



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 08001-23-33-000-2014-01083-01 (58.570)

Actor: LOTANCO EN LIQUIDACIÓN

Demandado: UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (Ley 1437 de 2011)

Temas: CADUCIDAD - si la demanda se presenta en vigencia del CPACA, pero el término de caducidad empezó a correr con el CCA, para tales efectos deben aplicarse las disposiciones del CCA - cuando se pide la nulidad absoluta, el conteo de la caducidad debe hacerse a partir del perfeccionamiento del contrato - antecedentes jurisprudenciales y legales en cuanto a la regla consistente en que no opera la caducidad cuando la controversia recae sobre bienes estatales imprescriptibles e inenajenables - diferencias entre bienes de uso público y bienes fiscales - la caducidad de una de las pretensiones principales no conduce a la terminación del proceso / INEPTA DEMANDA - excepción previa - el incumplimiento del requisito previo de conciliación extrajudicial no tiene la virtualidad de estructurar la excepción de inepta demanda.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en audiencia inicial celebrada el 26 de julio de 2016, mediante la cual negó la excepción de inepta demanda. Igualmente, se resuelve la alzada presentada por la parte demandante contra el auto del 28 de julio de la misma anualidad, a través del cual el Tribunal declaró probada la excepción de caducidad.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. El 12 de septiembre de 2014, la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico en Liquidación (en adelante Lotanco) presentó demanda de naturaleza contractual contra la Universidad Libre de Colombia y como **pretensiones principales** solicitó: i) la nulidad absoluta del contrato de



Radicación: 090012333000201401083 01 (58.570)
Actor: Lotanco en liquidación
Demandado: Universidad Libre de Colombia
Referencia: Contractual (Ley 1437 de 2011)

donación -contenido en la escritura pública No. 3.768 del 30 de diciembre de 1988 en la Notaría 1ª del Círculo de Barranquilla- que suscribió con el ente universitario y ii) la rescisión de la mencionada relación contractual.

Como **subsidiarias** de la pretensión de nulidad absoluta del contrato, pidió que se declare: i) que la demandada incurrió en mora en el cumplimiento de sus obligaciones como donataria; ii) que la universidad incurrió en un acto ofensivo que lo erige en indigno e ingrato de la donación y iii) que hubo un enriquecimiento sin causa de la demandada por no restituir el inmueble.

Como **subsidiarias** de la pretensión de rescisión del contrato, solicitó las siguientes: i) que se ordene la resolución judicial del contrato de donación y ii) que se ordene la revocatoria judicial del mismo.

1.2. Los fundamentos fácticos, en síntesis, se circunscriben a los siguientes:

El 30 de diciembre de 1988, la Beneficencia del Atlántico (hoy Lotanco) y la Universidad Libre celebraron un contrato de donación, a través del cual la primera donó a la segunda un lote de terreno con un área de 5.000 metros cuadrados, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 040-203683, ubicado en Barranquilla, específicamente, en la calle 57 No. 21B - 50. Tal contrato fue protocolizado mediante escritura pública No. 3.768 en la Notaría 1ª del Circuito de Barranquilla.

Mediante acta No. 006 del 24 de junio de 1988, que hace parte integral de la escritura de donación, la junta directiva de la Beneficencia autorizó la donación del mencionado lote, pero con la *condición* de que el mismo debía ser destinado para la construcción y funcionamiento de la Facultad de Odontología de la Universidad Libre - Seccional Atlántico; *condición* que, según se dijo, no se ha cumplido -ni se cumplirá-, dado que el ente universitario pretende vender el lote.

A través del Oficio No. 01114 del 25 de septiembre de 2012, el agente liquidador de Lotanco, de un lado, "*constituyó en mora de cumplir la obligación impuesta a la*



Radicación: 090012333000201401083 01 (58.570)
 Actor: Lotanco en liquidación
 Demandado: Universidad Libre de Colombia
 Referencia: Contractual (Ley 1437 de 2011)

Corporación Universidad Libre" y, de otra parte, puso en conocimiento de la universidad el proceso liquidatorio por el que atravesaba Lotanco.

El 20 de diciembre de 2012, la Universidad Libre dio respuesta al oficio referido, en el sentido de que en el contrato de donación no se plasmó ninguna *condición* y, por tanto, no se encuentra en mora de cumplir dicha *condición*.

Con fundamento en lo anterior, se dijo que Lotanco (donante) tenía derecho a que se rescindiera el contrato por mora de la universidad en el cumplimiento de sus obligaciones (donataria), en virtud de lo dispuesto en el artículo 1483 del Código Civil. De otra parte, se señaló que el referido contrato no cumplió con el requisito previo de la insinuación, tal y como lo exigía el artículo 1458 del Código Civil, por lo que ese negocio jurídico se encuentra viciado de nulidad.

Se indicó, además, que debía restituirse el inmueble donado, porque la universidad incumplió el contrato de donación. Agregó que la no restitución de ese lote obstaculiza el proceso de liquidación en que se encuentra Lotanco.

2. Contestación de demanda

2.1. La Universidad Libre contestó la demanda oponiéndose a sus pretensiones.

2.2. Propuso la excepción de caducidad. Luego de referirse al artículo 164, numeral 2, literal j), apartado i), del CPACA, señaló -simplemente- que la demanda se presentó en el 2014, esto es, 25 años después del cumplimiento del contrato de donación del inmueble en cuestión, el cual, por ser de ejecución instantánea, se cumplió el mismo día en que se elevó a escritura pública, es decir, el 30 de diciembre de 1988. Como consecuencia, señaló que la demanda de controversias contractuales se presentó por fuera del término legal.

2.3. A su vez, formuló la excepción de "*ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones*", con fundamento



Radicación: 090012333000201401083 01 (58.570)
Actor: Lotanco en liquidación
Demandado: Universidad Libre de Colombia
Referencia: Contractual (Ley 1437 de 2011)

en que la parte actora presentó demanda sin agotar el requisito previo de la conciliación extrajudicial consagrado en el artículo 161 del CPACA¹.

3. Traslado de excepciones

3.1. En relación con la excepción de caducidad, Lotanco señaló que en el presente caso podía demandarse en cualquier tiempo, porque la controversia recae sobre un bien imprescriptible, como lo es el bien inmueble objeto de donación -artículo 164, numeral 1, literal b), del CPACA-

De otra parte, atendiendo a lo dispuesto en el CPACA², sostuvo que la nulidad absoluta del contrato puede demandarse mientras el mismo se encuentre vigente. Acto seguido, manifestó que la *condición* pactada en el contrato de donación aún no se ha cumplido, por lo que dicho negocio se encuentra vigente.

3.2. En cuanto a la excepción de inepta demanda, Lotanco indicó que no podía exigírsele el agotamiento del requisito previo de la conciliación extrajudicial, toda vez que en el caso *sub examine* se solicitaron medidas cautelares patrimoniales³.

4. Decisiones apeladas⁴

4.1. En audiencia inicial del 26 de julio de 2016, el Tribunal negó la excepción de inepta demanda, con fundamento en que la parte demandante solicitó el decreto y la práctica de una medida cautelar de carácter patrimonial, razón por la cual podía

¹ Folios 171-202 del cuaderno de primera instancia.

² "Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada (...) 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad (...) j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. **En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras se encuentra vigente**" (se destaca).

³ Folios 238-243 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Las decisiones apeladas son dos: i) la *primera*, concerniente a la negativa de la excepción de inepta demanda, fue adoptada por el ponente en audiencia inicial celebrada el 26 de julio de 2016 y ii) la *segunda*, relativa a la terminación del proceso por encontrarse probada la excepción de caducidad, fue adoptada por la Sala posteriormente -dos días después- y por escrito, previa explicación de que el Tribunal no tenía los medios tecnológicos ni tampoco las salas de audiencia adecuadas para lograr la presencia de todos los magistrados.



Radicación: 090012333000201401083 01 (58.570)
 Actor: Lotanco en liquidación
 Demandado: Universidad Libre de Colombia
 Referencia: Contractual (Ley 1437 de 2011)

acudir directamente a esta jurisdicción, esto es, sin agotar el requisito previo de la conciliación extrajudicial, tal y como lo señala el artículo 613 del CGP⁵.

4.2. Mediante auto del 28 de julio de 2016, el Tribunal declaró probada la excepción de caducidad y, como consecuencia, dio por terminado el proceso. Esto sostuvo (transcripción literal con posibles errores):

“Como el contrato se perfeccionó el 30 de diciembre de 1988, fecha en que fue elevado a escritura pública, implicando ello la mutación del dominio del bien inmueble objeto del contrato, es partir del día siguiente a esa fecha en que debe contabilizarse el término de caducidad del medio de control, siendo pertinente puntualizar que en la escritura pública no existe estipulación expresa que sujete el contrato de donación a plazo o condición. Entonces, como el contrato se perfeccionó el 30 de diciembre de 1988 y la demanda solo se presentó el 12 de septiembre de 2014, surge con suficiente claridad la ocurrencia del fenómeno jurídico de la caducidad respecto del medio de control incoado por el demandante, tendiente a su nulidad”.

Adicionalmente, señaló que el bien inmueble objeto de donación “no es un bien público imprescriptible e inenajenable” -pues “está catalogado como bien fiscal”-, por lo que en este caso no resultaba aplicable la regla contenida en el artículo 164, numeral 1, literal b), del CPACA, consistente en que puede demandarse en cualquier tiempo cuando el objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables⁶.

5. Recursos de apelación

5.1. La universidad demandada interpuso recurso de apelación contra la decisión que negó la excepción de inepta demanda. En resumen, señaló que las medidas cautelares solicitadas por el demandante -como la inscripción de la demanda, entre otras- no tenían contenido patrimonial, de ahí que sí debía exigírsele el agotamiento del requisito previo de la conciliación extrajudicial.

De otra parte, indicó que las pretensiones principales de la demanda (nulidad absoluta del contrato y rescisión del contrato) están indebidamente acumuladas,

⁵ Folio 271 del cuaderno de primera instancia.

⁶ Folios 43-48 del cuaderno del Consejo de Estado.



Radicación: 090012333000201401083 01 (58.570)
Actor: Lotanco en liquidación
Demandado: Universidad Libre de Colombia
Referencia: Contractual (Ley 1437 de 2011)

en la medida en que son contradictorias, porque “la rescisión implica determinar la mora en el cumplimiento de una obligación y si estamos hablando de mora no puede hablarse -al mismo tiempo- de invalidez del contrato”.

5.2. Lotanco presentó recurso de apelación contra el auto que declaró probada la excepción de caducidad y dio por terminado el proceso.

En *primer lugar*, sostuvo que el *a quo* únicamente valoró la pretensión de nulidad absoluta del contrato, teniendo en cuenta la Ley 80 de 1993, norma que no le resultaba aplicable al contrato de donación en cuestión, toda vez que el mismo se celebró el 30 de diciembre de 1988, por tanto, el perfeccionamiento y la validez de ese negocio debía estudiarse de conformidad con el Decreto-ley 222 de 1983.

En *segundo lugar*, señaló que el Tribunal desconoció que el contrato de donación aún se encuentra vigente, por cuanto la *condición* pactada en aquel negocio, consistente en la construcción y funcionamiento de la Facultad de Odontología de la Universidad Libre - Seccional Atlántico, no ha sido cumplida por la demandada.

Bajo ese entendimiento, agregó que como el contrato se encontraba vigente, podía demandar la nulidad absoluta de ese negocio.

En *tercer lugar*, insistió en que la demanda podía presentarse en cualquier tiempo, por cuanto el objeto del litigio lo constituye un “*bien estatal*”, concepto que abarca tanto los bienes de uso público como los bienes fiscales, por lo que, a juicio del recurrente, el Tribunal *a quo* erró al no aplicar la disposición contenida en el artículo 164, numeral 1, literal b), del CPACA.

Por último, indicó que en la demanda se acumularon varias pretensiones -artículo 165 CPACA-, de ahí que, a pesar de que el Tribunal hubiese concluido que la pretensión de nulidad absoluta caducó, a este le correspondía estudiar las demás pretensiones, tales como el incumplimiento por mora, la pretensión de revocatoria del contrato, entre otras.



Radicación: 090012333000201401083 01 (58.570)
Actor: Lotanco en liquidación
Demandado: Universidad Libre de Colombia
Referencia: Contractual (Ley 1437 de 2011)

II. CONSIDERACIONES

1. Procedencia del recurso de apelación y competencia del Despacho

De conformidad con el artículo 180.6 del CPACA, los recursos de apelación son procedentes, porque a través de estos se cuestionan las decisiones que resolvieron sobre las excepciones de caducidad y de inepta demanda.

Al Despacho, en virtud de lo dispuesto en el artículo 125 *ibídem*, le asiste competencia funcional para resolver las alzadas, por tratarse de providencias dictadas por el Tribunal y, además, porque la decisión que aquí se adoptará, a diferencia de lo resuelto por el *a quo*, no implica la terminación del proceso.

2. Caso concreto

En *primer lugar*, se estudiará la excepción de caducidad y se anticipa que ese fenómeno procesal operó respecto de la pretensión principal de nulidad absoluta del contrato de donación, sin que su consecuencia sea la terminación del proceso, por las precisiones que se harán más adelante.

En *segundo lugar*, se analizará la excepción de inepta demanda, por el supuesto indebido agotamiento del requisito previo de la conciliación extrajudicial.

Los anteriores temas se abordarán, no sin antes hacer referencia -como cuestión previa- a la indebida acumulación de pretensiones alegada por la parte demandada en el recurso apelación.

Cuestión previa

La parte demandada, en su recurso de apelación, señaló que las pretensiones principales del libelo introductorio (nulidad absoluta del contrato de donación y rescisión del mismo) están indebidamente acumuladas, en la medida en que son contradictorias, por cuanto "*la rescisión implica determinar la mora en el*



Radicación: 090012333000201401083 01 (58.570)
Actor: Lotanco en liquidación
Demandado: Universidad Libre de Colombia
Referencia: Contractual (Ley 1437 de 2011)

cumplimiento de una obligación y si estamos hablando de mora no puede hablarse -al mismo tiempo- de invalidez del contrato”.

De entrada, se advierte que el Tribunal, en la audiencia inicial, no se pronunció sobre la indebida acumulación de pretensiones, porque aquello no sirvió como fundamento de la excepción de inepta demanda. En ese sentido, pese a que la universidad alegó ese aspecto en la apelación, este Despacho no se encuentra habilitado para pronunciarse al respecto, en tanto carece de competencia, porque la indebida acumulación de pretensiones no se trata de un punto de inconformidad contra la decisión recurrida, sino de un argumento nuevo traído con la alzada.

En todo caso, aun cuando de manera oficiosa se abordara lo planteado por la demandada, por sustracción de materia, habría que señalar que ante la caducidad de la pretensión de nulidad absoluta del contrato y su respectiva exclusión de la *litis* -como se verá-, mal podría entenderse configurada una inepta demanda por indebida acumulación de aquella pretensión con la de rescisión del contrato.

2.1. Caducidad de la pretensión de nulidad absoluta del contrato

El Tribunal concluyó que operó la caducidad del medio de control de controversias contractuales y, como consecuencia, dio por terminado el proceso, pero el Despacho advierte que sus argumentos tuvieron relación -únicamente- frente a la pretensión principal de nulidad absoluta del contrato, sin haber tenido en cuenta las otras pretensiones formuladas -subsidiarias de la nulidad absoluta y la otra principal de rescisión con sus respectivas subsidiarias-, a las cuales no les cobija el análisis de caducidad que el *a quo* hizo, por las razones que se explicarán a continuación.

Pues bien, antes de abordar lo pertinente, conviene precisar, de un lado, cuál es el estatuto contractual que rige el negocio objeto de estudio y, de otra parte, cuál es la norma procesal aplicable para efectos del conteo de la caducidad. Veamos.

i) El contrato de donación en cuestión se celebró el 30 de diciembre de 1988, época para la cual se encontraba vigente el Decreto-ley 222 de 1983, por



Radicación: 090012333000201401083 01 (58.570)
 Actor: Lotanco en liquidación
 Demandado: Universidad Libre de Colombia
 Referencia: Contractual (Ley 1437 de 2011)

manera que a ese acuerdo de voluntades le era aplicable el referido estatuto⁷ y no la Ley 80 de 1993 como lo señaló erróneamente el Tribunal *a quo*.

ii) La demanda se presentó el 12 de septiembre de 2014, esto es, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, por lo que las normas procesales aplicables al *sub examine* son las contenidas en ese cuerpo normativo. No obstante, para efectos del conteo de la caducidad y en vista de que dicho término empezó a correr en vigencia del Decreto 01 de 1984 -tal y como se verá más adelante-, se tendrán en cuenta las disposiciones del CCA y no las del CPACA⁸.

Precisado lo anterior, advierte el Despacho que el contrato de donación, a la luz de los artículos 51⁹ y 175¹⁰ del Decreto-ley 222 de 1983, se perfeccionó el 30 de diciembre de 1988, fecha en la cual se elevó a escritura pública. Lo anterior resulta importante, porque cuando se pide la nulidad absoluta del contrato -como ocurre en este caso-, tradicionalmente se ha dicho que el conteo de la caducidad inicia a partir de su perfeccionamiento.

En ese sentido, se destaca que el término de la caducidad empezó a correr el **30 de diciembre de 1988**, esto es, en vigencia del texto original del Decreto 01 de 1984 (es decir, antes las modificaciones introducidas por el artículo 23 del Decreto

⁷ El artículo 38 de la Ley 153 de 1887 dispone: "ARTÍCULO 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración".

⁸ La jurisprudencia de esta Corporación, en cuanto a este preciso punto, ha señalado: "Según lo planteado, comoquiera que para el momento en que fue adoptada la Ley 1437 de 2011, ya había iniciado a correr el término de caducidad, toda vez que el contrato n.º 175 y la resolución 1567 fueron proferidos antes de esa fecha -7 de junio de 2011 y 4 de mayo de 2011-, entonces es preciso que dicho término continúe rigiéndose por lo señalado en el Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984, sin perjuicio de que en los demás asuntos procesales le sea dispuesto lo establecido en el Código Contencioso de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto de fecha 5 de marzo de 2015, M.P. Danilo Rojas Betancourth, exp: 49.307).

⁹ "Artículo 51. DEL PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS. Salvo disposición en contrario, los contratos a los cuales se refiere este estatuto se entienden perfeccionados con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado que los declare ajustados a la ley; si no requiere revisión del Consejo de Estado, con la aprobación de las fianzas de que trata el inciso primero del artículo 48; y si no requiere constitución de fianzas, con el correspondiente registro presupuestal, si hay lugar, o una vez suscritos".

¹⁰ "Artículo 175. DE LA DONACIÓN DE BIENES INMUEBLES. La donación de inmuebles exige, como requisitos únicos para su perfeccionamiento, la escritura pública y el registro correspondiente. En dicha escritura no será forzosa la inclusión de las cláusulas obligatorias ordenadas en este Estatuto".



Radicación: 090012333000201401083 01 (58.570)
Actor: Lotanco en liquidación
Demandado: Universidad Libre de Colombia
Referencia: Contractual (Ley 1437 de 2011)

2304 de 1989 y por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998), de ahí que, de conformidad con el artículo 136 del CCA¹¹, el plazo para demandar la nulidad absoluta del contrato de donación venció el **30 de diciembre de 1990**.

Siendo así, como la demanda se interpuso el 12 de septiembre de 2014, evidente viene a ser que operó el fenómeno procesal de la caducidad, el cual recae únicamente respecto de la pretensión de nulidad absoluta del contrato en cuestión.

Ahora bien, no se comparte el argumento de la parte actora -fundado en el artículo 164, numeral 2, literal j), inciso 2, del CPACA-, consistente en que la nulidad absoluta aún podía demandarse, en tanto el contrato de donación se encuentra vigente. En efecto, en lo que concierne al conteo de la caducidad, esas disposiciones del CPACA no resultan aplicables a este caso, porque dicho término inició a correr en vigor del CCA -artículo 136 original sin modificaciones-, estatuto que no contenía una regla siquiera parecida.

En cuanto al otro argumento de la demandante, según el cual todavía era posible pedir la nulidad absoluta del contrato de donación, porque la *condición* pactada en el mismo no ha sido cumplida, el Despacho advierte que el perfeccionamiento del contrato -el cual surge a partir de la confluencia de la voluntad de donante y donatario- no depende del cumplimiento de la *condición* que se haya acordado, de ahí que el “*no cumplimiento*” de la misma no tiene la virtualidad de viciar de validez el contrato¹², situación que, por obvias razones, tampoco tiene incidencia en el conteo de la caducidad en cuanto a la pretensión de nulidad absoluta del contrato, con la cual, valga señalar, se cuestiona la validez del acuerdo de voluntades, en este caso, por no cumplirse con el requisito previo de la insinuación, asunto totalmente ajeno al cumplimiento o no de la *condición* pactada en el contrato en

¹¹ “Artículo 136 del Decreto 01 de 1984 (texto original, sin las modificaciones introducidas). CADUCIDAD DE LAS ACCIONES (...) Las relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella”.

¹² Sobre este punto, la doctrina autorizada ha señalado: “(...) toda condición tiene carácter adventicio y accidental, en el sentido de que no es nunca necesaria para la validez de un contrato, del que no representa en modo alguno uno de sus elementos constitutivos y del que podría separarse sin daño jurídico (...) parece que, precisamente, por razón de su carácter accesorio y adventicio, la condición, a diferencia de la causa, nunca es susceptible de viciar el contrato en que se inserta, y al que se adjunta (...)” (Josserand, Louis. Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europea - América. Buenos Aires. 1984. Pág. 502).



Radicación: 090012333000201401083 01 (58.570)
 Actor: Lotanco en liquidación
 Demandado: Universidad Libre de Colombia
 Referencia: Contractual (Ley 1437 de 2011)

cuestión, consistente en la construcción y funcionamiento de la Facultad de Odontología de la Universidad Libre - Seccional Atlántico.

Igualmente, se descarta lo alegado por la demandante en cuanto a que, en el caso *sub examine*, era posible demandar en cualquier tiempo, dado que la presente controversia recae sobre un "bien estatal"; argumento que fincó en una norma del CPACA, concretamente, en el artículo 164, numeral 1, literal b), que dispone:

"Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: 1. En cualquier tiempo, cuando (...) b) El objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables".

Al respecto, si bien el CPACA no resulta aplicable al *sub lite* para efectos del conteo de la caducidad, lo cierto es que esa regla existía desde la Ley 446 de 1998 -artículo 44-¹³ (norma que modificó el artículo 136 del CCA); incluso, desde mucho antes, pues, en casos en los que aún no resultaba aplicable la Ley 446, vía jurisprudencial se había fijado lo atinente a que no caducaban las acciones que recaían sobre bienes de uso público, por ser imprescriptibles e inenajenables¹⁴.

Pues bien, en el caso *sub examine*, cabe señalar que el inmueble objeto del contrato de donación¹⁵ no es un bien de uso público, pues, atendiendo a la definición del artículo 674 del Código Civil, no es uno de aquellos cuyo uso pertenece generalmente a todos los habitantes -como las calles, plazas, puentes y

¹³ "10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento (...) **Parágrafo 1º. Cuando el objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables la acción no caducará**" (se destaca).

¹⁴ "(...) en el presente asunto no opera ningún término de caducidad en razón de la materia litigiosa, toda vez que el actor funda su demanda en el hecho de que el bien, objeto de un contrato de arrendamiento, es de uso público, y por ende amparado por la característica constitucional de la imprescriptibilidad, según lo dispone el art. 63 Superior" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2001, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, expediente: 16.596).

¹⁵ En la cláusula primera del contrato de donación, contenido en la escritura pública No. 3.768 en la Notaría 1ª del Circuito de Barranquilla, se consignó: "PRIMERO: Que debidamente autorizados por la Junta Directiva de la Beneficencia del Atlántico [entidad de naturaleza pública] (...) que es entregada para que se agregue al protocolo, transfieren a título de donación a la CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE, entidad educativa sin ánimo de lucro, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, con seccional autorizada en esta ciudad el siguiente bien inmueble: 'un lote de terreno situado en esta ciudad (...) lote que tiene una cabida superficial de cinco mil metros cuadrados (...)'"



Radicación: 090012333000201401083 01 (58.570)
Actor: Lotanco en liquidación
Demandado: Universidad Libre de Colombia
Referencia: Contractual (Ley 1437 de 2011)

camino-, por manera que, teniendo en cuenta el criterio residual¹⁶, dicho inmueble es de naturaleza fiscal.

Los bienes fiscales, a diferencia de los de uso público, son comerciables, de ahí que sean susceptibles de ser apropiados por sujetos de derecho público o por particulares, con empleo de los modos de adquisición autorizados en la ley, situación que permite entender que este tipo bienes son enajenables¹⁷.

Bajo esa óptica, como el inmueble objeto de la controversia es un bien fiscal y, por ende, **enajenable**, fuerza concluir, contrario a lo señalado por la parte recurrente, que en el presente caso no era posible demandar en cualquier tiempo, en tanto no resulta aplicable la regla que de antaño se adoptó vía jurisprudencial y que luego se recogió en textos legales -consistente en que las acciones que recaigan sobre bienes estatales imprescriptibles e **inenajenables** no caducan-, lo que conduce a señalar que el *sub examine* sí estaba supeditado al término de caducidad, en este caso, el de dos años a partir del perfeccionamiento del contrato, porque se pidió la nulidad absoluta del mismo, tal y como se señaló atrás.

Descartados los argumentos de inconformidad de la parte demandante, el Despacho reitera que el plazo para demandar la nulidad absoluta del contrato en cuestión corrió entre el 30 de diciembre de 1988 hasta el 30 de diciembre de 1990, pero como el libelo se interpuso el 12 de septiembre de 2014, se entiende que operó la caducidad de la pretensión principal de nulidad absoluta del contrato.

No obstante, se precisa que lo anterior no daba lugar a la terminación del proceso, como erróneamente lo decidió el Tribunal, porque los argumentos del *a quo* para

¹⁶ "En el derecho nacional, el sistema de los bienes públicos se encuentra marcado por la distinción que al respecto realizó el codificador civil en el artículo 674, por cuya virtud los patrimonios públicos se dividen en bienes de uso público -aquellos de propiedad pública cuyo uso pertenece generalmente a todos los habitantes- y bienes fiscales -categoría de naturaleza residual, pues si el bien no cumple las características para ser clasificado como de uso público será, necesariamente, fiscal" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de enero de 2015, exp: 31.612, C.P. Hernán Andrade Rincón (E)).

¹⁷ Ver sentencia del 12 de diciembre de 2014, exp: 36.251, con ponencia del Consejero Danilo Rojas Betancourth, Subsección B, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.



Radicación: 090012333000201401083 01 (58.570)
Actor: Lotanco en liquidación
Demandado: Universidad Libre de Colombia
Referencia: Contractual (Ley 1437 de 2011)

declarar probada la excepción de caducidad giraron en torno -únicamente- a la pretensión principal de nulidad absoluta del contrato, sin tener en cuenta las demás pretensiones, a través de las cuales no se cuestiona la validez del contrato, de modo que, mal podría entenderse que la caducidad de la pretensión de nulidad absoluta supone que las demás pretensiones también estén caducadas, máxime porque la otra principal, relativa a la rescisión, y las otras formuladas como subsidiarias, no penden de los vicios en la formación del contrato, sino del cumplimiento o no de las obligaciones pactadas en el mismo, lo que conduciría a un análisis de caducidad distinto frente a ellas.

En conclusión, el Despacho encuentra que en el presente caso operó la caducidad respecto de la pretensión principal de nulidad absoluta del contrato, pero, a diferencia de lo resuelto por el *a quo*, la consecuencia de aquello no podía ser la terminación del proceso, sino la exclusión de esa pretensión de la *litis*, por lo que se modificará la decisión en ese sentido.

Caducidad frente a las demás pretensiones

Descrita la situación anterior, surge el siguiente interrogante: ¿qué sucede con el estudio del fenómeno procesal de la caducidad frente a las demás pretensiones?

La respuesta sería que ese punto no podría quedar sin el respectivo análisis y al Tribunal le correspondería estudiarlo una vez regrese el expediente a su cargo; no obstante, teniendo en cuenta que el conteo de la caducidad respecto de las demás pretensiones implica el examen de unos temas concernientes al fondo del litigio, el estudio preciso de la caducidad frente a aquellas -las subsidiarias de la nulidad absoluta, atinentes a que se declare que la donataria incurrió en mora en el cumplimiento de sus obligaciones, y la otra principal de rescisión del contrato con sus subsidiarias- deberá realizarse al momento de proferirse sentencia.

Lo anterior, por cuanto para resolver el punto de la caducidad sobre tales pretensiones habría que examinar:



Radicación: 090012333000201401083 01 (58.570)
Actor: Lotanco en liquidación
Demandado: Universidad Libre de Colombia
Referencia: Contractual (Ley 1437 de 2011)

i) Si la donación estaba sujeta o no a una *condición*, porque el demandante dijo que sí, con fundamento en el acta No. 006 de junio de 1988, que, a su juicio, hace parte integral de la escritura pública contentiva del contrato de donación; sin embargo, la universidad señaló, en su contestación de demanda, que en la mencionada escritura pública no se pactó ninguna *condición*.

ii) Si, en efecto, el acta No. 006¹⁸ hace parte integral o no de la escritura pública contentiva del contrato de donación, con el propósito de determinar si lo consignado en el acta -consistente en que la destinación del lote era para la construcción de la Facultad de Odontología de la Universidad Libre - Seccional Atlántico- podría entenderse como una *condición* que obligaba a la demandada.

iii) En caso de considerarse que la donación sí estaba sujeta a una *condición*, habría que analizar a partir de cuándo la demandada no cumplió con lo pactado o, más bien, incumplió con la *condición*¹⁹.

¹⁸ En el acta No. 006 del 24 de junio de 1988 se lee: "Apruébese el concepto favorable No. DI/506 del Departamento Legal de la Gobernación del Atlántico sobre la destinación de un lote de terreno que hizo la Beneficencia del Atlántico para la construcción de la Facultad de Odontología de la Universidad Libre Seccional Atlántico. Asimismo, autorizase la firma de la Escritura Pública respectiva por parte del señor Presidente de esta Junta Directiva y del señor Gerente de la Beneficencia del Atlántico" (folio 53 del cuaderno de primera instancia).

¹⁹ En un caso similar, aunque en una acción popular, además de abordarse la figura de la rescisión, se hizo el análisis de un contrato de donación sujeto a condición, en los siguientes términos: "En caso de que el donatario estuviere en mora de cumplir lo que en la donación se le impuso, el artículo 1483¹⁹ del Código Civil contempló que el donante tenía derecho: i) a que se obligue al donatario a cumplir la obligación o, ii) a que se rescinda la obligación. No obstante frente a la obligación pactada de la obligación consagrada en la norma citada, la doctrina

procedente es solicitar la acción de resolución prevista en el artículo 1546 del Código Civil¹⁹; en efecto, se ha discurrido: 'Existen varios apartes en nuestra legislación civil que hacen discutir la aplicación de la resolución en los contratos unilaterales. Podemos mencionar tres casos en los que, se puede resolver un contrato unilateral: (...). El segundo caso es el contrato de donación en que el donatario no cumple lo que en la donación se le ha impuesto. En este caso, según lo dispuesto en el artículo 1483 del Código Civil, el contrato debe ser rescindido. La verdad es que en este evento la donación no es un contrato unilateral sino bilateral y por eso cabe la resolución del mismo, en los términos del artículo 1546 del Código Civil (y no la rescisión, como impropiamente indica la ley)'. Al descender al caso que ahora corresponde resolver, esta Sala observa que dentro de la presente litis se acreditó que el contrato de donación celebrado entre el municipio de Samaniego y la Nación - Ministerio de Comunicaciones se encontraba sujeta a una condición, consistente en que el inmueble se aplicara a la construcción de un edificio nacional en el cual funcionarían las oficinas de correos, telégrafos, despachos judiciales, etc. Sin embargo, como se desprende de lo probado en el expediente, el donatario incumplió tal condición, puesto que, dando cumplimiento al Decreto-ley 3267 de 1963 donó, a su vez, el bien inmueble referenciado, a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM- y a ADPOSTAL, circunstancia que, a todas luces, ubica tal acción frente al escenario del incumplimiento del contrato de donación celebrado entre las atrás señaladas entidades públicas" (subrayas del texto) (Consejo de Estado, Sala de lo



Radicación: 090012333000201401083 01 (58.570)
 Actor: Lotanco en liquidación
 Demandado: Universidad Libre de Colombia
 Referencia: Contractual (Ley 1437 de 2011)

Estos puntos son controversiales y se constituyen en la materia del litigio, de los cuales depende determinar si en el presente asunto operó o no la caducidad frente a las referidas pretensiones, de ahí que este fenómeno procesal deba ser estudiado al momento de proferirse sentencia.

2.2. Inepta demanda

El artículo 100.5 del CGP consagra la “*ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones*” como una **excepción previa**, susceptible de ser propuesta por el demandado, de ahí que deba entenderse que este medio exceptivo está llamado a prosperar cuando la demanda carece de los requisitos de forma previstos en la ley o cuando no se cumplen las reglas para la figura procesal de la acumulación de pretensiones.

2.2.1. Por no agotarse el requisito de procedibilidad consistente en la conciliación extrajudicial

El ente universitario propuso la excepción de inepta demanda “*por falta de requisitos formales*”, con fundamento en que la parte actora no agotó el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial.

Al respecto, ha de señalarse que, a la luz del artículo 161 del CPACA, la conciliación extrajudicial constituye una exigencia previa para demandar; sin embargo, este no es un requisito formal de la demanda y ello supone que su incumplimiento, si bien genera unas consecuencias de tipo procesal, no tiene la virtualidad de estructurar la excepción de inepta demanda²⁰.

Así pues, se evidencia que la decisión adoptada por el *a quo*, en lo que concierne a este punto, tendría que ver, en principio, con el incumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial y no con la excepción de inepta

Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de mayo de 2016, exp: 2011-00297 (AP), actor: municipio de Samaniego, demandado: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones).

²⁰ Ver auto de ponente del 29 de junio de 2017, exp: 57.506, Subsección A, Sección Tercera, Consejo de Estado; pronunciamiento en el que se aborda la naturaleza de la excepción previa y su diferencia con el agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial.



Radicación: 090012333000201401083 01 (58.570)
Actor: Lotanco en liquidación
Demandado: Universidad Libre de Colombia
Referencia: Contractual (Ley 1437 de 2011)

demanda como la alegó el ente universitario y como, en efecto, la decidió el Tribunal de primera instancia.

Hecha la anterior precisión, el Despacho pasa a pronunciarse sobre el agotamiento del requisito de procedibilidad aludido, no sin antes señalar que el artículo 613 del CGP dispone que no se requiere adelantar el trámite de la conciliación antes de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa: i) cuando quien demande sea una entidad pública; ii) cuando el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o iii) cuando se trate de un proceso ejecutivo.

En este asunto, el Tribunal consideró que la parte demandante podía acudir directamente a esta jurisdicción, esto es, sin agotar el requisito previo de la conciliación extrajudicial, porque la parte actora pidió medidas cautelares de carácter patrimonial; decisión que apeló la demandada, con fundamento en que aquellas medidas no eran de naturaleza patrimonial.

Así pues, habría que verificar si las medidas cautelares solicitadas por la parte demandante²¹ tienen o no un contenido patrimonial; sin embargo, al margen de esa discusión, el Despacho advierte que Lotanco, entidad demandante en este asunto, es de naturaleza pública²², razón suficiente para señalar, al tenor del artículo 613 del CGP, que a la parte actora no podía exigírsele el agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial.

3. Conclusiones

3.1. Por las razones expuestas: i) se modificará la decisión del Tribunal adoptada en el auto del 28 de julio 2016, en el sentido de que la consecuencia de la caducidad de la pretensión principal de nulidad absoluta del contrato de donación no es la terminación del proceso, sino la exclusión de esa pretensión de la *litis* y así se ordenará y ii) se confirmará el auto del 26 de julio de 2016, en tanto al

²¹ Folios 1-19 del cuaderno de medidas cautelares.

²² En el artículo 1° del Decreto Ordenanzal No. 000517 se lee "*NATURALEZA JURÍDICA. La Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico (Lotanco) es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente y vinculada al Departamento Administrativo de Salud del Atlántico*" (folios 73-75 del cuaderno de primera instancia).



Radicación: 090012333000201401083 01 (58.570)
 Actor: Lotanco en liquidación
 Demandado: Universidad Libre de Colombia
 Referencia: Contractual (Ley 1437 de 2011)

demandante no le era exigible agotar el requisito previo de la conciliación extrajudicial, con la precisión de que su incumplimiento no tiene la virtualidad de estructurar la excepción de inepta demanda.

3.2. Una vez regrese el expediente al *a quo*, este deberá reanudar la audiencia inicial y seguir con el trámite correspondiente, con la precisión de que el estudio de la caducidad frente a la pretensión de rescisión del contrato de donación con sus respectivas subsidiarias y las subsidiarias de la pretensión de nulidad absoluta deberá realizarse al momento de proferirse sentencia, porque su análisis implica el examen de unos temas concernientes al fondo del litigio, tal como se explicó atrás.

En mérito de lo expuesto, este Despacho del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el auto del 28 de julio de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que declaró probada la excepción de caducidad y, como consecuencia, dio por terminado el proceso. En su lugar y por las razones expuestas en precedencia, se dispone:

***“DECLARAR** probada la excepción de caducidad respecto de la pretensión principal de nulidad absoluta del contrato de donación y, por consiguiente, **EXCLUIR** dicha pretensión de la presente controversia”.*

SEGUNDO: CONFIRMAR el auto del 26 de julio de 2016, dictado en audiencia inicial por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por cuanto a la demandante no le era exigible agotar el requisito previo de la conciliación extrajudicial.

TERCERO: Por Secretaría, una vez de ejecutoriado este proveído, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen, para que reanude la audiencia inicial y continúe con el trámite correspondiente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

MAMG