

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - Nulidades absolutas y relativas /
OMISIÓN DE REQUISITOS**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ

Bogotá, D. E., diez (10) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Radicación número: 2805

Actor: DEPARTAMENTO DEL CAUCA

Procede la Sala á decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 28 de agosto de 1979, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en virtud de la cual se declaró absolutamente nulo el contrato celebrado entre el Departamento del Cauca, en virtud de la cual se declaró absolutamente nulo el contrato celebrado entre el Departamento del Cauca y el doctor Gerardo Mosquera Velasco, el 8 de agosto de 1978.

I

ANTECEDENTES

El Departamento del Cauca, por medio de apoderado especial, demandó, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el Artículo 66 de la Ley 167 de 1941, al contrato de prestación de servicios celebrado entre el Departamento del Cauca y el doctor GERARDO MOSQUERA VELASCO, fechado el 3 de agosto de 1978, cuyo objeto es: CUARTA. - Las partes de este Contrato han convenido que la prestación de servicios profesionales de que aquí se trata consistirá en la asesoría al Gobierno Departamental hasta la fecha en que se desocupe y entregue el Hotel Monasterio, asesoría que comprenderá la preparación y redacción de los documentos que posteriormente se convertirán en actos administrativos y la indicación de las medidas y gestiones que deban ejecutarse para hacer producir efectos a esos actos administrativos con el objeto de obtener la desocupación y entrega del Hotel Monasterio.

PARAGRAFO. - Es entendido que EL CONTRATISTA no estará bajo la dependencia ni subordinación de los funcionarios departamentales y que éste Contrato no tiene carácter administrativo en todo lo concerniente AL CONTRATISTA.

Así mismo, pidió la suspensión provisional del contrato "por violar ostensiblemente normas superiores". Esta fue negada por auto de fecha 22 de febrero de 1979.

Los HECHOS fueron presentados así:

"1. - El Hotel Monasterio de Popayán ha estado arrendado a los señores GILBERTO IRAGORRI HORMAZA y RICARDO LONDOÑO IRAGORRI desde hace muchos años, arrendamiento que se ha hecho constar en el respectivo contrato.

"2. - El Gobierno Departamental encabezado en ese entonces por el doctor ANDRES ARROYO CAJIAO, como Gobernador del Departamento, resolvió declarar la caducidad administrativa del Contrato administrativo a que hicimos mención anteriormente, caducidad que efectivamente se declaró mediante la Resolución número 2146 de agosto 4 de 1979.

"3. - Para realizar tal acto, el Departamento del Cauca por intermedio de su representante legal el día 3 de agosto de 1978 celebró un Contrato de Prestación de Servicios con el Abogado GERARDO MOSQUERA VELASCO, por el cual, el Contratista se obliga a asesorar al Gobierno Departamental hasta la fecha en que se desocupara y entregara el Hotel Monasterio. Asesoría que comprendería la preparación y redacción de los documentos que posteriormente se convertirán en actos administrativos y la indicación de las medidas y gestiones que deban ejecutarse para hacer producir efectos a esos actos administrativos con el objeto de obtener la desocupación y entrega del Hotel Monasterio. - Disfrazando de esta manera el verdadero objeto de la contratación cual era la de declarar la caducidad administrativa del Contrato.

"4. - La cuantía del Contrato en mención es la de \$ 190.000.00 que el Departamento debía pagar al Contratista GERARDO MOSQUERA VELASCO.

"5. - El Gobernador del Cauca no tuvo para la celebración de este Contrato autorización Ordenanzal, como lo manda la Constitución Nacional.

"6. - Por razón de su cuantía, este Contrato objeto de la acción de nulidad que hoy adelanto debió ser sometido a la revisión por parte del Tribunal Contencioso Administrativo, lo que tampoco aconteció.

"7. - Como bien puede mirarse en la copia del Contrato que anexo en este proceso, en él no se estipularon las multas sucesivas para el caso de incumplimiento total o parcial de alguna o algunas de las obligaciones contractuales tal como lo ordena el Artículo 48 y 61 del Decreto Departamental 188 de 1977. Como tampoco se fijó el término exacto de duración del Contrato.

"8. - En el mismo Contrato se incluyó una cláusula penal pecuniaria por el valor de \$ 95.000.00 en contra de cualesquiera de las partes que incumpliera lo que es desde todo punto de vista ilegal porque las multas se deben imponer en contra del Contratista y a favor del Departamento.

"9. - Plenamente nunca se llevó a cabo el objeto de este Contrato".

Como normas violadas se citaron: artículo 187 numeral lo. de la Constitución Nacional, 260 de la Ley 167 de 1941 y 48, 61, 62, 116 y 118 del Decreto Departamental 188 de 1977.

La demanda se notificó al doctor GERARDO MOSQUERA VELASCO, quien guardó silencio hasta después de proferida la sentencia, cuando apeló. El apoderado de la parte actora corrigió y adicionó la demanda en los siguientes términos:

"1. - Como lo manifesté en el numeral noveno, el Contratista no cumplió con las obligaciones emanadas del Contrato cuya nulidad hoy se solicita, y el Departamento por esta razón y por ser violatorio de Decretos Departamentales, Leyes y la Constitución Nacional se abstuvo de realizar cualquier clase de pago.

"2. - El doctor GERARDO MOSQUERA V., demandó ejecutivamente al Departamento, presentando como título ejecutivo el Contrato Administrativo de Prestación de Servicios, objeto de litigio en este Tribunal.

"3. - El Juzgado Laboral del Circuito de Popayán mediante auto de enero 12 de 1979 libró mandamiento de pago contra el Departamento por la vía ejecutiva por la suma de CIENTO NOVENTA MIL PESOS (\$ 190.000.00), decretó el embargo de depósitos Bancarios en los Bancos Popular, Estado, Comercio, Occidente y Bogotá hasta por la suma de \$ 190.000.00.

"4. - Ya el Banco del Estado, cumpliendo el oficio No. 012 de enero 15 de 1979 retuvo el dinero mencionado como se puede constatar en el débito de enero 18 de 1979.

"5. - Considero que con esta actitud del doctor GERARDO MOSQUERA V., se ha causado un agravio al Departamento del Cauca. Pues para adelantar esa clase de juicios, se necesita que el Tribunal decida primero la controversia que se originó del Contrato.

"6. - Lo anterior da base para sostener las peticiones iniciales, además que como se trata de una corrección solicito se de aplicación al artículo 128 del Código Contencioso Administrativo el que ordena que cuando estos casos se presentan se repita la actuación del artículo 128 del mismo Código, el que en su Parágrafo ordena aplicar el artículo 96 cuando la suspensión provisional del acto acusado se solicita.

"7. - Los documentos que más adelante enunciaré y que anexo a la presente corrección pido se tengan como prueba sumaria para que la suspensión provisional se decrete".

El Tribunal, por providencia de 15 de marzo de 1979, no accedió a lo solicitado.

II

SENTENCIA DE INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Cauca, después de agotado el rito de instancia, aceptó las pretensiones de la demanda y declaró la nulidad absoluta del contrato celebrado entre el Departamento del Cauca y el doctor GERARDO MOSQUERA VELASCO.

Para llegar a la declaratoria de nulidad, el a quo, partió de las siguientes consideraciones:

"En primer término se dice en la demanda que se violó la disposición constitucional contenida en el artículo 187 - numeral 10 - de la Constitución Nacional, por cuanto el Gobernador del Departamento que lo suscribió procedió sin autorización de la Asamblea Departamental.

"Efectivamente el artículo 187 de la Constitución Nacional dispone que corresponde a las Asambleas, por medio de Ordenanzas:... 10. - Autorizar al

Gobernador para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes departamentales, y ejercer, pro - t mpore, precisas funciones de las que corresponden a las Asambleas".

"Como los funcionarios públicos no pueden hacer sino aquellas cosas que les est n expresamente atribuidas por el ordenamiento jurídico, al contrario de los particulares que pueden realizar todo lo que no est  expresamente prohibido, es elemental que para la celebración de contratos los Gobernadores de Departamento deben proceder de conformidad con las autorizaciones dadas por la Asamblea, por medio de Ordenanzas. Bien puede tratarse de autorizaciones especiales para un determinado contrato o generales para ciertos tipos de contratos, pero en todo caso debe existir la autorización correspondiente.- Aceptar el planteamiento contrario conduciría a convertir a los Gobernadores en funcionarios autónomos, soberanos, que podrían por sí y ante sí celebrar toda clase de contratos, lo cual no se concibe en un régimen de derecho que implica una serie de competencias, para que todos los funcionarios tengan delimitada su esfera de acción.

"El contrato entre el Gobernador Arroyo Cajiao y el abogado Mosquera Velasco cita "lo dispuesto en el numeral 6o. del artículo 31 y en el artículo 37 del Decreto 188 de 1977. - La primera de las normas invocadas se refiere al hecho de que por tratarse del contrato de prestación de servicios profesionales, puede prescindirse de la licitación. La Segunda, a los casos en que los contratos requieren el concepto favorable del Consejo de Gobierno, por razón de la cuantía. - Pero por parte alguna aparece la autorización ordenanzas para la celebración del contrato, que debió citarse en el respectivo documento. Puede entonces afirmarse que el contrato se celebró sin la autorización exigida por la propia Constitución.

"Precisamente el artículo 47 del Decreto 188 de 1977 establece los casos en que los contratos que celebre el Departamento requieren, para su validez, la aprobación de la Asamblea Departamental. Entre ellos se encuentra el referente a la falta de autorización previa. De modo que el contrato subjudice, celebrado sin autorización ordenanzas previa, pudo ser enviado a la Asamblea Departamental para su aprobación, antes de empezar su ejecución. Tampoco se procedió así y la situación actual es la de un contrato no autorizado previamente, ni aprobado posteriormente por la Asamblea.

"Ahora bien, el artículo 125 del Decreto 188 sanciona con nulidad absoluta los contratos celebrados sin autorización legal (literal b), término este último que debe entenderse en el sentido de falta de autorización ordenanzal.- En las condiciones anotadas, un contrato no autorizado previamente ni aprobado posteriormente por la Asamblea carece de un requisito o formalidad que las normas prescriben para su validez. La disposición del artículo 125 del Decreto Departamental 188 de 1977, es idéntica a la contenida en el artículo 189 del

Decreto Ley 150 de 1976. - aplicable a los contratos que celebre la Nación y los establecimientos públicos del orden nacional.

"No parece inoportuno citar algunas jurisprudencias sobre la materia, así sea brevemente.

"El Honorable Consejo de Estado ha dicho: "... Si bien es cierto que todo contrato administrativo debe buscar su primer soporte en la ley que lo autoriza, su validez igualmente está determinada por la estricta observancia de los procedimientos legales que rigen la actividad contractual de la administración. Si el contrato no está autorizado por la ley, la administración no es competente para celebrarlo y sobre examinar el procedimiento seguido para contratar... (Anales del Consejo de Estado - Primer Semestre 1967 - Sala de Consulta y Servicio Civil - página 28).

"... El contrato es acto típico entre los que crean situaciones jurídicas de carácter particular. Los contratantes modelan la situación jurídica según su voluntad. Crean derechos y obligaciones. Pero el acuerdo de voluntades para que sea válido debe producirse dentro del marco de la ley que señala la capacidad y competencia de los contratantes, los procedimientos y formas del acuerdo y los fines que pueden constituir su objeto lícito. En este sentido puede decirse que la ley vigente al momento de contratar se incorpora al contrato en cuanto determina la validez formal e intrínseca de las obligaciones y derechos de los contratantes. (Ley 153 / 67, artículo 38).

"En derecho privado es principio jurídico el de la libertad contractual, que permite a los particulares obligarse a todo aquello que la ley no prohíbe. En derecho público, por el contrario, es la ley la que rige toda la actividad de la administración, que no puede ejecutar sino los actos autorizados u ordenados por ella.

"Toda ley es en sí misma de interés general. Las que se relacionan con la organización y funcionamiento del Estado, son además, de orden público.

"En derecho privado se discute, frente al principio que entre nosotros consagra el artículo 16 del Código Civil, qué leyes afectan al orden público y no pueden derogarse por convenios entre particulares".

"Las teorías individualistas que buscan darle prelación al acto jurídico contractual sobre la ley, no tienen campo en el derecho administrativo.

"Aun los intérpretes más extremos del individualismo jurídico admiten que las leyes sobre organización del Estado y las que determinan las relaciones del Estado y de sus agentes con los particulares son, en principio, de orden público. (Julliot de la Morandiere - La Noción de Orden Público en Derecho Privado). (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. - Anales Primer Semestre 1973. - página 30).

"Por su parte el tratadista Enrique Sayaguez Laso en su obra de derecho administrativo enseña: "... La autorización puede definirse como el acto de la administración que habilita a una persona física o jurídica, privada o pública, para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente. Supone, pues, un poder o derecho anterior, cuyo ejercicio está subordinado a la obtención previa de un acto habilitante de la administración, que remueve el obstáculo jurídico establecido por el derecho objetivo. Si se prescinde de obtener la autorización requerida, el acto o hecho realizado es ilícito y puede dar motivo a la aplicación de las sanciones pertinentes, sin perjuicio de la invalidez del acto. (Tratado páginas 415 y 416).

"Se concluye que evidentemente el Gobernador del Departamento que celebró el contrato, Doctor Andrés Arroyo Cajiao, procedió sin autorización ordenanzas. Por este solo aspecto y de conformidad con el artículo 125 literal b) del Decreto 188 de 1977, el contrato debe declararse nulo, en atención a que el estatuto departamental sobre contratos erige en causal de nulidad la falta de autorización.

"Se afirma en la demanda que se violó también el artículo 260 de la Ley 167 de 1941 que dice: "Será obligatoria la revisión por los Tribunales Administrativos respecto de los contratos autorizados por las ordenanzas cuando su cuantía sea o exceda de cinco mil pesos (\$ 5.000.00).

"Sobre este particular conviene reiterar que los contratos revisables por los Tribunales Administrativos son aquellos celebrados con base en autorizaciones contenidas en las Ordenanzas, cuando además su cuantía es o excede de cinco mil pesos(\$ 5.000.00).

"Como el contrato celebrado entre el Gobernador Arroyo Cajiao y el doctor Mosquera Velasco no tiene norma ordenanzas que lo autorice, lo procedente era, antes de iniciar su ejecución, enviarlo a la Asamblea Departamental para su aprobación según lo dispuesto por el artículo 47 del Decreto 188 de 1977. Pero como así no se hizo, al contrato le faltó "un requisito indispensable para su validez" al tenor del mismo artículo 47 antes citado.

"De tal manera que un contrato celebrado sin autorización ordenanzas no debe enviarse al Tribunal para su revisión, sino a la Asamblea Departamental para que lo apruebe mediante Ordenanza. Si esto último no se hace y se pretende por alguna de las partes el cumplimiento del contrato, a la autoridad judicial le corresponderá decir que a la relación contractual le faltó un requisito indispensable para su validez.

"Aunque lo que se deja dicho es suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda, no sobra comentar otras disposiciones del Decreto Departamental 188 de 1977.

"El artículo 48 del Decreto relaciona las cláusulas que forzosamente deben contener los contratos. Entre ellas las propias o usuales conforme a la naturaleza del contrato y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pago a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática. Siempre deberán precisarse el objeto, la cuantía y el plazo para la ejecución completa del contrato.

"En el contrato materia de este proceso se observa la violación de la norma anterior en cuanto no se incluyó la facultad del Departamento para imponer multas caso de mora o de incumplimiento parcial, si se estipuló la cláusula penal pecuniaria.

4. - CONCLUSIONES

"Pueden sacarse las siguientes:

"a) El contrato celebrado entre el doctor Andrés Arroyo Cajiao, en su carácter de Gobernador del Departamento, y el doctor Gerardo Mosquera Velasco, carece de autorización ordenanzas. Tampoco fue aprobado por la Asamblea Departamental, antes de iniciarse su ejecución.

"b) El Decreto 188 de 1977 en su artículo 125 literal b) sanciona con nulidad absoluta los contratos celebrados sin que exista norma ordenanzas que los autorice.

"c) El contrato tampoco fue aprobado por la Asamblea Departamental, ante la falta de autorización previa. En estos casos la aprobación de la Asamblea es requisito indispensable para la validez del respectivo contrato. (artículo 47 Decreto 188 de 1977).

"d) Por otra parte el contrato viola también los artículos 61 y 62 del Decreto 188 en cuanto dejaron de incluirse ciertas cláusulas que forzosamente debían estipularse.

"d) Lo expuesto releva al Tribunal de examinar otros aspectos expuestos en la demanda, ante la claridad de la norma contenida en el artículo 125 del Decreto 188 de 1977, que sigue la misma orientación del Decreto Ley 150 de 1976 en materia de causases de nulidad absoluta de los contratos administrativos de carácter nacional".

III

POSICION DEL DEMANDADO

El demandado fijó su posición, en escrito presentado, después de proferido el fallo de instancia, para sustentar el recurso de apelación interpuesto. Sobre la sentencia dijo:

"a) La Justicia Contencioso Administrativa carece de competencia para conocer y tramitar la acción de nulidad que sirve de fundamento a la demanda, ya que ella recae sobre un contrato que no tiene el carácter de contrato administrativo. El contrato de prestación de servicios profesionales está regida por las normas del derecho privado y su ejecución se adelanta ante Injusticia laboral, así como la nulidad si fuere el caso ante la justicia ordinaria civil. El mero hecho de que en un contrato figure la cláusula de caducidad, no le da al acuerdo jurídico la calidad de contrato administrativo. Esta prerrogativa del estado para dar por terminado unilateralmente un contrato no es suficiente para elevarlo a la categoría de contrato administrativo. Las instituciones en derecho se definen por sus efectos al decir el tratadista Valencia Zea. Uno de los efectos del contrato de prestación de servicios profesionales entre una entidad de derecho público y un particular es que ese contrato puede ejecutarse ante justicia ordinaria. Así lo ha reconocido la Sala Civil Laboral del Tribunal Superior de Popayán, precisamente al conocer del contrato materia de este asunto.

"De otra parte con fundamento en el Decreto Departamental 188 de 1977, artículo 50, todo contrato celebrado por el Departamento del Cauca si nos atenemos a la tesis sostenida en la sentencia tendría el carácter de contrato administrativo, con la única excepción de los que fueren de compra - venta de bienes muebles, de empréstito o de arrendamiento. Pero es el caso de que los contratos son administrativos o no tienen ese carácter no por localidad de las partes contratantes factor que sería determinante solo en ciertos eventos, sino por el objeto, fines, propósitos y contenido del contrato. Fuera de esto en el

Decreto 188 citado no se consignó una norma como la que se consagró en el artículo 36 del Decreto 3130 de 1968. El Decreto 188 es de 1977. Así las cosas se excluyó intencionalmente de ese Decreto la norma del Decreto Nacional y lógicamente la sentencia que se cita del Consejo de Estado de 21 de febrero de 1973 no puede ser aplicable al caso controvertido.

"b) El artículo 31 del Decreto 188 de 1977 "estatuto que regula los contratos que celebra esta entidad de derecho público (Departamento del Cauca)", en su numeral 6o. y bajo el título de contratación directa, expresa que el Gobernador del Departamento podrá contratar directamente cuando se trata de prestación de servicios profesionales o personales. Es decir, el representante legal del Departamento del Cauca cuando celebró el contrato de prestación de servicios profesionales lo hizo con el fundamento legal y con la autorización que le da la norma citada. No necesitaba buscar una nueva autorización ordenanzas, ni anterior ni posterior a la celebración del contrato. Y por la cuantía del mismo, de conformidad al artículo 38 del Decreto 188, tampoco requería de la revisión por el Contencioso Administrativo.

"c) De otra parte, basta leer la cláusula décima del contrato para encontrar que se pactó una cláusula pena; en cuantía de NOVENTA Y CINCO MIL PESOS (\$ 95.000.00), al contrario de lo que se dice en la sentencia. Y se hizo la correspondiente reserva presupuestal. Obviamente no se consignó la cláusula de reclamación diplomática, porque sería ello absurdo y extravagante. Es que cierto tipo de cláusulas no convienen lógicamente a determinados contratos".

IV

CONCEPTO DE LA FISCALIA

La Fiscal Segunda de esta Corporación, solicita que se confirme la sentencia, aún cuando por razones distintas. Conceptuó la colaboradora fiscal:

Los argumentos dados en la sentencia para concluir con la anulación del contrato, no son íntegramente compartidos por este despacho.

"En primer término hay que considerar que el contrato que se pretende anular es inexistente por las siguientes razones:

"Los contratos que celebra la administración, además del simple acuerdo de voluntades, requieren para su perfeccionamiento y ejecución ciertos requisitos, sin los cuales no surgen a la vida jurídica, ni pueden ponerse en ejecución.

"En el caso que se estudia, al contrato de prestación de servicios le faltaron algunos requisitos para su perfeccionamiento y otros exigibles para su ejecución.

"Es así como se requería el correspondiente registro presupuestal y la posterior revisión del Tribunal Contencioso Administrativo.

"Por otra parte el Gobernador ha tenido que estar expresamente autorizado para celebrar el contrato.

"Analizando más detenidamente estos aspectos tenemos lo siguiente:

"La Ley 167 de 1941 (Código Contencioso Administrativo) en su artículo 260 dice: Será obligatoria la revisión por los tribunales administrativos respecto de los contratos autorizados por las ordenanzas cuando su cuantía sea o exceda de cinco mil pesos (\$ 5.000.00)".

"Siendo la ley la que establece esta exigencia y estando allí mismo señalada la cuantía de los contratos que se someten a ese requisito para su perfeccionamiento, resulta clara la ilegalidad del artículo 38 del Decreto Departamental No. 188 de 1977, cuando establece que la revisión del tribunal se hace solamente cuando la cuantía de los contratos sea o exceda de diez millones de pesos.

"Aunque el decreto departamental no consagra las consecuencias de la falta de esa revisión por el tribunal contencioso, lo cierto es que a nivel nacional, la exigencia de tal requisito es indispensable para su perfeccionamiento y la carencia de él, trae como consecuencia la prohibición de ejecutar el contrato (artículo 245 inciso final y artículo 248 del Código Contencioso Administrativo).

"Por este aspecto puede afirmarse, que el contrato en estudio no podía o puede ejecutarse sin antes haber sido revisado por el Tribunal Contencioso, pues no quedó perfeccionado.

"Referente al requisito de la aprobación y registro presupuestal exigido también en la norma local, se observa, que el artículo 39 del Decreto Departamental 188 de 1977 (folio 7 cuaderno 1) exige para el perfeccionamiento de los contratos departamentales, cuando no se hagan exigibles otros requisitos, como en el presente caso, "el correspondiente registro presupuestal en la oficina de presupuesto de la Secretaría de Hacienda o en la oficina de Contabilidad de la respectiva dependencia".

"Y el artículo 40 del mismo decreto prohíbe la ejecución de los contratos no perfeccionados.

"En el contrato que se revisa no se cumplió con los requisitos antes anotados, de ahí que es claro deducir que no quedó perfeccionado y en consecuencia el contrato no existe, menos aún puede pensarse que se pueda ejecutar.

"En el supuesto que los anteriores razonamientos no fueran compartidos por la Sala, este despacho se permite observar, que sí se considera la ausencia de los requisitos omitidos en la celebración del contrato, como la manifestación de la Administración Departamental de pactar contra disposiciones legales, se podría aceptar entonces una nulidad, como lo hace el Tribunal.

V

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. No cabe duda que el contrato cuya nulidad se invoca, se celebró bajo la vigencia del estatuto de contratación administrativa seccional, recogido en el Decreto Departamental 188 de 1977, expedido por el Gobernador del Cauca, en virtud de las facultades conferidas por la Asamblea por medio de las Ordenanzas 12 de 1975 y 10 de 1976. En su totalidad se hace visible el mencionado decreto a los folios 9 y 10 del cuaderno 1.

2. Dentro del criterio impuesto en el Decreto 188, que es el mismo que a nivel de la contratación administrativa de la Nación - Ministerios y Departamentos Administrativos y los Establecimientos Públicos, consagraba el Decreto 150 de 1976, los contratos que celebre el departamento, con excepción de compraventa de bienes muebles, de empréstito o de arrendamiento, será forzosa la cláusula de caducidad (artículo 49). Y anota el precepto que en la cláusula del contrato deberá consignarse los motivos que den lugar a ese acto unilateral de la administración. Luego, el artículo 50 ibidem impone que la cláusula de caducidad se entenderá incluida en todos los contratos en que fuere obligatoria, aun cuando no se pactase expresamente. Esas ordenaciones del estatuto, en cuestión, hacen derivar la consecuencia de calificación de administrativo el contrato cuya invalidación se pretende en este proceso, puesto que la precisión normativa, limita a determinados negocios jurídicos la identificación de contratos no reputados administrativos. Es, por tanto, de mención legal, su calificación como tal, no obstante no se hubiese incluido la cláusula exorbitante de caducidad, que, como es sabido, serviría para una mejor precisión.

3. Y si el contrato celebrado entre el Departamento del Cauca y el doctor Mosquera Velasco, es de los llamados administrativos, se disipa el reparo que el demandado le formula a la sentencia en cuanto al conocimiento del asunto sub judice.

4. Tampoco puede en materia de discusión la clase de contrato, no ya desde el punto de vista de su ubicación, de privado o administrativo, que como quedó consignado participa de la naturaleza de éste último, sino de la índole o relación negocia], que no es otro que la de servicios inmateriales, en cuanto el objeto de la prestación es la de realización de una actividad en que debía prevalecer la inteligencia, como la asesoría descrita en el cuerpo del contrato (cláusula cuarta), a cambio de una remuneración, a título de honorarios, que correlativamente se convino, o sea, que encuadra dentro de la situación prevista en el artículo 116 del Decreto 118.

5. Sin embargo, para el Tribunal, el Gobernador del Cauca no estaba autorizado por la Asamblea Departamental para celebrar el contrato en comento, o por lo menos no se aportó la prueba sobre el particular. Entonces, el a quo estimó, que no se dio cumplimiento al mandato de la Carta Fundamental de la República, en cuanto dispone en el artículo 187 / 78, que le corresponde a esas corporaciones, autorizar al Gobernador para celebrar contratos, y se pretermitió la exigencia del artículo 47 del Decreto 118, que señala los casos en que se requiere de la autorización de la Asamblea, cuando no existiese la legal previa. Luego, concluye, que, por carecer de validez, según la preceptiva del citado artículo 47, hace próspero la nulidad absoluta del acto contractual, en consonancia con el artículo 125 ibidem, literal b.

6. Es cierto, que frente a los contratos administrativos, no sólo se pueden predicar vicios que atentan contra la validez del negocio, y que son comunes frente al derecho civil, para atentar de manera absoluta o relativa, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita, sino que se pueden señalar otros, de particular relevancia, como ocurre con la omisión de ciertos requisitos o supuestos que la misma ley consagra y que le hacen restar estabilidad al negocio. Así por ejemplo, el Decreto 150 de 1976, en el artículo 189, destacó cinco particulares causales de nulidad absoluta de los contratos sujetos a dicho estatuto, y el artículo 190 ibidem dejó abierta la nulidad relativa en aquellos casos contentivos también de vicios u omisión no de la magnitud señalada en el artículo 169. Y el Decreto 222 de 1983 en los artículos 78 y 79, así mismo, se encargó de consignar las causales de nulidad absoluta y relativa. La Sala anota, que las situaciones que dan origen al ataque a la validez de los contratos, de conformidad con el estatuto departamental, se acerca más a la normación del Decreto 150.

Si el Gobernador del Departamento del Cauca no estaba autorizado previamente, por la Asamblea, debía contar con la autorización posterior de ésta, a efecto de que el contrato se ajustara a las exigencias del Decreto 188, por cuanto la mención que el artículo 4 hace de la autorización legal no puede ser entendida de manera distinta a la ordenanzas, que es, en verdad, la que es requerida para la vinculación negocial. Es decir, la pretermisión de esa manifestación previa o posterior de la Asamblea, origina un defecto en el contrato, que si bien permite decir o sostener que nació a la vida jurídica, es una omisión, que como tal, le hace perder su fuerza vinculante permanente ante la presencia de la nulidad advertida por el Tribunal.

7. Si hubo, pues, contrato, pero viciado, en el grado anotado por el a quo. De ahí que no comparta las apreciaciones que la Fiscal Segunda hiciera sobre la inexistencia del contrato, por cuanto los factores que inciden en el perfeccionamiento del contrato, en los aspectos apuntados por ella, tienen en el mismo estatuto departamental, como en el nacional de la contratación un alcance distinto, que se concreta a no poderse iniciar la ejecución del negocio, hasta tanto no se atiende con las exigencias especiales de perfeccionamiento, que se refieren los artículos 34 y siguientes del Decreto 188.

8. Todo lo anterior lleva a la Sala a confirmar la sentencia apelada en todas sus partes.

9. Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Se confirma en todas sus partes la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente Sección. José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango, Arturo Mora Villate, Secretario.

Se deja constancia que esta providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.