

CONTRATO DE CONCESIÓN – Clases de concesión – Proceso de selección – Licitación pública

El ordenamiento jurídico prevé distintas clases de concesión; en efecto, ésta puede ser de obra pública, de servicios públicos [servicios básicos, uso de los recursos naturales, servicios postales, etc.], de explotación de bienes del Estado [minería, espectro electromagnético –radioeléctrico– etc.], de monopolios rentísticos y juegos de azar, entre otras. Algunas de ellas están definidas por normas especiales, que regulan las particularidades del proceso de selección ; sin embargo, no todas las modalidades de concesión tienen definido un proceso especial de escogencia del concesionario, que garantice el cumplimiento de los principios de transparencia, economía, igualdad y el deber de selección objetiva del contratista; por tal razón, cuando no existe norma especial que contemple el proceso de escogencia del concesionario, como sucede en este caso, se debe acudir a la regla general prevista por el estatuto general de contratación administrativa, es decir, a la licitación pública, tal como lo establece el numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 , vigente para la fecha en que fue celebrado el contrato que se examina [hoy día, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007], pues, por antonomasia, la licitación es el proceso de selección que con mayor rigor garantiza los principios y el cumplimiento de los deberes que informan la actividad contractual del Estado durante el iter contractus, razón por la cual es de obligatorio acatamiento por parte de las entidades estatales, salvo en los casos en que la ley ha exceptuado su aplicación. [...] la jurisprudencia de la Sala ha precisado que la pretermisión del procedimiento de licitación, cuando no existe norma expresa que la autorice, conduce a la invalidez del contrato celebrado, por ser un acto jurídico que surge con **desconocimiento de normas de orden público de obligatorio cumplimiento**.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Efectos – Obligaciones de las partes – Artículo 1746 del C.C

La nulidad absoluta del contrato, además de hacerlo desaparecer del mundo jurídico, genera como consecuencia que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de su celebración y, por lo mismo, cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual, tal como lo dispone el artículo 1746 del C.C.; sin embargo, no siempre la declaración de nulidad del contrato trae como consecuencia la obligación de restitución mutua de lo recibido por aquéllas, porque existen situaciones en las cuales tal obligación puede resultar físicamente imposible de cumplir, como cuando resulta imposible volver las cosas a su estado primigenio, que es lo que sucede en el sub lite.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 855001-23-31-000-1998-00118-01(19705)

Actor: PROCESADORA DE CARNES LA SABANA LTDA.

Demandado: MUNICIPIO DE YOPAL

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2000 por el Tribunal Administrativo de Casanare, en cuya parte resolutive se dispuso:

“1. Se declara la nulidad de las resoluciones números 061 del 19 de febrero de 1998 y 164 del 31 de marzo del mismo año, proferidas por el señor alcalde municipal de Yopal.

“2. Como consecuencia, se deja sin efecto la resolución No. 035 del 30 de enero de 1.998 proferida por el mismo servidor.

“3. Se declara la existencia del contrato 214 de 1.997.

“4. Se declara que tanto el municipio de Yopal como la parte demandante, Procesadora de Carnes La Sabana Ltda, incumplieron el contrato 214 de 1.997.

“5. Se declara resuelto el contrato 214 de 1.997.

“6. Se ordena al municipio de Yopal cancelar al demandante Procesadora de Carnes La Sabana Ltda., la suma de diez millones ciento cincuenta y tres mil ochocientos cuarenta y cinco con sesenta (\$10'153.845.60) pesos, moneda corriente.

“7. Esta suma será ajustada en su valor, siguiendo el procedimiento a que se refiere la siguiente fórmula:

...

“8. Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

“9. Esta sentencia se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 178 del C.C.A.

“10. Remítase copia de esta providencia a la Procuraduría Departamental de Casanare, para los fines que se estime (sic) pertinentes.

“11. En firme esta providencia, archívense las diligencias” (fls. 318 y 319, C. Consejo).

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 10 de julio de 1998 en el Tribunal Administrativo de Casanare, la sociedad Procesadora de Carnes La Sabana Ltda., actuando por conducto de apoderado, formuló demanda, en ejercicio de la acción de controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso

Administrativo (subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998), contra el municipio de Yopal, con el fin de obtener: i) la declaración de nulidad de la Resolución 061 del 19 de febrero de 1998, proferida por el Alcalde de Yopal, por medio de la cual dispuso la terminación unilateral del contrato de arrendamiento 00214 de 1997, ii) la declaración de nulidad de la Resolución 164 del 31 de marzo de 1998, proferida por el Alcalde de Yopal, por medio de la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución, iii) la declaración atinente a que, con la expedición de los actos administrativos demandados, se incumplió el referido contrato¹ y iv) la consecuencial condena a la indemnización de los perjuicios morales y materiales ocasionados a la demandante con la expedición de los actos cuestionados (fls. 2 y 3, C. 1).

2.- Hechos.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se pueden compendiar así:

2.1.- El 26 de diciembre de 1997, fue celebrado el contrato de arrendamiento 0214, entre el municipio de Yopal y la Procesadora de Carnes La Sabana Ltda.

En virtud del citado contrato, el municipio de Yopal entregó a la Procesadora de Carnes La Sabana Ltda. unas instalaciones, para el sacrificio de ganado, a título de arrendamiento.

2.2.- El “3 de febrero de 1997” (sic², fl. 3, C. 1), la sociedad demandante inició el sacrificio de ganado en las instalaciones arrendadas por el municipio de Yopal, actividad que no se pudo iniciar con anterioridad, porque aquélla se vio obligada a realizar unas adecuaciones al inmueble, para cumplir los requerimientos exigidos por las distintas autoridades.

2.3.- El 30 de enero de 1998, el Alcalde de Yopal ordenó iniciar una actuación administrativa orientada a terminar unilateralmente el contrato de arrendamiento 00214 de 1997, con fundamento en la facultad excepcional consagrada en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993.

¹ Esta pretensión fue introducida con el escrito de corrección de la demanda, presentado el 3 de agosto de 1998 (fls. 183 y 184, C.1).

² Se refiere al 3 de febrero de 1998.

Para lo anterior, señaló que el arrendatario había incumplido las obligaciones del contrato, en la medida en que no había iniciado, oportunamente, las labores de sacrificio de animales, con lo cual resultaba gravemente afectado el servicio público y, de paso, los intereses de la comunidad.

2.4.- Mediante escrito del 4 de febrero de 1998, la sociedad demandante expuso que el sacrificio de ganado no se pudo iniciar con anterioridad, porque las instalaciones arrendadas fueron entregadas con deficiencias estructurales que impedían el adecuado manejo ambiental y de aguas residuales.

2.5.- El 19 de febrero siguiente, el Alcalde de Yopal expidió la Resolución 061, por medio de la cual dispuso terminar unilateralmente el precitado contrato, porque la planta de sacrificio no cumplía las condiciones de higiene necesarias para cumplir con las labores propias de su destinación. Añadió que el matadero no contaba con licencia ambiental y que la U.A.E de Aeronáutica Civil había enviado un escrito en el cual expresaba que la seguridad de las operaciones del aeropuerto del municipio podía verse afectada por la cercanía de la planta de sacrificio, pues alrededor de ésta sobrevolaban aves de rapiña que podían, eventualmente, ocasionar emergencias.

Por lo anterior, señaló que, para evitar la afectación de los servicios públicos a cargo de la administración, se imponía terminar unilateralmente el contrato de arrendamiento.

Contra la mencionada resolución, la Procesadora de Carnes La Sabana Ltda. interpuso recurso de reposición, que se resolvió confirmándola en todas sus partes, mediante Resolución 164 del 31 de marzo de 1998 (fls. 3 a 5, C. 1).

3.- Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de violación.-

La demanda citó como violados los artículos 4 y 29 de la Constitución Política, 13, 14 y 17 (numeral 1) de la Ley 80 de 1993 y 1981, 1973 y 2008 del Código Civil.

3.1.- Sostuvo que el Alcalde de Yopal vulneró el debido proceso de la Procesadora de Carnes La Sabana Ltda. y los artículos 14 y 40 de la Ley 80 de 1993, por cuanto, en los contratos de arrendamiento, está expresamente prohibida la inclusión de las cláusulas excepcionales al derecho común.

El contrato de arrendamiento 00214 de 1997 estaba regido por las normas del derecho común y, por ende, sólo podía terminar por las causales contempladas en el artículo 2008 del Código Civil y la restitución del inmueble sólo podía ser deprecada bajo el procedimiento contemplado por el artículo 424 del C. de P.C. Como no se agotó tal procedimiento, se vulneró el debido proceso.

3.2.- En sentir de la sociedad demandante, el acto administrativo que dispuso la terminación unilateral del mencionado contrato fue expedido con *“desviación de poder y falsa motivación”* (fl. 13, C. 1), porque, a través de aquél, el Alcalde de Yopal interpretó unilateralmente el contrato, para señalar que se trataba de una concesión y no de un arrendamiento; por la misma razón, modificó unilateralmente el negocio jurídico y, arguyendo una causal de caducidad, lo terminó, pese a lo cual invocó la facultad prevista por el artículo 17 de la Ley 80 de 1993.

Para justificar la decisión administrativa cuestionada, el Alcalde señaló que el *“Sacrificio y degüello de ganado vacuno y porcino”* (fl. 14, C. 1) es un servicio público; pero no tuvo en cuenta que por servicio público deben entenderse *“... aquellas actividades que el Estado tiene el deber de prestar a todos los habitantes del territorio nacional, de manera eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones, en forma directa, o mediante el concurso de particulares, con el propósito de satisfacer las necesidades de interés general que la sociedad demanda ...”* (ibídem).

3.3.- Señaló que la decisión contenida en la Resolución 061 de 1998 no se acompasa con las consideraciones expuestas en la Resolución 035 de 1998. En aquélla se dijo que la terminación unilateral obedecía a que el sacrificio de ganado se estaba realizando en condiciones antihigiénicas y enseguida precisó, paradójicamente, que el mismo contratista le había manifestado que, mientras no se terminaran las piscinas de oxidación y se produjera la entrega de los elementos objeto del contrato, era imposible iniciar el sacrificio de ganado.

Adicionalmente, el Alcalde arguyó que recibió una carta de la Aeronáutica Civil, en la cual se le hizo saber que la seguridad de las operaciones áreas podría verse afectada por la cercanía de la planta de sacrificio al aeropuerto de Yopal, debido a la presencia de las aves de rapiña que circundan dichas instalaciones.

En sentir de la demandante, si la construcción de la planta de sacrificio de ganado requería un permiso de la U.A.E de Aeronáutica Civil, la consecución del mismo era responsabilidad del municipio de Yopal y no de la arrendataria; por ende, tal consideración no podía servir de fundamento para la terminación del contrato de arrendamiento.

Por todo lo anterior, sostuvo que, *“En los Actos administrativos de la alcaldía de Yopal, no existe uniformidad ni en los motivos, ni en la causa, ni en el elemento finalista del acto administrativo, ni en el fin previsto específicamente con relación a (sic) la competencia otorgada por las normas”* (fl. 16, C. 1).

3.4.- La Resolución 164 del 31 de marzo de 1998 fue proferida con similares argumentos a los expuestos en la Resolución 061 del mismo año y reiteró que con la ejecución del mencionado contrato se paralizaría la prestación del servicio de transporte aéreo en la ciudad de Yopal, con grave perjuicio no sólo para el municipio, sino para el departamento de Casanare y para la Nación.

La sociedad demandante considera que la fundamentación del acto administrativo en cita constituye flagrante desviación de poder y falsa motivación (fls. 8 a 16, C. 1).

4.- La actuación procesal.-

Por auto del 10 de septiembre de 1998, el Tribunal Administrativo de Casanare admitió la demanda y ordenó notificar personalmente la providencia al Alcalde del municipio y al agente del Ministerio Público; asimismo, dispuso la fijación en lista del negocio y negó la medida de suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos cuestionados (fls. 204 a 207, C. 1).

4.1.- Dentro del término de fijación en lista, el Municipio de Yopal contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó como ciertos los referidos a la celebración del contrato 00214 de 1997 y a la expedición de los actos administrativos cuestionados, como parcialmente ciertos los relacionados con la motivación de las resoluciones atacadas, negó otros y sostuvo que los restantes contienen apreciaciones subjetivas de la demandante.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó “EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO POR PARTE DEL CONTRATISTA”, “EXCEPCION DE CONTRATO TIPICO DISTINTO A LO CONTRATADO” y “EXCEPCIÓN DE CONTRATO SIN LOS REQUISITOS LEGALES”.

Para fundamentar los anteriores medios exceptivos sostuvo que el contratista incumplió las obligaciones a su cargo, por cuanto para la fecha en que se produjo la terminación unilateral del contrato no había iniciado el sacrificio de ganado. Por otra parte, reafirmó que el contrato celebrado era un típico contrato de concesión, pues, a través de éste se entregó al particular la prestación del servicio público de sacrificio y degüello de ganado vacuno y porcino.

Por lo anterior, señaló que el contrato fue celebrado sin el cumplimiento de los requisitos que el ordenamiento jurídico prevé para los de su clase, pues el contratista fue escogido bajo la modalidad de contratación directa, sólo se presentó una oferta (la de la demandante) y el contrato fue celebrado 20 días antes de que se publicaran los avisos de convocatoria (fls. 223 a 233, C. 1)

5.- Los alegatos de primera instancia.-

Mediante auto del 17 de febrero de 2000, el Tribunal de primera instancia corrió traslado a las partes, para que alegaran de conclusión y al agente del Ministerio Público, para que emitiera concepto.

5.1.- El municipio de Yopal reiteró que el contrato celebrado corresponde a un típico contrato de concesión de un servicio público, pues según lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 60 de 1993, a los municipios les compete ejercer la vigilancia y control de las plazas de mercado, de los centros de acopio y de los “*mataderos públicos o privados*”.

Por otra parte, sostuvo que dentro del proceso está acreditado que en la celebración del contrato 00214 de 1997 se presentaron varias irregularidades y se desconocieron las normas que rigen los procesos administrativos de selección de los contratistas; además, está probado que el contratista incumplió las obligaciones a su cargo (fls. 285 a 289, C. 1).

6.- La sentencia recurrida.-

Mediante fallo del 23 de noviembre de 2000, el Tribunal Administrativo de Casanare puso fin a la controversia, en primera instancia, en la forma consignada al inicio de esta providencia.

Para llegar a lo anterior, el Tribunal se refirió a los antecedentes del litigio y a la prueba recaudada en el proceso, con base en la cual precisó que el contrato celebrado entre las partes corresponde a una concesión y no a un arrendamiento, pues el objeto del contrato fue *“LA EXPLOTACIÓN DEL INMUEBLE Y PLANTA DE SACRIFICIO DEL MATADERO MUNICIPAL DE YOPAL”* (fl. 307, C. Consejo); por tal razón, estaba permitido el pacto de las cláusulas excepcionales al derecho común.

Añadió que la propuesta del demandante se refirió a la celebración de un contrato *“PARA LA ADMINISTRACIÓN DEL MATADERO FRIGORIFICO DE YOPAL”* (ibídem), de modo que, de haberse celebrado el contrato con el fin de administrar el proyecto, se asumiría que la verdadera intención de las partes fue celebrar un contrato de prestación de servicios, en el cual también resulta viable el pacto de las cláusulas excepcionales.

No obstante, en sentir del Tribunal, se trató de la explotación de un bien de propiedad del municipio destinado a la prestación del servicio público de sacrificio de ganado.

Enfatizó en que el sacrificio de ganado constituye un servicio público, porque está orientado a satisfacer las necesidades colectivas de forma permanente y bajo la continua dirección, regulación y control del Estado. Tal noción se acompasa con la que consagra el artículo 2 (numeral 3) de la Ley 80 de 1993, para definir el servicio público.

A lo anterior agregó que, según lo dispuesto por el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye servicio público la actividad que se desarrolla en las plantas de leche, en las plazas de mercado, en los mataderos y en todos los organismos de distribución de estos establecimientos, tanto oficiales como privados.

Por lo anterior, consideró que *“... la vía adoptada por el demandado para terminar unilateralmente el contrato celebrado con el accionante se ajustó a la ley ...”* (fl. 310, C. Consejo) .

No obstante, a juicio del Tribunal, los actos administrativos demandados están viciados de nulidad, pues *“... La circunstancia de motivar la terminación endilgando responsabilidad solamente al demandante, sin reconocer el propio incumplimiento, nos lleva a la conclusión de una falsa motivación, lo que implica la declaratoria de nulidad de los actos acusados ...”* (fl. 311, C. Consejo).

Luego de analizar los hechos que, en sentir del Tribunal, son constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del municipio señaló:

“... Vemos como (sic) hubo errores de parte y parte: celebraron el contrato desconociendo el principio de transparencia; además, sin que se hubiesen adoptado todas las medidas necesarias para su correcta ejecución y en esto cabe responsabilidad a concedente y concesionario. Por esto, las dos asumirán las consecuencias: para el demandado la consecuencia será la declaratoria de nulidad de los actos acusados y la indemnización de perjuicios por lucro cesante, en la forma en que más adelante se determinará. Para el demandante, que actuó en forma negligente y admitió suscribir un contrato en las condiciones en que anotamos, las consecuencias se concretarán en que no se le reconocerá en su totalidad el monto de los perjuicios solicitados ...” (fl. 315, C. Consejo).

Negó la indemnización de los perjuicios morales, cuyo reconocimiento fue deprecado por la demandante y, a título de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, accedió a reconocer el monto de la utilidad que esperaba obtener con la ejecución del contrato, esto es, la suma de \$9'029.715.60, más la suma que el municipio aceptó reconocer al concesionario en la Resolución 1903 del 31 de diciembre de 1998 (a través de la cual se liquidó unilateralmente el contrato), es decir, \$1'124.130.00 (fls. 293 a 320, C. Consejo).

7.- La actuación de segunda instancia.-

Inconforme con el fallo de primera instancia, la sociedad Procesadora de Carnes La Sabana Ltda. interpuso recurso de apelación contra los numerales 4, 6 y 8 de la citada sentencia (fl. 325, C. Consejo), con el fin de que se modifiquen, para que se acceda a las pretensiones referidas a daño emergente y para que se aumente el monto de la condena por lucro cesante.

7.1.- La sustentación del recurso de apelación.-

El recurrente sostuvo que las consecuencias jurídicas de la terminación unilateral del contrato deben ser asumidas exclusivamente por el municipio de Yopal, porque fue éste quien no entregó la totalidad de los elementos necesarios para que el demandante ejecutara la actividad de sacrificio de ganado en condiciones higiénicas (maquinaria, instalaciones, servicios de desagüe y piscinas de oxidación).

Según la demandante, *“... Con la inspección judicial llevada a cabo en las instalaciones del matadero, se estableció cómo el contratista dispuso de los medios que le correspondían para la ejecución del contrato, tales como el personal requerido y los vehículos necesarios ...”* (fl. 336, C. Consejo).

En cuanto a las pretensiones indemnizatorias, la demandante sostuvo que, contrario a lo que dijo el Tribunal de primera instancia, el daño emergente fue acreditado con el estado de pérdidas y ganancias que obra a folio 185 del cuaderno 1, el cual se presume auténtico en los términos del artículo 39 de la Ley 222 de 1995.

Con base en los referidos estados financieros, los peritos dictaminaron que el daño emergente ocasionado a la demandante ascendió a \$158'390.184.00.

Añadió el apelante que, dentro de la actuación administrativa que culminó con la terminación unilateral del contrato 00214 de 1997, la sociedad demandante allegó los recibos de los gastos efectuados para la ejecución del contrato; sin embargo, tales documentos no militan en el proceso, porque el municipio de Yopal se abstuvo de remitir al Tribunal la totalidad de los antecedentes de los actos administrativos cuestionados.

Reiteró que a la sociedad demandante no le cabe responsabilidad alguna por la falta de ejecución del mencionado contrato y, por consiguiente, la demandada debe ser condenada a la indemnización, por concepto de lucro cesante, en la cuantía determinada por el dictamen pericial rendido en el presente proceso, esto es, por la suma de \$225'742.890.00.

Solicitó la práctica de pruebas (fls. 334 a 339, C. Consejo).

7.2.- La pruebas en segunda instancia.-

En el escrito de sustentación del recurso de apelación, la sociedad demandante solicitó oficiar al municipio de Yopal para que allegara al proceso la totalidad de *“... la carpeta compuesta por 137 folios, entregada por la Sociedad Procesadora de Carnes de la (sic) Sabana Ltda. como anexo del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 035 de 1998”* (fl. 338, C. Consejo).

Mediante auto del 1º de noviembre de 2001, el Despacho del entonces Consejero conductor del proceso accedió a la anterior solicitud (fls. 347 a 349, C. Consejo) y, mediante oficio 2202-1474 del 18 de noviembre de 2002, la entidad territorial allegó 245 folios, con el fin de cumplir la orden impartida por el Consejo (fls.357 a 612, C. Consejo); no obstante, dentro de los documentos allegados no se hallaban los requeridos a través del precitado auto.

Posteriormente, el municipio de Yopal informó al Despacho que en los archivos del municipio no obraba la carpeta requerida por la sociedad demandante (fl. 618, C. Consejo) y advirtió que el original de la misma se encontraba en poder del solicitante de la prueba (ibídem).

La respuesta de la entidad pública fue puesta en conocimiento de la parte contraria, por el término de tres (3) días, mediante auto del 2 de mayo de 2003 (fl. 619, C. Consejo), el cual transcurrió sin manifestación alguna (fl. 620, C. Consejo).

8.- Los alegatos de conclusión de segunda instancia y el concepto del Ministerio Público.-

Mediante auto del 23 de mayo de 2003 (fl. 621, C. Consejo) se corrió traslado a las partes, para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto.

Todos guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

I. La competencia.-

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la sociedad Procesadora de Carnes La Sabana Ltda., contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare el 23 de noviembre de 2000, por cuanto la cuantía del proceso fue estimada razonadamente por la parte demandante en la suma de \$500'000.000.oo. Para la época de interposición de la demanda (10 de julio de 1998, fl. 28 vto.), eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción de controversias contractuales cuya cuantía excediera la suma de \$18'850.000.oo³, monto que, como se puede observar, se encuentra ampliamente superado. Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

II.- Objeto y límites del recurso de apelación.-

El marco de competencia funcional de esta Sala, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los aspectos que no fueron objeto del recurso de apelación se encuentran excluidos del debate sustancial en esta instancia, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 357 del C. de P.C.

La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que *“las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”*⁴.

³ Artículo 2° del Decreto 597 de 1988.

⁴ Al respecto, ver sentencia C-583 de 1997, de la Corte Constitucional.

La sentencia de primera instancia sólo fue apelada por la parte demandante, con el fin de lograr que se accediera a la totalidad de las pretensiones económicas y que se aumentara la cuantía de la condena impuesta a favor de la parte actora; no obstante, la Sala advierte desde ahora que, para efectos de resolver la apelación, resulta imprescindible analizar puntos que, si bien no constituyen objeto del recurso, guardan estrecha relación con aquellos que sí lo son, de modo que la providencia de primera instancia se enmendará en los aspectos que resulten inescindibles a la materia recurrida, para emitir una decisión coherente, en cuanto a las inconformidades que manifiesta la parte actora respecto del fallo de primer grado.

III.- Análisis del recurso.-

La Sala acoge las consideraciones expuestas por el Tribunal de primera instancia, respecto de la calificación jurídica del contrato 00214 del 26 de diciembre de 1997, celebrado entre la Procesadora de Carnes La Sabana y el municipio de Yopal, pues debe recordarse que, al margen de la denominación que las partes decidan otorgarle al contrato celebrado, lo que determina realmente el tipo contractual es la función práctica y económico – social⁵ que el acto jurídico está llamado a cumplir o, dicho en otros términos, la caracterización del contrato está establecida por los elementos que lo integran⁶ y, en este caso, no existe duda de que se trata de un contrato de concesión para la explotación de un bien público destinado, por su naturaleza, a la prestación del servicio público de sacrificio de ganado vacuno y porcino, con el fin de abastecer a la comunidad de Yopal de esos productos pecuarios.

Tal aspecto fue analizado de manera copiosa por la sentencia de primera instancia y no fue materia del recurso de apelación, razón por la que la Sala no efectuará consideraciones adicionales al respecto.

Por otra parte, el Tribunal de primera instancia señaló que la administración debió agotar el procedimiento administrativo de licitación pública para escoger al contratista, por tratarse de un contrato de concesión; sin embargo, el a quo no dedujo ninguna consecuencia jurídica de la omisión del mencionado proceso de selección. A pesar de que este punto no fue materia de apelación, la Sala lo

⁵ DIEZ PICAZO, “Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial”, pág. 399 y ss.

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 14390.

analizará por tratarse de un aspecto que está ligado, de manera inescindible, a la materia objeto del recurso, pues la indemnización de perjuicios deprecada por el demandante depende de la viabilidad jurídica de ejecutar el objeto de las obligaciones del referido contrato.

El ordenamiento jurídico prevé distintas clases de concesión; en efecto, ésta puede ser de obra pública, de servicios públicos (servicios básicos, uso de los recursos naturales, servicios postales, etc.), de explotación de bienes del Estado (minería, espectro electromagnético –radioeléctrico- etc.), de monopolios rentísticos y juegos de azar, entre otras. Algunas de ellas están definidas por normas especiales, que regulan las particularidades del proceso de selección⁷; sin embargo, no todas las modalidades de concesión tienen definido un proceso especial de escogencia del concesionario, que garantice el cumplimiento de los principios de transparencia, economía, igualdad y el deber de selección objetiva del contratista; por tal razón, cuando no existe norma especial que contemple el proceso de escogencia del concesionario, como sucede en este caso, se debe acudir a la regla general prevista por el estatuto general de contratación administrativa, es decir, a la licitación pública, tal como lo establece el numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993⁸, vigente para la fecha en que fue celebrado el contrato que se examina (hoy día, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007), pues, por antonomasia, la licitación es el proceso de selección que con mayor rigor garantiza los principios y el cumplimiento de los deberes que informan la actividad contractual del Estado durante el *iter contractus*, razón por la cual es de obligatorio acatamiento por parte de las entidades estatales, salvo en los casos en que la ley ha exceptuado su aplicación.

En este caso, para determinar si el departamento de Casanare había adelantado el proceso de selección apropiado para el contrato de concesión suscrito entre las partes en litigio, el Tribunal de primera instancia requirió a la entidad pública demandada para que remitiera al presente proceso copia auténtica, íntegra y legible de la totalidad de los documentos que antecedieron su celebración.

⁷ Así, por ejemplo, para la época en que fue celebrado el contrato que se examina, el Decreto 855 de 1994 reglamentaba las formas de otorgar la concesión de los servicios y actividades de telecomunicaciones y, expresamente, señalaba que podían otorgarse mediante licencia o mediante contratación directa, conforme al procedimiento establecido en la misma normatividad.

⁸ “ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

“1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: ...” (Numeral derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007).

El municipio de Yopal respondió el requerimiento mediante oficio del 17 de mayo de 2000, a través del cual remitió a este proceso el aviso de invitación para participar en la escogencia del contratista y la propuesta presentada por el señor Luis Eduardo Soto Rangel.

La entidad territorial advirtió que no existieron pliegos de condiciones o términos de referencia, para la referida contratación, que la única propuesta presentada fue la del señor Soto Rangel y que no fue emitido concepto alguno, para la escogencia de la oferta.

El referido aviso de convocatoria dice (se transcribe como aparece a fl. 3, C. 4):

“Se invita a todas las personas naturales y jurídicas a presentar propuestas ante el Despacho de la Alcaldía Municipal de Yopal, para la contratación de:

“OBJETO: EXPLOTACIÓN DEL INMUEBLE Y PLANTA DE SACRIFICIO DEL MATADERO MUNICIPAL DE YOPAL.

“CUANTÍA: Contratación de menor cuantía en forma directa (Ley 80/93 y su Decreto reglamentario No. 855/94.

“Las propuestas deben ser presentadas dentro del termino de fijación de este aviso (2 días hábiles).

“Fijado hoy: 22 DIC. 1997 600 pm

“Desfijado hoy: 24 DIC 1997 6:00 pm

“OMAIRA RODRÍGUEZ R.

“Secretaria del Despacho”

(Hay firma).

Queda claro así que la administración omitió adelantar el procedimiento administrativo que el ordenamiento jurídico prevé para la escogencia del concesionario (licitación pública) y tal inadvertencia atenta contra el orden público jurídico, pues las normas que informan y estructuran los procedimientos de selección son de carácter imperativo y, por lo mismo, de cumplimiento incondicional e irrestricto (artículo 16 del Código Civil), en la medida en que están previstas para proteger el interés implícito en la contratación estatal, que no es otro que el interés de la colectividad y la realización de los fines del Estado, según lo prevé el artículo 3 de la Ley 80 de 1993; así, el numeral 8, del artículo 24 de la misma ley dispone que *“Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la*

ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”.

Por lo anterior, la jurisprudencia de la Sala ha precisado que la pretermisión del procedimiento de licitación, cuando no existe norma expresa que la autorice, conduce a la invalidez del contrato celebrado, por ser un acto jurídico que surge con **desconocimiento de normas de orden público de obligatorio cumplimiento**⁹.

La celebración del contrato 00214 del 26 de diciembre de 1997 debió ser el resultado de una licitación pública, pues no existe disposición especial que exceptúe este tipo de concesión de la regla general prevista por el numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993¹⁰, vigente para la fecha de celebración del referido negocio.

Así, pues, se desconoció la norma imperativa contenida en el numeral 8 ibídem y, de contera, se vulneraron los principios de transparencia, igualdad, publicidad, libre concurrencia, planeación y el deber de selección objetiva previsto por la misma ley; en consecuencia, el contrato surgió con desconocimiento de las normas imperativas de orden público que condicionan la formación del contrato, configurándose así la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito prevista por el artículo 1741 ibídem, la cual se integra al artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por expreso mandato del inciso primero de esta misma norma.

A pesar de que la validez del contrato 00214 de 1997 no fue cuestionada en el presente proceso y no fue objeto de censura a través del recurso de apelación, la Sala se encuentra en la obligación de declarar, oficiosamente, su nulidad absoluta y total, para garantizar la supremacía del orden público que regenta las relaciones jurídicas y para proteger al conglomerado social de los efectos adversos que se puedan desprender del acto que se ha erigido en contravía de los intereses superiores¹¹; al respecto se recuerda que la facultad para pronunciarse oficiosamente respecto de las nulidades absolutas de los actos jurídicos y de los

⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 31 de enero de 1997, exp. 10498, sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 14.390 y sentencia del 21 de noviembre de 2012, exp. 20.523, entre otras.

¹⁰ Disposición derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

¹¹ BRUGI Biagio. Instituciones de Derecho Civil. Págs. 122 y s.s.

contratos está contemplada por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 y por el inciso primero del artículo 1742 del C.C.¹².

La Sala ha precisado en distintas oportunidades que la facultad del juez de declarar de manera oficiosa las nulidades absolutas que sean manifiestas en los actos o contratos no está sometida al régimen de la caducidad, no solo porque resulta evidente que durante el trámite del proceso puede transcurrir el tiempo previsto por el ordenamiento jurídico para que fenezca la oportunidad de alegarlas por la vía de acción, sino porque la facultad oficiosa difiere ostensiblemente del derecho público subjetivo de acción y los términos de caducidad están concebidos como límites temporales para hacer efectivos ante la jurisdicción los derechos sustanciales; además, el fenecimiento del término de caducidad carece de la virtualidad de sanear los vicios de que adolezcan los actos o contratos; sin embargo, la facultad del juez no es ilimitada, pues, para declarar la nulidad de manera oficiosa, se debe observar: i) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria, a la cual se refiere el artículo 1742 del C.C., pues, ocurrida la prescripción, se produce el saneamiento de los vicios¹³, ii) que en el proceso se hallen vinculadas las partes intervinientes en el contrato o sus causahabientes y iii) que el vicio surja de manera ostensible, palmaria o patente¹⁴.

Por otra parte, se precisa que el término de prescripción extraordinaria que rige en el caso concreto es el de 20 años, según lo dispuesto por el artículo 2532 del C.C.¹⁵, norma de carácter sustancial que se hallaba vigente¹⁶ para la fecha en que comenzó a correr el término¹⁷, el cual resulta aplicable a términos del artículo 41 de la Ley 153 de 1887¹⁸.

¹² “Artículo 1742.- Subrogado. Ley 50 de 1936, art. 2º. Acción de nulidad absoluta. Titularidad. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-597 de 1998.

¹⁴ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13.414

¹⁵ Art. 2532.- Tiempo necesario para la prescripción extraordinaria. “El lapso de tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción es de 20 años contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas por el artículo 2530”. (el artículo original disponía un término de 30 años para la prescripción extraordinaria, pero ésta fue reducida a 20 años por el artículo 1º de la Ley 50 de 1936).

¹⁶ Para la fecha en que comenzó a correr dicho término no se hallaba vigente el artículo 6º de la Ley 791 de 2002, en virtud del cual se redujo el término de prescripción extraordinaria a 10 años.

¹⁷ Debe entenderse que el término comenzó a correr a partir de la fecha de suscripción del contrato 00214, esto es, el 26 de diciembre de 1997 ((fls. 227 a 231, C. 3).

¹⁸ Art. 41.- La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no comenzará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir.

En el asunto sub – lite, la Sala encuentra reunidos los presupuestos para declarar, de manera oficiosa, la nulidad absoluta del contrato 00214 del 26 de diciembre de 1997, pues no han transcurrido los veinte años (20) años de la prescripción extraordinaria contemplada por el artículo 2532 del C.C., contados a partir de la fecha de su celebración, las partes intervinientes en el negocio jurídico fueron vinculadas al presente proceso y el vicio que afecta la validez surge de manera ostensible como quedó visto.

IV.- Las restituciones mutuas.-

La nulidad absoluta del contrato, además de hacerlo desaparecer del mundo jurídico, genera como consecuencia que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de su celebración y, por lo mismo, cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual, tal como lo dispone el artículo 1746 del C.C.; sin embargo, no siempre la declaración de nulidad del contrato trae como consecuencia la obligación de restitución mutua de lo recibido por aquéllas, porque existen situaciones en las cuales tal obligación puede resultar físicamente imposible de cumplir, como cuando resulta imposible volver las cosas a su estado primigenio, que es lo que sucede en el sub lite.

En efecto, a pesar de que el contrato 00214 del 26 de diciembre de 1997 adolece de nulidad absoluta, resulta imposible retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de su celebración, pues ello implicaría deshacer lo ejecutado por la sociedad Procesadora de Carnes La Sabana Ltda., por ejemplo, implicaría retrotraer la explotación del inmueble y el uso de la planta de sacrificio, lo cual resulta materialmente irrealizable; por consiguiente, las restituciones mutuas no proceden en este caso.

V.- La indemnización de los perjuicios.-

El Tribunal de primera instancia despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, en el sentido de declarar la nulidad de las Resoluciones 061 del 19 de febrero de 1998 y 164 del 31 de marzo del mismo año y, como consecuencia de lo anterior, accedió parcialmente a las pretensiones indemnizatorias deprecadas por la demandante, bajo la consideración de que, a través de los referidos actos

administrativos, se truncó la posibilidad de ejecutar, en condiciones de normalidad, el contrato 00214 del 26 de diciembre de 1997.

La decisión de declarar la nulidad los precitados actos administrativos no fue recurrida en apelación y, por lo mismo, la Sala no se pronunciará a este respecto; pero, al margen de lo anterior, se considera que no es posible acceder a las pretensiones indemnizatorias, porque, sin perjuicio de que los actos administrativos que dispusieron la terminación unilateral del contrato hayan sido declarados nulos por el juez de primera instancia, lo cierto es que el contrato no podía ser ejecutado regularmente, porque nació viciado de nulidad total y absoluta, como quedó explicado en precedencia, y resulta elemental que la pretensión indemnizatoria o compensatoria formulada al amparo del artículo 14 (inciso segundo del numeral 1) de la Ley 80 de 1993¹⁹ sólo se puede abrir paso a partir del supuesto de que el contrato 00214 de 1997 era válido y, por consiguiente, que podía ser ejecutado, de no ser por el acaecimiento del hecho que determinó la causal de terminación anticipada aducida por la administración pública, pues debe recordarse que un contrato viciado de nulidad absoluta no puede servir de fuente generadora de derechos u obligaciones para las partes, debido a que la sanción consistente en privar de eficacia el acto jurídico que se ha erigido en contravía del ordenamiento jurídico se produce con efectos *ex tunc*, es decir, desde cuando el acto tuvo origen, lo cual significa que cualquier pretensión indemnizatoria que se fundamente en un contrato viciado de nulidad es improcedente.

Pese a lo anterior, la Sala no puede revocar la condena económica impuesta por el juez de primera instancia, pues, de hacerlo, desmejoraría la situación del apelante único y, por consiguiente, desconocería el principio de la *no reformatio in*

¹⁹ “Artículo 14°.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

“1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

“En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial...” (subraya fuera del texto).

pejus; en consecuencia, mantendrá incólume la indemnización de perjuicios decretada por el Tribunal de primera instancia y solamente actualizará el monto de la condena.

El Tribunal Administrativo de Casanare consideró que la indemnización a favor de la sociedad demandante consistiría en la suma que esperaba recibir el contratista, a título de utilidad, con la ejecución del contrato 00214 de 1997, es decir, \$9'029.715.60 y, adicionalmente, la suma que reconoció la misma entidad a la sociedad demandante en la liquidación final del contrato, por las mejoras efectuadas en el inmueble donde funcionaba la planta de sacrificio de ganado, esto es, \$1'124.130.00, para un total de \$10'153.845.60 (fl. 317, C. Consejo).

El Tribunal no actualizó la suma de dinero; pero, dispuso que la actualización se efectuara desde la fecha en que debió ser reconocida la obligación.

Por lo anterior, la Sala actualizará la condena, con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, teniendo como índice final el del mes anterior a la fecha de esta providencia y, como índice inicial el de diciembre de 1998 (cuando fue liquidado unilateralmente el contrato 00214 de 1997, fl. 73 y 74, C 4); al efecto, se dará aplicación a la siguiente fórmula:

$$Vf = Vh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde:

Vf= Valor actualizado

Vh= Valor histórico

Índice final= IPC correspondiente al mes anterior a la fecha de esta sentencia.

Índice inicial= IPC correspondiente al mes en el cual fue liquidado unilateralmente el contrato 00214 de 1997.

$$Vf = \$10'153.845.60 \frac{113.89 \text{ (IPC agosto de 2013)}}{52.18 \text{ (IPC diciembre de 1998)}}$$

Vf= \$22'162.159.36

Total: VEINTIDÓS MILLONES CIENTO SESENTA Y DOS MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS (\$22'162.159.36) M/CTE.

No obstante lo anterior, en caso de que la entidad demandada haya efectuado a la sociedad demandante el pago ordenado a través de la Resolución 1903 del 31 de diciembre de 1998, *“Por medio de la cual se efectúa unilateral (sic) una liquidación y se toman otras decisiones”*, el municipio de Yopal sólo estará obligado a pagar al contratista la suma de \$9'029.715.60, actualizada con base en la fórmula indicada en precedencia, esto es, **DIECINUEVE MILLONES SETECIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y UN PESOS CON SESENTA CENTAVOS (\$19'708.591.60) M/CTE.**

V.- Costas.-

No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A:

PRIMERO.- MODIFÍCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare el 23 de noviembre de 2000, cuya parte resolutive quedará así:

“Primero.- DECLÁRASE la nulidad total y absoluta del contrato 00214 del 26 de diciembre de 1997, celebrado entre el municipio de Yopal y Procesadora de Carnes La Sabana Ltda., por las razones expuestas en la parte motiva.

“Segundo.-DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones 061 del 19 de febrero de 1998 y 164 del 31 de marzo del mismo año, proferidas por el Alcalde de Yopal (Casanare).

“Tercero.- CONDÉNASE al municipio de Yopal a pagar a Procesadora de Carnes La Sabana Ltda. la suma de **VEINTIDÓS MILLONES CIENTO SESENTA Y DOS MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS (\$22'162.159.36) M/CTE.**

“No obstante, en caso de que la entidad demandada haya efectuado a la sociedad demandante el pago ordenado a través de la Resolución 1903 del 31 de diciembre de 1998, *“Por medio de la cual se efectúa unilateral (sic) una liquidación y se toman otras decisiones”*, el municipio de Yopal sólo estará obligado a pagar al contratista la suma de \$9'029.715.60, actualizada con base en la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia, esto es, **DIECINUEVE MILLONES SETECIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y UN PESOS CON SESENTA CENTAVOS (\$19'708.591.60) M/CTE.**

“Cuarto.- NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- Para el cumplimiento del fallo se dará aplicación a lo dispuesto por el artículo 178 del C.C.A.

CUARTO.- Expídase copia de la sentencia con destino a las partes, con las precisiones establecidas por el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

QUINTO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA