

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – inexistencia del contrato – formalidad del contrato estatal – formalidad escrita

Esta formalidad escrita, *ad substantiam actus*, del contrato estatal sometido al EGCAP implica que, en ausencia de escrito, sencillamente el contrato no se ha perfeccionado: es inexistente

Lo anterior quiere decir, según la doctrina y la jurisprudencia de esta corporación, que el negocio no cuenta con efecto alguno: no hay trascendencia jurídica para el acto físico. Todas las consecuencias que pudo haber tenido ese hecho no tienen un respaldo en el mundo jurídico, sino exclusivamente en la realidad social; permanecen sin efecto alguno en la juridicidad.

En el caso, esto es precisamente lo que ha acaecido, las partes no han elevado el contrato a escrito. Ha faltado una solemnidad sustancial para la existencia del acto. Tanto en la demanda, como en la contestación, el Municipio y el Consorcio relataron que nunca celebraron el contrato por escrito. En adición, en las pruebas arrimadas al expediente no obra un contrato suscrito por las partes.

[...]

A la luz de lo anterior, ante la inexistencia de un contrato, no resultaba procedente el medio de control de controversias contractuales, pues este solamente puede ser incoado por *“las partes de un contrato del Estado”*. En este punto es importante hacer notar que el medio de control de controversias contractuales puede ser presentado para que se declare la existencia del contrato. Ello no ocurrió en este caso. No obstante, como es obvio, para que la pretensión de declaración de existencia sea exitosa se requiere la verificación de todos los elementos exigidos para ello en el ordenamiento. Tal evento ocurriría, por ejemplo, en un subsistema donde prime el consensualismo, en el cual sería suficiente la verificación de las dos voluntades concurrentes para su existencia. Ocurre así, por regla general, en los regímenes sometidos al derecho privado, en donde no se requiere la formalidad escrita para el perfeccionamiento del contrato; con excepciones para ciertos tipos contractuales.

Ahora bien, la Sala no pasa por alto que existe un supuesto en el que expresamente se permite entender que la oferta más su aceptación constituyen el contrato escrito: la mínima cuantía. El artículo 2.5.d de la Ley 1150 de 2007 prescribe: *“d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituye para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal”*. Sin embargo, constituye esta una regla de excepción en el régimen contractual público y no la regla general. Por lo mismo, no puede hacerse de ella una interpretación extensiva o analógica, pues ello sería contrario a, y en desmedro de, la regla general establecida en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993.



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 11 de septiembre de 2024

Radicación: 76001-23-33-000-2017-01359-01 (69240)
Demandante: Consorcio de Servicios de Tránsito y Transporte
Demandada: Municipio de Ginebra
Referencia: Controversias contractuales – Nulidad y restablecimiento del derecho

Temas: controversias contractuales – existencia del contrato – inexistencia del contrato – formalidad del contrato estatal – formalidad escrita – nulidad y restablecimiento del derecho de actos administrativos expedidos en relación con un contrato inexistente – caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

Síntesis: Un contratista solicitó la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad de un contrato de concesión que, según la entidad, había sido incumplido gravemente por este. La solicitud de nulidad se fundó, entre otras razones, en la infracción de las normas en que debía fundarse y la falsa motivación.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la Sentencia proferida el 31 de marzo de 2022 por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca¹, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Contenido: 1. Antecedentes. 2. Consideraciones. 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante. 1.2. Posición de la parte demandada. 1.3. Sentencia de primera instancia. 1.4. Recurso de apelación.

1.1. Posición de la parte demandante

1. El Consorcio Tránsito y Transporte de Ginebra (en adelante el Consorcio) presentó **demanda**², en ejercicio del medio de control de **controversias contractuales**, en contra del municipio de Ginebra- Valle del Cauca (en adelante el Municipio), con las siguientes **pretensiones** (se transcribe):

1. Que se declare la Nulidad de las resoluciones 286 de 13 de octubre de 2016, por medio de la cual se declaró el incumplimiento del contrato de concesión 1 de 2012 y se dispuso la caducidad del mismo y 287 de

¹ El Consejo de Estado es **competente** para conocer del presente asunto, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en un proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

² El 4 de septiembre de 2017, expediente electrónico cuaderno principal.

Radicación: 76001-23-33-000-2017-01359-01 (69240)
Demandante: Consorcio de Servicios de Tránsito y Transporte
Demandada: Municipio de Ginebra
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca la Sentencia

13 de octubre de 2016, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición contra la resolución 286 de 13 de octubre de 2016.

2. En consecuencia, de lo anterior, se condene al Municipio de Ginebra a:

2.1. Pagar a mi representada el pago de la indemnización de los perjuicios sufridos por el Consorcio Tránsito y Transporte de Ginebra (...) suma que asciende a \$3.145.664.564 de pesos (...)

2.3. Pagarle al demandante por perjuicios morales al suma de \$3.854.335.436 de pesos, teniendo en cuenta que la Alcaldía de Ginebra mediante los actos administrativos que declararon la terminación y caducidad del contrato de concesión, impuso al Consorcio una inhabilidad de 5 años para contratar con el Estado".

2. La parte demandante basó sus pretensiones, en síntesis, en los siguientes **hechos**:

3. 1) El Municipio adelantó un proceso de selección mediante licitación pública con el fin de "celebrar el contrato de Concesión cuyo objeto era el de implementar, operar y mantener el sistema integral de información sobre trámites y comparendos; manejar y expedir las especies venales; prestar el servicio de registro de automotores, conductores, infractores, tarjetas de operación, licencias de conducción y tránsito de empresas y vehículos de transporte público particular, oficial" entre otros.

4. 2) El 21 de diciembre de 2012, el alcalde del Municipio, mediante acto administrativo, aceptó la Oferta LP-001 de 2012 presentada por el Consorcio.

5. 3) "Si bien es cierto entre las partes no se suscribió formalmente contrato de concesión, lo cierto es que en el documento suscrito por el señor Alcalde Municipal de Ginebra se estableció que este y la oferta presentada constituían para todos los efectos el contrato celebrado".

6. 4) Con un oficio, 125-19-61, de 8 de septiembre de 2016, suscrito por el Director Operativo de Comunicaciones y Participación Ciudadana de la Contraloría Departamental, se remitió el informe final de la queja promovida por un Concejal, en la que se denunciaron presuntas irregularidades por la aceptación de la oferta en la licitación que dio origen a este proceso.

7. 5) Con base en el informe de la Contraloría Departamental, el Municipio citó al Consorcio a audiencia pública para debatir sobre el incumplimiento y la caducidad del contrato LP-001-2012.

8. 6) El 11 de octubre de 2016 se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En desarrollo de la audiencia se leyó el informe de la Contraloría y un informe de supervisión, no se cumplió con lo establecido en el artículo 86 citado, y se negaron las pruebas solicitadas por el Consorcio.

9. 7) El Municipio declaró la caducidad del contrato, mediante la Resolución 286 de 13 de octubre de 2016. En el mismo acto se declaró el

Radicación: 76001-23-33-000-2017-01359-01 (69240)
Demandante: Consorcio de Servicios de Tránsito y Transporte
Demandada: Municipio de Ginebra
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca la Sentencia

incumplimiento, se ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento y la cláusula penal pecuniaria. Además, se determinó que el acto inhabilitaba al contratista por el término de 5 años.

10. 8) El 13 de octubre de 2016, en la misma fecha del acto recurrido, se confirmó, mediante la Resolución 287 de 2016, la decisión adoptada en la Resolución 286 de 2016.

11. En el aparte de fundamentos de derecho de las pretensiones, la parte demandante indicó que los actos demandados eran nulos pues (1) hubo infracción de las normas en que debían fundarse por desconocimiento de los presupuestos para declarar la caducidad; (2) el acto infringió las normas en que debía fundarse, pues se desconoció el procedimiento para la declaratoria de caducidad contenido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; (3) se vulneró el debido proceso, particularmente el derecho de audiencia y defensa; (4) fueron expedidos con falsa motivación, ya que no se configuraron los supuestos para la declaratoria de la caducidad.

1.2. Posición de la parte demandada

12. El Municipio **contestó la demanda**³ y solicitó que se negaran las pretensiones. Los argumentos pueden resumirse de la siguiente manera:

13. Las partes no suscribieron un contrato. Aun cuando es cierto que el alcalde suscribió un documento "aceptando la oferta", ese documento no constituye un contrato.

14. En adición, el Concejo Municipal no autorizó la celebración del Contrato de Concesión, lo que resultaba necesario de conformidad con las normas vigentes, particularmente el artículo 32 de la Ley 136 de 1994.

15. Con base en lo anterior, en el acápite denominado "excepciones de mérito" se propusieron las excepciones de "nulidad absoluta"; e "inexistencia del contrato de concesión". De igual manera, se presentaron argumentos por los cuales resultaba improcedente la restitución entre las partes.

1.3. Sentencia recurrida

16. El 31 de marzo de 2022, el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca profirió **Sentencia**⁴, en la cual accedió parcialmente a las pretensiones. La decisión fue adoptada, en síntesis, con base en los siguientes argumentos:

³ Expediente digital, cuaderno principal.

⁴ Expediente digital, cuaderno principal.

Radicación: 76001-23-33-000-2017-01359-01 (69240)
Demandante: Consorcio de Servicios de Tránsito y Transporte
Demandada: Municipio de Ginebra
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca la Sentencia

17. El Municipio no otorgó las oportunidades procedimentales adecuadas al Consorcio para defenderse. La comunicación no estuvo acompañada por los informes, no cumplió con lo ordenado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, no se corrieron los traslados en debida forma y se negaron las solicitudes de pruebas tendientes a defender al Consorcio.

18. Adicionalmente, el Tribunal consideró que la declaratoria de caducidad estuvo fundada en motivos que también eran atribuibles al Municipio. Además, algunos de esos eventos eran anteriores a la ejecución del contrato, por lo que no constituían incumplimiento grave del contrato. Todo lo anterior, para el Tribunal, constituyó además una violación del derecho de audiencia y defensa y era motivo para declarar la nulidad de los actos demandados.

19. A continuación, se puede leer la parte resolutive de la Sentencia recurrida (se transcribe):

*"PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de los actos administrativos contenidos en i) la Resolución 286 de 13 de octubre de 2016 (...); y (ii) la Resolución 287 de 13 de octubre de 2016 (...)
SEGUNDO: CONDÉNASE en abstracto al Municipio de Ginebra (...) a pagar a la demandante, por concepto de indemnización derivada de la declaratoria de caducidad, para cuya liquidación se deberán tener como base aspectos tales el flujo operacional correspondiente a los años 2016 y 2022 (...).*

1.4. Recurso de apelación

20. La parte demandada presentó **recurso de apelación**⁵ en contra de la Sentencia de primera instancia. Los argumentos, en síntesis, fueron:

21. El Tribunal vulneró el principio de congruencia de la Sentencia, pues no se pronunció de fondo sobre las excepciones de inexistencia y nulidad del contrato. Al respecto reiteró los motivos por los cuales consideraba que se configuraba la inexistencia y la nulidad del contrato.

22. Con base en lo anterior, puso de presente que la existencia de un contrato era un presupuesto para el ejercicio del medio de control de controversias contractuales, y eso no ocurrió en el presente caso.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Análisis sustantivo. 2.2. Sobre la condena en costas.

2.1. Análisis sustantivo

23. La Sala revocará la decisión del Tribunal Administrativo de Valle del Cauca y en su lugar declarará la inexistencia del contrato, propuesta como

⁵ Expediente digital Samai índice 43 del proceso en primera instancia.

Radicación: 76001-23-33-000-2017-01359-01 (69240)
Demandante: Consorcio de Servicios de Tránsito y Transporte
Demandada: Municipio de Ginebra
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca la Sentencia

excepción por la parte demandada, y la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. En síntesis, el contrato nunca se suscribió, ni se elevó a escrito, y esta era una formalidad necesaria para su existencia. Ante la ausencia de contrato, no resulta procedente el medio de control de controversias contractuales. El medio de control procedente es la nulidad y restablecimiento del derecho, pero al momento de la presentación de la demanda ya había operado el fenómeno de la caducidad, pues habían transcurrido más de 4 meses desde la notificación de los actos demandados.

24. El contrato que pretendía celebrar el municipio de Ginebra, Valle del Cauca, era un contrato de concesión. Debido a que el Municipio es una entidad estatal, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, y no se observa ninguna causa, de tipo subjetivo u objetivo, que excluya la aplicación del Estatuto, se trata, entonces, de un contrato sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP).

25. Lo anterior implica, además de los deberes precontractuales relacionados con la planeación y la modalidad de selección, que el contrato estatal debe constar por escrito. Los contratos sometidos al EGCAP son contratos solemnes. Sobre el particular los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 preceptúan:

ARTÍCULO 39. DE LA FORMA DEL CONTRATO ESTATAL. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

(...)

ARTÍCULO 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

(...) (negrillas y cursivas fuera de texto)

26. Esta formalidad escrita, *ad substantiam actus*, del contrato estatal sometido al EGCAP implica que, en ausencia de escrito, sencillamente el contrato no se ha perfeccionado: es inexistente.

27. Lo anterior quiere decir, según la doctrina⁶ y la jurisprudencia⁷ de esta corporación, que el negocio no cuenta con efecto alguno: no hay trascendencia jurídica para el acto físico. Todas las consecuencias que pudo haber tenido ese hecho no tienen un respaldo en el mundo jurídico, sino exclusivamente en la realidad social; permanecen sin efecto alguno en la juridicidad.

⁶ Fernando Hinestrosa Forero, Tratado de las obligaciones, Volumen II: las fuentes de las obligaciones: Negocio Jurídico, Tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, páginas 689 y siguientes.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 30 de abril de 2012, Exp. 21699.

Radicación: 76001-23-33-000-2017-01359-01 (69240)
Demandante: Consorcio de Servicios de Tránsito y Transporte
Demandada: Municipio de Ginebra
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca la Sentencia

28. En el caso, esto es precisamente lo que ha acaecido, las partes no han elevado el contrato a escrito. Ha faltado una solemnidad sustancial⁸ para la existencia del acto⁹. Tanto en la demanda, como en la contestación, el Municipio y el Consorcio relataron que nunca celebraron el contrato por escrito. En adición, en las pruebas arrojadas al expediente no obra un contrato suscrito por las partes.

29. En el expediente solamente obra la adjudicación¹⁰ y un acto denominado "aceptación de la oferta"¹¹. Sobre el particular la Sala aclara que la mera manifestación unilateral de la administración no tiene la potencialidad de remover, por razones jerárquicas y competenciales, una formalidad – la escritural – impuesta por la ley. La ley es jerárquicamente superior en la pirámide normativa a los actos administrativos y, además, es al legislador y no al poder reglamentario a quien se ha encargado la expedición del Estatuto Contractual de la Administración Pública de conformidad con el inciso final del artículo 150 de la Constitución.

30. Así las cosas, no basta la voluntad unilateral del Municipio para entender por celebrado el Contrato, pues ello sería contrario a lo ordenado, en normas imperativas y de derecho público, por el legislador.

31. Ahora bien, la Sala no pasa por alto que existe un supuesto en el que expresamente se permite entender que la oferta más su aceptación constituyen el contrato escrito: la mínima cuantía. El artículo 2.5.d de la Ley 1150 de 2007 prescribe: "*d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituye para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal*". Sin embargo, constituye esta una regla de excepción en el régimen contractual público y no la regla general. Por lo mismo, no puede hacerse de ella una interpretación extensiva o analógica, pues ello sería contrario a, y en desmedro de, la regla general establecida en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993.

32. A la luz de lo anterior, ante la inexistencia de un contrato, no resultaba procedente el medio de control de controversias contractuales, pues este solamente puede ser incoado por "*las partes de un contrato del Estado*". En este punto es importante hacer notar que el medio de control de controversias contractuales puede ser presentado para que se declare la existencia del contrato. Ello no ocurrió en este caso. No obstante, como es obvio, para que la pretensión de declaración de existencia sea exitosa se requiere la verificación de todos los elementos exigidos para ello en el ordenamiento. Tal evento ocurriría, por ejemplo, en un subsistema donde prime el consensualismo, en el cual sería suficiente la verificación de las dos

⁸ El inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio prescribe: "*Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales*".

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 de mayo de 1968, CXIV

¹⁰ Resolución 433 de 17 de diciembre de 2012 obrante a folio 305, expediente digital Samai, Cuaderno 2 A.

¹¹ Aceptación de la Oferta LP-001 de 2012 de 21 de diciembre de 2012, suscrito exclusivamente por el alcalde Municipal, folios 313 y siguientes, expediente digital Samai, Cuaderno 2 A.

Radicación: 76001-23-33-000-2017-01359-01 (69240)
Demandante: Consorcio de Servicios de Tránsito y Transporte
Demandada: Municipio de Ginebra
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca la Sentencia

voluntades concurrentes para su existencia. Ocurre así, por regla general, en los regímenes sometidos al derecho privado, en donde no se requiere la formalidad escrita para el perfeccionamiento del contrato; con excepciones para ciertos tipos contractuales.

33. Por tratarse de una demanda en la cual se solicitaba la nulidad de dos actos administrativos, resultaba procedente, entonces, la nulidad y restablecimiento del derecho. La Sala estudiará la demanda como si se hubiera presentado en ejercicio de ese medio de control. Sin embargo, las resoluciones 286 y 287 fueron expedidas y notificadas el 13 de octubre de 2016, y la demanda fue presentada el 4 de septiembre de 2017. Por lo tanto, ya habían transcurrido los 4 meses de que trata el 164.2.d) del CPCA, y había operado la caducidad.

34. En consecuencia, se declarará la inexistencia del contrato, propuesta como excepción por la parte demandada, y se declarará, de oficio, la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

2.2. Sobre la condena en costas

35. De conformidad con el artículo 188 del CPACA y el numeral 1 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en las dos instancias a la parte demandante. Estas deberán ser tasadas y liquidadas por el tribunal de primera instancia, de acuerdo con los artículos 365 y 366 del CGP.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia proferida el 31 de marzo de 2022 por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca. Su parte resolutive quedará así:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del contrato propuesta por la parte demandada. En ese sentido, como resultado del proceso licitatorio LP-001 de 2012 no existió un Contrato entre el Consorcio Tránsito y Transporte de Ginebra y el Municipio de Ginebra.

SEGUNDO: DECLARAR la caducidad de la acción en ejercicio del medio de nulidad y restablecimiento en contra de los actos demandados.

TERCERO: CONDENAR en costas al el Consorcio Tránsito y Transporte de Ginebra a favor del municipio de Ginebra, Valle del Cauca, las cuales serán tasadas y liquidadas por la Secretaría del Tribunal.

Radicación: 76001-23-33-000-2017-01359-01 (69240)
Demandante: Consorcio de Servicios de Tránsito y
Transporte
Demandada: Municipio de Ginebra
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revoca la Sentencia

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia al Consorcio Tránsito y Transporte de Ginebra a favor del municipio de Ginebra, Valle del Cauca. Estas deberán ser tasadas y liquidadas por el tribunal de primera instancia, de acuerdo con los artículos 365 y 366 del CGP.

Por Secretaría, una vez ejecutoriada la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Salvamento de voto

Firmado electrónicamente
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Aclaración de voto

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA