interpretación unilaterales. Para el contrato en estudio, así lo disponían expresamente los artículos 58 y 79 del pluricitado decreto. El primero, al prohibir ese tipo cláusulas y, el segundo, además de calificarlos como administrativos, precisaba que no les resultaban aplicables las normas de la contratación administrativa ordinaria y se regulaban por las cláusulas acordadas por las partes.

En ese entendido, tampoco le resulta aplicable el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 que impone a las entidades estatales la terminación unilateral cuando se diera alguna de las causales de los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la citada ley.

En ese orden, una vez revisado el contrato minero en estudio, no se encontró que en sus estipulaciones se acordara la terminación unilateral del contrato por nulidad absoluta, aunque sí se pactaron causales de terminación (cláusula vigésima tercera) y de renuncia del contrato (cláusula vigésima segunda).

En suma, es claro que Mineralco S.A. carecía de la competencia material para terminar unilateralmente el contrato en estudio, toda vez que ni en la ley ni en sus estipulaciones quedó plasmada esa facultad. En consecuencia, ante la situación que se presentó se imponía a la demandada recurrir al juez del contrato para que declarara la nulidad absoluta.

En esos términos, la Sala confirmará la declaratoria de nulidad de los actos administrativos acusados.

3.2.5.2. Sin embargo, toda vez que lo probado en el proceso pone de presente la configuración de una nulidad absoluta del contrato por falta de competencia de quien lo suscribió y dado que se encuentran todas las partes del contrato, la Sala así lo declarará[[18]](#footnote-18). Vale precisar que si bien la Sección ha sostenido que la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato no está sometida al término de caducidad de la acción, en tanto “*el ejercicio de una potestad difiere sustancialmente del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir la declaración judicial...”;* no obstante, sí se impone la limitación contenida en el artículo 1742 del Código Civil “*que prevé el saneamiento de la nulidad por prescripción extraordinaria de 20 años[[19]](#footnote-19), aun cuando la misma se haya generado por objeto o causa ilícitos”[[20]](#footnote-20).* En ese orden, como la demanda se presentó el 16 de mayo de 1997, con lo cual se interrumpió el término de prescripción, es claro que para cuando se produce este fallo no ha operado ese fenómeno.

En el presente asunto está probado que el mismo día en que se firmó el contrato en estudio se posesionó el nuevo Gerente General de Mineralco S.A., esto es, el 22 de noviembre de 1994.

Ahora, respecto del régimen jurídico de Mineralco S.A., precisa señalar que el artículo 2 del Decreto 1376 de 1990[[21]](#footnote-21) prescribió:

*RÉGIMEN JURÍDICO. Mineralco S. A. estará sujeta, en el giro de las operaciones y actos que constituyen su objeto y actividades, según el artículo 3 de la Ley 2ª de 1990, a las normas del derecho común. En su condición de sociedad anónima estará regida por las normas propias de tales entidades del Código de Comercio. Además y sin perjuicio de su independencia patrimonial y autonomía administrativa y operativa, se someterá en lo pertinente a las normas de derecho administrativo que rijan a las empresas industriales y comerciales del Estado.*

De lo expuesto se tiene que el régimen jurídico de Mineralco S.A. (i) en relación con el giro de las operaciones y actos que constituían su objeto y actividades se regulaba por el derecho común; (ii) en su condición de sociedad anónima a las normas del Código de Comercio, y (iii) en lo pertinente a las normas que rigieran a las empresas industriales y comerciales del Estado.

A su vez, el artículo 13 del Decreto 1376 citado dispuso:

*GERENTE GENERAL. El Gerente General de la sociedad será agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción; tiene la calidad de empleado público y a su cargo la administración de la sociedad. De acuerdo con las normas legales vigentes, ejerce la personería y representación legal de la sociedad y puede previa autorización de la Junta Directiva, delegar dicho ejercicio y representación o determinadas funciones en los subgerentes y directores de oficinas regionales.*

De suerte que el Gerente General de Mineralco S.A. era un empleado público de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República y, por lo tanto, las normas que regulaban su vinculación y desvinculación eran de derecho público y no comerciales, como lo afirmó el a *quo*. Lo anterior al amparo de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968 prescribía que “*[l]as personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del estado son trabajadores oficiales*” y agrega la norma que a manera de excepción "*[l]os estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”*. Una norma similar fue recogida por el Decreto 1950 de 1973[[22]](#footnote-22).

Hasta aquí las normas citadas daban claridad sobre el régimen jurídico aplicable a la situación presentada con la desvinculación y vinculación del Gerente General.

En ese orden, si bien el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968[[23]](#footnote-23) reguló lo concerniente al manejo de personal de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales, dicha norma fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia, en tanto dejaba en manos de las juntas directivas de los establecimiento públicos y las empresas industriales y comerciales la regulación de ese tema, cuando el mismo era de competencia exclusiva del legislador o del ejecutivo, en su condición de legislador extraordinario[[24]](#footnote-24).

En ese orden, la norma general que regulaba las cuestiones de personal para las entidades públicas del orden nacional era el Decreto 1950 de 1973[[25]](#footnote-25), vigente para la fecha de los hechos, que en su artículo 107 dispuso:

*En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.*

*En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña.*

El inciso segundo regulaba lo que se ha denominado como insubsistencia tácita, es decir, que el hecho de nombrar a otra persona en un cargo de libre nombramiento y remoción implicaba la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempañaba. Vale aclarar que aunque el referido inciso fue suspendido provisionalmente por esta Corporación[[26]](#footnote-26), al resolver de fondo el asunto se revocó esa decisión, así[[27]](#footnote-27):

*El artículo 25 del Decreto 2400 de 1968 establece que la cesación definitiva de funciones se produce, entre otras causales, por declaración de insubsistencia del nombramiento, que es el mecanismo mediante el cual, y a través del ejercicio de la facultad discrecional de remoción, las autoridades nominadoras dejan sin efecto el nombramiento hecho a un funcionario público, con el propósito de poner fin a su vinculación laboral.*

*Consiste pues, la declaración de insubsistencia de un nombramiento, en la manifestación de voluntad de la administración de retirar del servicio público al funcionario, por razones de buen servicio.*

*La citada norma del Decreto 2400 de 1968, no especifica que la aludida declaración debe hacerse exclusivamente en forma expresa, esto es, a través de un acto administrativo que así lo disponga.*

*Por consiguiente, si el legislador no estipuló requisitos formales ni prescribió que la declaratoria de insubsistencia debiera ser expresa, el Presidente de la República en uso de la facultad que le otorga el numeral 3) del artículo 120 de la Constitución Política, podía disponer que tal declaratoria se entiende implícita en la designación de otra persona para ejercer el cargo ocupado por el empleado de libre nombramiento y remoción, sin que ello implique modificación a la ley ni inclusión de una nueva causal de retiro del servicio.*

*En los casos en que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento está supeditada a determinadas causases* (sic) *y por tanto debe estar motivada, como ocurre con la de los empleados escalafonados en carrera administrativa, es claro que la Administración no puede manifestar su voluntad de separarlo del servicio a través de la designación de una nueva persona en el mismo cargo, porque en este caso la insubsistencia deja de ser una medida discrecional y su ejercicio está condicionado al acaecimiento de ciertas circunstancias y con arreglo a procedimientos previstos en la normatividad respectiva.*

*Mas cuando se trata de funcionarios de libre nombramiento y remoción, nada impide que la Administración manifieste su voluntad de removerlos nombrando otro en su reemplazo. La insubsistencia del nombramiento en este evento, se da entonces mediante acto administrativo tácito contenido en el de designación de una nueva persona en ese cargo. Cuando la autoridad nominadora obra de esta manera, está indicando que su voluntad es la de declarar la insubsistencia del nombramiento del funcionario que lo desempeñaba.*

*Se tiene entonces que el mismo acto administrativo contiene el querer de la Administración en dos sentidos; uno que expresamente se manifiesta en él: Incorporación de un nuevo empleado; y otro implícito: la voluntad de despojar a quien ocupaba el cargo, de la investidura de funcionario público, puesto que legalmente para desempeñar un mismo empleo no pueden nombrarse dos personas.*

*Ningún concepto legal se opone a lo anterior. Por tanto, no puede considerarse que el inciso 2º. del artículo. 107 del Decreto 1950 de 1973 consagre una nueva causal de retiro del servicio o cesación definitiva de funciones; la causal sigue siendo la misma: insubsistencia del nombramiento expresada en forma diferente. Ello no constituye excepción a lo preceptuado en la ley, ni interpretación de la misma que la modifique sustancialmente; es simplemente una manera de hacerla operante.*

*La Sala considera que aún si no existiera la norma reglamentaria objeto de impugnación, la autoridad nominadora legalmente y con base en el artículo. 25 del Decreto 2400 de 1968, podría retirar del servicio público a un empleado mediante la designación de otra persona en el cargo que aquel desempeñaba.*

Igualmente, en la sentencia en cita, en relación con el argumento de la dignidad del ser humano, señaló que *“el simple hecho de reemplazar a un funcionario y declarar así tácitamente su insubsistencia, no implica quebranto de su dignidad ni de su patrimonio moral, pues de nada se le acusa; y las reglas de cortesía que la administración observe o deje de observar al darle a conocer esa decisión no vician de nulidad la facultad misma ni son controlables por la jurisdicción”[[28]](#footnote-28)*.

En esa misma dirección, esta Corporación ha precisado que los efectos de la insubsistencia tácita se concretan desde la posesión de la persona nombrada en el cargo, independientemente de si esa decisión se comunica o no al afectado. En tal sentido, se ha sostenido[[29]](#footnote-29):

*Así las cosas, el retiro del servicio de la P.* (sic) *actora se concretó a través de la figura de la insubsistencia tácita, contenida en el nombramiento de quien ocupó el primer puesto en la lista de elegibles para la provisión, por concurso de méritos, del cargo que la actora venía desempeñando en provisionalidad.*

*Resulta lógico, entonces, que la insubsistencia tácita de un nombramiento* ***produzca efectos a partir de la posesión de la persona nombrada en el cargo, independiente de que ello se comunique o no en forma expresa****.*

*En consecuencia, el hecho de que la administración en el segundo inciso de la comunicación acusada, le hubiera manifestado a la actora que su vinculación a la entidad terminaba en la fecha de la posesión de la persona nombrada, no implica decisión al respecto, pues si la administración hubiera omitido tal manifestación el efecto habría sido el mismo, desvinculación del servicio a partir de la posesión* (se destaca)*.*

Lo anterior pone en evidencia que la fecha en que se producen los efectos de la insubsistencia tácita es el momento en que se toma posesión del cargo por parte de la nueva persona nombrada. La explicación práctica de ese entendimiento descansa en que no pueden existir dos personas ocupando un mismo cargo. Además, el Decreto n.° 2559 del 18 de noviembre de 1994, por medio del cual se nombró al nuevo Gerente General de Mineralco S.A., ordenó su publicación (fl. 77, c. ppal), sin que se haya desvirtuado la presunción de veracidad frente a ese hecho ni que la misma no se hubiera efectuado.

Es claro entonces que para cuando se firmó el contrato en estudio, 22 de noviembre de 1994, la señora Ana Isabel Fajardo Garavito ya no fungía como Gerente General de Mineralco S.A., razón por la cual actuó desprovista de la competencia para actuar en representación de la demandada.

En ese orden, se está en presencia de un vicio de nulidad absoluta, en tanto supone la celebración de un contrato sin la observancia de las normas de competencia de derecho público arriba referidas, es decir, existe objeto ilícito[[30]](#footnote-30). Efectivamente, el artículo 1519 del Código Civil prescribe que esa irregularidad se verifica *“en todo lo que contraviene el derecho público de la nación”*. En esa misma dirección, la doctrina nacional ha explicado que la *“contrapartida pública de la capacidad es la competencia, la cual es determinante para la validez de las actuaciones del Estado. Las normas que la consagran son de orden público y, por ende, ni negociables ni renunciables. Lo dicho significa que cuando una persona actúa a nombre de una entidad oficial sin competencia, esto es, sin poder vinculante, el acto que profiera, no es válido, sino nulo por falta de competencia e imposible de sanear por ratificación. Aceptar que cualquier persona o funcionario puede comprometer a una entidad estatal mediante la ratificación ulterior de su actuación, conduce a la negación de toda la teoría pública que a lo largo del tiempo se ha estructurado sobre la competencia”*[[31]](#footnote-31).

3.2.5.3. Teniendo en cuenta que la consecuencia que se desprende de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato es la de las restituciones mutuas, se impone negar las pretensiones de restablecimiento de la demanda. En todo caso y en gracia de discusión, tampoco están probados los perjuicios. En efecto, no hay prueba del daño emergente, tal como dio cuenta el dictamen pericial, hasta el punto que se limitó a cuantificar el lucro cesante. Tampoco se aportaron elementos probatorios en tal sentido.

Y frente al lucro cesante, existe una manifestación del Jefe de la Oficina Jurídica de Mineralco, que no ha sido controvertida o desvirtuada, donde sostiene que *“los señores JAIRO GERMÁN GÓMEZ CARDOZO y JAVIER RICARDO ACERO PINTO”, a pesar de habérseles liquidado sus contratos, se les conservó su derecho para suscribieran nuevos contratos dentro de las mismas áreas, sin que estos jamás se presentaran a firmarlos”* (fl. 20, c. ppal, oficio n.° 0668 del 8 de mayo de 1997). En esa misma dirección, el oficio n.° 00250 del 26 de enero de 1999 de la Secretaria General y Jurídica de MINERCOL Ltda.[[32]](#footnote-32) da cuenta que el contrato aquí cuestionado fue el único que se celebró dentro del área del aporte n.° 1237 (fl. 193, c. ppal). Lo anterior pone en evidencia la intención de la demandada de paliar los efectos de la terminación unilateral, pero el accionante fue el que determinó el perjuicio causado.

Tampoco habrá lugar a las restituciones mutuas, en atención a la naturaleza de tracto sucesivo del contrato anulado. Efectivamente, así lo ha explicado esta Corporación[[33]](#footnote-33):

*Finalmente, respecto de las pretensiones tendientes a que se declare, como consecuencia de la nulidad del acto administrativo de caducidad del contrato No. 1431, que éste sigue vigente por el término estipulado de 2 años y a que se declare la nulidad de los contratos que hubiera podido celebrar la Industria Licorera de Caldas con otras personas para la distribución de sus licores en el Departamento de Bolívar, observa la Sala en primer lugar, que si bien la nulidad de los actos y contratos trae como consecuencia el volver las cosas a su estado inicial, es decir a aquel que tenían al momento de producirse éstos y en tal forma que las partes queden como si no hubieran existido el acto o contrato, tal y como lo estipula el artículo 1746 del C.C.C. al establecer que “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”, ello es así sólo en la medida en que sea posible volver las cosas a ese estado inicial y siempre que la ley así lo permita, por cuanto existen eventos excepcionales en los cuales no se da esta consecuencia, tal y como lo sostuvo la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de agosto de 1993:*

*“5. Pero ese efecto retroactivo de la declaración de nulidad admite excepciones, en primer lugar, cuando la nulidad proviene de un objeto o causa ilícita; en segundo lugar, cuando se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz omitiéndose los requisitos que la ley exige y, en tercer lugar, por razones de interés público.*

*“Las dos primeras excepciones están contempladas en los artículos 1525, 1746 y 1747 del Código Civil. La primera disposición prohíbe repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud, y la segunda, en igual forma, lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho éste más rico.*

*“La tercera excepción viene impuesta por las necesidades del servicio público, dada la primacía del interés social por sobre el particular, establecida en el artículo 58 de la Constitución Nacional (antes art. 30). Siendo, como es, la propiedad una función social, al tenor de la disposición constitucional, debe ceder frente al interés general, por lo cual no siempre es conducente la acción restitutoria o reivindicatoria, sino una sustitutiva de carácter compensatorio”.*

*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; en palabras de la doctrina:*

*“naturalmente es imposible para los contratos de ejecución sucesiva, por lo menos para aquellos que son verdaderos contratos de ejecución sucesiva, hacer producir a la nulidad un efecto retroactivo. En efecto, desde el día de la celebración del contrato hasta el día de su anulación declarada judicialmente, es posible que el contrato se haya ejecutado sobre la base de la apariencia de su validez, que no está conforme con la realidad. Pero no es posible borrar para el pasado la ejecución de ciertas obligaciones creadas por un contrato de ejecución sucesiva. Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento, es imposible borrar la ejecución de las obligaciones del arrendador en favor del arrendatario. En efecto, el arrendatario ha entrado a disfrutar del lugar y ha ocupado en realidad el inmueble alquilado durante cierto tiempo. Lógicamente, si la nulidad produce un efecto retroactivo y lleva a pensar que nunca ha habido contrato, sería necesario admitir que el arrendatario tiene derecho a reclamar del arrendador el reembolso de los alquileres pagados durante el período correspondiente a la ocupación. Pero también hay que ver que el arrendador ha estado privado del inmueble durante este período y sería injusto no permitirle conservar los alquileres correspondientes al período de goce del arrendatario.*

*“Para algunos autores, no habría verdaderamente excepción a la retroactividad de la nulidad, porque no es posible derogar el principio según el cual lo que es nulo no puede producir ningún efecto. Por lo tanto, habrá simplemente una derogación de la regla que ordena que se proceda a repeticiones, a nombre de la equidad. (...) el juez (...), lo único que haría sería pronunciarse sobre una indemnización justa y equitativa, la cuan no es un alquiler o la remuneración prevista en el contrato de trabajo. (...).*

*“En realidad estaríamos próximos al enriquecimiento sin causa, pues que la indemnización tiene por objeto evitar un enriquecimiento injustificado del arrendatario o del empleador”*

*Y precisamente, ese es el caso del contrato sobre el cual versa la presente litis, en el cual, por ser de tracto sucesivo y haberse ejecutado las prestaciones en el transcurso del tiempo, resulta imposible volver las cosas al estado que tenían cuando se profirió el acto administrativo de caducidad, por cuanto no es factible que el contratista devuelva el licor que compró y distribuyó en el Departamento de Bolívar, y por lo tanto, no sería justo ordenar a la entidad contratante, la restitución de los pagos que por tal concepto efectuó aquel; por otra parte, tampoco hay lugar a declarar que continúa vigente el contrato, puesto que las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debió ejecutarse el mismo han variado, y no se pueden desaparecer todas las circunstancias y hechos que surgieron con ocasión de la caducidad del contrato.*

De igual forma, en gracia de discusión, no hay prestaciones por restituir, toda vez que el contrato se encontraba en etapa de exploración y es claro que para ese momento no se habían generado contraprestaciones para las partes y, además, el accionante tampoco demostró las inversiones efectuadas, aunque solicitó una inspección judicial con intervención de peritos al área del contrato minero para el efecto, pero no se pudo llevar a cabo por razones de orden público, sin que se cuestionara la suerte de esa prueba ni se insistiera en la misma (fls. 157 a 192, c. ppal); sin embargo, la Sala ordenará la restitución del área entregada a través del contrato minero anulado, si es que esto no se ha hecho.

**3.3. Costas**

No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

1. **LA DECISIÓN**

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**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia del 28 de febrero de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, la cual quedará así:

***PRIMERO: DECLARAR*** *la nulidad de las resoluciones n.°s 73 y 98 del 11 de abril y 26 de mayo, ambas de 1995, por medio de las cuales Minerales de Colombia S.A., Mineralco S.A., terminó unilateralmente el contrato minero del 22 de noviembre de 1994, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.*

***SEGUNDO: DECLARAR*** *la nulidad del contrato minero del 22 de noviembre de 1994 suscrito entre Mineralco S.A. y el señor Jairo Germán Gómez Cardozo, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.*

***TERCERO: DECLARAR*** *la nulidad de las anotaciones del Registro Minero correspondientes al contrato mencionado en el numeral anterior y ordenar la restitución del área entregada a través del contrato minero anulado, si es que esto no se ha hecho.*

***CUARTO:*** *Sin restituciones mutuas, de acuerdo con la parte considerativa de esta sentencia.*

***QUINTO: NEGAR*** *las demás pretensiones de la demanda.*

***SEXTO:*** *Sin costas.*

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no está demostrada su causación.

**TERCERO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Presidenta

**RAMIRO PAZOS GUERRERO DANILO ROJAS BETANCOURTH**

 Magistrado Magistrado

EFECTOS DE LA INSUBSISTENCIA TÁCITA DE FUNCIONARIO / ACTO DE POSESIÓN DE FUNCIONARIO – Efectos / NULIDAD DE CONTRATO POR VICIO DE COMPETENCIA – No acreditada / NULIDAD OFICIOSA DE CONTRATO MINERO POR VICIOS DE COMPETENCIA – Improcedente

[E]n la decisión se asumió que *“…cuando se firmó el contrato en estudio, 22 de noviembre de 1994, la señora Ana Isabel Fajardo Garavito ya no fungía como Gerente de Mineralco S.A.”*, sin respaldo probatorio, toda vez que el solo hecho de que la firma del contrato y la posesión del nuevo funcionario ocurriera el mismo día no demuestra que esta última antecedió al perfeccionamiento del negocio, como lo sostiene la posición mayoritaria de la que disiento (…) [N]o resulta posible que se atribuyan afectos retroactivos al acto de posesión, para desconocer la validez de negocios jurídicos constituidos previamente. Sin dudas, el ordenamiento no atribuye esos efectos a la posesión del funcionario público.

CONSEJO DE ESTADO

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 13001-23-31-000-1997-12282-01(33611)**

**Actor: JAIRO GERMÁN GÓMEZ CARDOZO**

**Demandado: SOCIEDAD MINERALES DE COLOMBIA - MINERALCO S.A.**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

**SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Con el debido respecto, expongo a continuación las razones por las que me aparto de la decisión de anular *ex officio* el contrato minero suscrito, el 22 de noviembre de 1994, entre Mineralco S.A. y el actor, en cuanto no se acreditó la falta de competencia invocada por la posición mayoritaria.

Es pertinente señalar que comparto la decisión de acceder a las pretensiones de nulidad de las resoluciones n.° 73 y 78 de 1995, en cuanto expedidas sin competencia por la entidad demandada, empero disiento de la nulidad del contrato declarada de oficio, habida cuenta que el negocio se suscribió por el funcionario competente, sin que se haya acreditado lo contrario.

Como se expuso en la decisión, conforme con la reiterada jurisprudencia de la Corporación, los efectos de la insubsistencia tácita del funcionario se producen a partir del –se destaca- ***“…momento en que se toma posesión del cargo*** *por parte de la nueva persona nombrada”*.

Criterio cuya aplicación requiere que se acredite el momento en que tuvo lugar la posesión, porque, precisamente, a partir de entonces, no antes, puede concluirse la cesación del funcionario sustituido.

Empero, apartándose de ese criterio, en la decisión se asumió que *“…cuando se firmó el contrato en estudio, 22 de noviembre de 1994, la señora Ana Isabel Fajardo Garavito ya no fungía como Gerente de Mineralco S.A.”*, sin respaldo probatorio, toda vez que el solo hecho de que la firma del contrato y la posesión del nuevo funcionario ocurriera el mismo día no demuestra que esta última antecedió al perfeccionamiento del negocio, como lo sostiene la posición mayoritaria de la que disiento.

Es que no es dable el entendimiento en el sentido de que la voluntad de la entidad pública, declarada a través del funcionario competente, se invalida por el hecho de que en el transcurso del mismo día ese funcionario sea sustituido, como lo entiende la posición mayoritaria de la que me aparto. Ello es así, porque no resulta posible que se atribuyan afectos retroactivos al acto de posesión, para desconocer la validez de negocios jurídicos constituidos previamente. Sin dudas, el ordenamiento no atribuye esos efectos a la posesión del funcionario público.

En síntesis, en el *sub lite* se declaró la nulidad del contrato con fundamento en una suposición, carente de respaldo probatorio.

Siendo así, lo procedente tenía que ver con que se decidiera sobre la indemnización de perjuicios, demandada con fundamento en el hecho de haberse terminado el contrato al margen de las competencias de la entidad demandada.

En los términos anteriores dejo consignado mi salvamento.

Fecha *ut supra*.

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Consejera de Estado**

1. El accionante solicitó la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, la cual fue resuelta por el *a quo* negativamente a través del auto del 4 de febrero de 1998 (fls. 90 a 92, c. ppal). [↑](#footnote-ref-1)
2. Cabe aclarar que mediante auto del 10 de octubre de 2000, el *a quo* corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 274, c .ppal). En esa oportunidad, las partes presentaron oportunamente sus alegaciones, en el sentido de reiterar los argumentos de la demanda y la contestación, respectivamente (fls. 316 a 331, c. ppal); sin embargo, mediante auto del 23 de septiembre de 2003, declaró la nulidad del auto del 10 de octubre citado, toda vez que habían pruebas sin practicar y, en su lugar, volvió a brindar la oportunidad a las partes para alegar de conclusión, sin que estas se pronunciaran (fls. 376 a 378, c. ppal). [↑](#footnote-ref-2)
3. La parte demandada presentó su recurso el 6 de marzo de 2006. [↑](#footnote-ref-3)
4. La parte actora presentó el recurso el 3 de abril de 2006. [↑](#footnote-ref-4)
5. Auto del 31 de agosto de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio (fls. 484 a 486, c. ppal, 2ª instancia). [↑](#footnote-ref-5)
6. El artículo 1 de la Decreto 1376 de 1990, expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias contenidas en el artículo 9 de la Ley 2 de 1990, disponía: *“NOMBRE, NATURALEZA Y DOMICILIO La sociedad Minerales de Colombia S. A. -que en el giro de todos sus actos y operaciones podrá identificarse simplemente con la razón social "Mineralco S. A."- será una sociedad anónima del orden nacional, perteneciente al sector minero, vinculada al Ministerio de Minas y Energía. Será un organismo dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Su capital es estatal y su duración indefinida. Su domicilio principal será la ciudad de Bogotá, pero podrá establecer sucursales, unidades o dependencias en cualquier lugar del país o en el exterior”.* [↑](#footnote-ref-6)
7. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 19 de julio de 2010, exp. 36.255, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Ibíd.* [↑](#footnote-ref-8)
9. La cuantía del presente asunto se calculó en 11.906.714.04 gramos de oro, como pretensión por lucro cesante (fl. 4, c. ppal). Para el momento de la presentación de la demanda, 16 de mayo 1997 (fl. 14, c. ppal), equivalían a $136.938.760.973 (el valor de compra del oro para ese día era ($11.500.97). De lo anterior se desprende con claridad la vocación de doble instancia del presente asunto.

 [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-10)
11. El referido aporte fue autorizado por el Ministerio de Minas y Energía a través de la resolución n.° 1745 del 10 de junio de 1988 (fls. 40 a 43, c. ppal). [↑](#footnote-ref-11)
12. Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de junio de 2008, exp. 25000-23-25-000-2000-02814-01(0316-05), M.P. Jesús María Lemos Bustamante. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2006, exp. 13.414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-13)
14. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 3 de octubre de 2012, exp. 26.140, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 1999, exp. 10.196, M.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-15)
16. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 16.367, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-16)
17. El artículo 48 del Código de Minas, Decreto Ley 2655 de 1988, definía los aportes como: *“El aporte minero es el acto por el cual el Ministerio otorgará en sus entidades adscritas o vinculadas que tengan entre sus fines la actividad minera, la facultad temporal y exclusiva de explorar y explotar los depósitos o yacimientos de uno o varios minerales que puedan existir en un área determinada”*. [↑](#footnote-ref-17)
18. Sobre las exigencias para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de agosto de 2006, exp. 31.354, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, reiterada por la Subsección, en sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp. 31.115, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-18)
19. Cita original: *“Se precisa que si bien es cierto que la ley 791 de 2002, art. 1, redujo estos términos a 10 años, la misma no es aplicable al caso que se analiza, puesto que el contrato materia de evaluación se celebró con anterioridad a su vigencia”*. La Sala hace suya esa precisión, en tanto resulta aplicable al presente asunto. [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 12.249, M.P. Alier Hernández Enríquez; reiterada por la misma Sección en sentencia del 16 de febrero de 2006, exp. 13.414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-20)
21. Por medio del cual se expidieron los estatutos básicos de organización y funcionamiento de Mineralco S. A., los cuales fueron aprobados a través del Decreto 788 de 1994. [↑](#footnote-ref-21)
22. Por medio del cual se reguló la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa. El inciso segundo del artículo 3 del decreto en cita dispuso: *“Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos”.* [↑](#footnote-ref-22)
23. Esa norma prescribía: *“Las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de expedición del presente Decreto, elaborarán para aprobación del Gobierno el proyecto de estatuto de su personal en el que se determinen las condiciones para la creación, supresión y fusión de cargos y de acceso al servicio; las situaciones administrativas y el régimen disciplinario; el campo de aplicación de la Carrera Administrativa y los correspondientes procedimientos; lo mismo que todo lo referente a la clasificación y remuneración de los empleos, primas o bonificaciones, gastos de representación, viáticos, horas extras, prestaciones sociales y requisitos para el otorgamiento de comisiones en el interior o en el exterior del país”*. [↑](#footnote-ref-23)
24. Sentencia del 13 de diciembre de 1972, vista en: https://www.redjurista.com/documents/s0018\_72.aspx#/viewer1. En esa oportunidad, se dijo: *“El Artículo 38 del decreto 3130 de 1968, impugnado por el actor, entrega a las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, la elaboración del estatuto de su personal, el cual comprende la creación, supresión y fusión de cargos y de acceso al servicio; las situaciones administrativas y el régimen disciplinario; el campo de aplicación de la carrera administrativa y los correspondientes procedimientos; lo mismo que todo lo referente a la clasificación y remuneración de los empleos, primas y bonificaciones, gastos de representación, viáticos, horas extras, prestaciones sociales y requisitos para el otorgamiento de comisiones en el interior o en el exterior del país.* *// 2. Aprobado el estatuto por el Gobierno, este adquiere plena vigencia y produce todos los efectos legales del caso.* *// 3. En estas condiciones, aparecen tales juntas o consejos directivos ejerciendo atribuciones, que como se ha visto, corresponden, privativamente, al Congreso como legislador ordinario, o al Presidente de la República, como legislador extraordinario. Era éste, el que en desarrollo de las facultades extraordinarias que le otorgó la ley 65 de 1967, debía expedir el estatuto en cuestión, por lo menos con las normas esenciales referentes a todas y a cada una de las materias incluidas en el artículo 38 del decreto 3130 (…)”*. [↑](#footnote-ref-24)
25. Vale recordar que el objeto de esa norma era regular la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa. [↑](#footnote-ref-25)
26. Sobre el particular la sentencia que se cita en el pie de página siguiente refiere a esa decisión en los siguientes términos: *“Mediante providencia de 10 de abril de 1987 se admitió la demanda y en atención a la solicitud del accionante se suspendió provisionalmente la norma acusada, en consideración a lo siguiente: "de la sencilla comparación entre el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968* [este artículo señala las causales del retiro del servicio, entre ellas, la insubsistencia] *y la norma acusada , se obtiene la conclusión de que ciertamente esta quebrantó la primera, al crear una modalidad inexistente en la ley para que se configure la cesación definitiva de funciones de los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, consistente en la designación de una nueva persona en el respectivo cargo. // No se requieren otras consideraciones para advertir la violación manifiesta que se denuncia por el demandante y, consecuentemente, para que deba ordenarse la medida solicitada”*. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 23 de julio de 1990, exp. 2499, M.P. Clara Forero de Castro. [↑](#footnote-ref-27)
28. *Ibíd.* [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 7 de abril de 2005, exp. 25000-23-25-000-1999-06511-01(1999-04), M.P. Tarsicio Cáceres Toro. En esa oportunidad, se juzgaba la comunicación por medio de la cual la entidad pública le informó a una empleada que desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción del nombramiento de otra persona en su cargo. En esa oportunidad, la Sección Segunda se inhibió para fallar de fondo, toda vez que esa comunicación no era pasible de acción, en tanto era un acto administrativo de trámite. [↑](#footnote-ref-29)
30. En el mismo sentido ver: Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp. 31.151, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-30)
31. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, Legis Editores S.A., 2ª edición, 2003, Bogotá, p. 52. [↑](#footnote-ref-31)
32. creada con ocasión de la fusión de Minerales de Colombia S. A., Mineralco S. A. y la Empresa Colombiana de Carbón Ltda., Ecocarbón Ltda., ordenada mediante Decreto 1679 de junio 27 de 1997. [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2006, exp. 13.414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. Reiterada por la Subsección B, en sentencia del 28 de mayo de 2015, exp. 8.254, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-33)