**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Procedencia – Controversias – Bienes de uso público**

La Sala, con fundamento en la Constitución Política, también ha sostenido que ningún término de caducidad puede impedir solventar una controversia que involucre bienes de uso público, porque ello implicaría el desconocimiento del artículo 63 constitucional. En sentencia dictada el día 16 de febrero del 2001, señaló: […] Sin embargo, 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. […] Las acciones relativas al subsuelo, y es ésta una de ellas, ni caducan, ni los derechos vinculados a él prescriben, pues media un interés público. […] Así, estima la Sala que el mero transcurso del tiempo no puede extinguir las acciones encaminadas a que se produzca declaración judicial sobre la propiedad del subsuelo. De no ser así, el paso del tiempo volvería indirectamente enajenable o prescriptible un bien público carente de esas características. Dicho en otras palabras, de aceptarse la tesis sobre la caducidad en casos como éste, los bienes de uso público podrían convertirse en patrimonio particular de quienes los detenten por espacio de 20 años. […] Postura jurisprudencial que el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 recogió al modificar el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, enunciado al que se le incluyó el siguiente parágrafo “cuando el objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables la acción no caducará.

**NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Declaratoria – Facultad oficiosa**

Al respecto recuérdese que el Código Civil, en el artículo 1742 faculta, pero a la vez obliga a declarar la nulidad absoluta, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato. También, el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 establece que la nulidad absoluta puede ser alegada por las partes, el agente del Ministerio Público y cualquier persona o declarada de oficio. Por su parte la jurisprudencia de esta Corporación, con fundamento en las precitadas preceptivas, ha considerado que al juez del contrato le asiste la facultad de pronunciarse oficiosamente, cuando de su análisis se evidencian vicios que afectan su validez. Postura con la que se busca amparar el orden público y dar aplicación a las disposiciones anteriormente señaladas.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00095-02(31128)**

**Actor: COMERCIALIZADORA CARBOMAR Y COMPAÑÍA LIMITADA**

**Demandado: FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS, S.A. Y BANCO DE BOGOTÁ, S.A.**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las sociedades Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. e Inversiones Rodríguez Fuentes Ltda., contra la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2004, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión que declaró probada la excepción de caducidad de la acción.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones**

El 13 de diciembre de 1999, en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado judicial, la sociedad Comercializadora Carbomar y Cia. Ltda. presentó demanda contra el Fondo Nacional de Garantías, S.A., y el Banco de Bogotá, S.A., con fundamento en las siguientes pretensiones[[1]](#footnote-1):

“***I. PRETENSIONES PRINCIPALES:***

*En ejercicio de la acción consagrada por el artículo 1888 del Código Civil Colombiano, solicito se hagan las siguientes declaraciones y condenas:*

***PRIMERA:*** *Declarar que la cabida real del predio LA ARENA CUCAMBITA GLOBO DE TERRENO n.º 2 correspondiente al folio de matrícula inmobiliaria n.º 040-0225164* (sic) *e identificado por su situación y linderos determinados en los hechos de esta demanda, es inferior en un OCHENTA POR CIENTO (80%) a la determinada en el contrato de compraventa celebrado entre COMERCIALIZADORA CARBOMAR Y CÍA LIMITADA (COMPRADORA) y EL FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS, S.A. – BANCO DE BOGOTÁ (VENDEDORES) y contenido en la Escritura Pública Número 959 del 15 de mayo de 1997 otorgada en la Notaria 15 del Círculo de Santafé de Bogotá D.C.*

***SEGUNDA:*** *Declarar que el precio pactado como valor del inmueble mencionado, en este contrato debe ser disminuido en igual proporción a la existente entre la cabida declarada y la cabida real del predio materia de la compraventa, opción que acepta la compradora tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 1888 del Código Civil Colombiano.*

***TERCERA:*** *Como consecuencia de las anteriores declaraciones condenar a los VENDEDORES (FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS, S.A. - BANCO DE BOGOTÁ) a pagar a la COMPRADORA (COMERCIALIZADORA CARBOMAR Y CÍA. LTDA.) el valor de las diferencias entre el precio real del inmueble y las sumas efectivamente pagadas por la compradora, debidamente actualizadas y con los intereses liquidados a la tasa corriente comercial o a la que determine el HONORABLE TRIBUNAL en aplicación de las normas que regulan la materia.*

***CUARTA:*** *Que se declare a los VENDEDORES responsables por los perjuicios ocasionados a la COMPRADORA como consecuencia de los costos ocasionados por los trabajos efectuados en el predio, en la parte cuya tradición no se pudo efectuar por las razones que se expresan en los hechos de la demanda.*

***QUINTA:*** *Que se condene a los VENDEDORES a pagar a la COMPRADORA el valor de los perjuicios enunciados en la pretensión anterior que asciende a la suma de CIEN MILLONES CIENTO NOVENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS ($100.196.831.52) o la suma mayor o menor que se demuestre dentro del proceso, debidamente actualizada y con los intereses corrientes comerciales que determine el HONORABLE TRIBUNAL conforme a las normas legales.*

***SEXTA:*** *Que se condene a los demandados al pago de las costas procesales.*

***SÉPTIMA:*** *Que para el cumplimiento de la sentencia se proceda a dar aplicación a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.*

***PRETENSIONES SUBSIDIARIAS***

***PRIMERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:***

*En ejercicio de la acción consagrada por los artículos 1946 y s.s. del Código Civil colombiano. Y, en subsidio de las pretensiones solicito al HONORABLE TRIBUNAL se hagan las siguientes declaraciones y condenas.*

***PRIMERA.-*** *Declarar que dentro del contrato de compraventa celebrado en la escritura pública número 959 del quince (15) de mayo de 1997 de la Notaría Quince (15) del Circulo de Santafé de Bogotá D.C., entre COMERCIALIZADORA CARBOMAR Y CÍA. LTDA. Y EL FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS, S.A. – BANCO DE BOGOTÁ, en lo que hace referencia al lote identificado con la MATRÍCULA INMOBILIARIA 040-0225164* (sic) *LA ARENA CUCAMBITA GLOBO DE TERRENO n.º 2, la sociedad compradora sufrió LESIÓN ENORME en el precio, teniendo en cuenta que la venta se realizó por CABIDA Y LINDEROS y que en estricto derecho lo que realmente se vendió fueron 17 hectáreas y 1.437 metros cuadrados y no las 178 hectáreas y 4.175 metros cuadrados, que aparecen descritas en el citado título, por ser la diferencia bienes IMPRESCRIPTIBLES e INENAJENABLES del ESTADO, que no son susceptibles de negociación.*

***SEGUNDA.-*** *Declarar la rescisión por lesión enorme de la compraventa celebrada en la escritura pública número 959 del quince (15) de mayo de 1997 de la Notaría Quince (15) del Circulo de Santafé de Bogotá, D.C. entre COMERCIALIZADORA CARBOMAR Y CÍA. LTDA. y EL FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS, S.A. – BANCO DE BOGOTÁ en lo que hace referencia al lote identificado con la MATRÍCULA INMOBILIARIA 040-0225164* (sic) *LA ARENA CUCAMBITA GLOBO DE TERRENO n.º 2, debido a que el justo precio del inmueble que compra mi mandante, es inferior a la mitad del precio que por él pagó.*

***TERCERA.-*** *Como consecuencia de la anterior declaratoria se condene a las partes DEMANDADAS, a restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte, al tenor de los dispuesto en el artículo 1948 del Código Civil Colombiano.*

***CUARTA.-*** *Como consecuencia de las declaratorias anteriores se condene a las partes DEMANDADAS a pagar los perjuicios causados.*

***QUINTA.-*** *Se ordene que las sumas a que sean condenadas a reconocer y a pagar LAS DEMANDAS se actualicen a la fecha de la ejecutoria de la sentencia con base en los índices de precios al por mayor que certifique el D.A.N.E. (Departamento Administrativo Nacional de Estadística).*

***SEXTA.-*** *Para el cumplimiento de la sentencia se proceda a dar aplicación a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.*

***SÉPTIMA.-*** *Se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas en su debida oportunidad.*

***SEGUNDAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:***

*En ejercicio de la Acción prevista por el artículo 1546 y demás normas concordantes del Código Civil colombiano solicito que en subsidio de las pretensiones anteriores se hagan por el HONORABLE TRIBUNAL las siguientes declaraciones y condenas.*

***PRIMERA.-*** *Que por incumplimiento de las obligaciones de los VENDEDORES se declare la RESOLUCIÓN del contrato de compraventa celebrado por el FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS, S.A. – BANCO DE BOGOTÁ (VENDEDORES) y la sociedad COMERCIALIZADORA CARBOMAR Y CÍA. LTDA. (COMPRADORA) sobre el predio denominado La ARENA CUCAMBITA GLOBO DE TERRENO n.º 2 predio al cual le corresponde el folio de matrícula inmobiliaria n.º 040-0225164 descrito por su situación y linderos en los hechos de la demanda. Contrato contenido en la Escritura Pública n.º 959 otorgada el 15 de mayo de 1997 en la Notaria 15 de Santafé de Bogotá D.C.*

***SEGUNDA:*** *Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a los vendedores al pago de todos los perjuicios ocasionados a la sociedad COMPRADORA incluido el daño emergente y el lucro cesante en las cuantías que se determinen dentro del proceso.*

***TERCERO:*** *Que las sumas a que se refiere la condena anterior sean debidamente actualizadas hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso y sobre las mismas se liquiden intereses corrientes, comerciales o los que determine el HONORABLE TRIBUNAL conforme a las normas legales.*

***CUARTA:*** *Que se condene a los demandados al pago de las costas procesales.*

***QUINTA:*** *Que la sentencia que ponga fin al proceso se le dé cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo”* (fls. 56 a 59, c. 1).

**2. Fundamentos de hecho**

Como fundamento de las pretensiones deprecadas se expuso la situación fáctica que se extracta a continuación:

2.1 El 17 de diciembre de 1991, el Fondo Nacional de Garantías, S.A. y el Banco de Bogotá, S.A. recibieron de la sociedad Comercializadora de Productos Marinos, S.A. en dación de pago (75,95% Y 24,05% respectivamente) tres lotes de terreno denominados La Arena Cucambita distinguidos con las matrículas inmobiliarias 040-0174616, 040-0225164 y 040-0225165.

2.2. El 7 de noviembre de 1995, el Fondo Nacional de Garantías, S.A., en su nombre y el del Banco de Bogotá, S.A. abrió la licitación pública n.º 001 de 1995 con el fin de enajenar los predios denominados La Arena Cucambita. Proceso de selección que declaró desierto, ya que no se presentaron ofertas.

2.3 Con el fin de contratar de manera directa, el Fondo Nacional de Garantías, S.A. recibió tres ofertas por parte de José Daniel Fernández López y otros por valor de $544.202.250.oo; de la Zona Franca de la Candelaria de Cartagena por valor de $1.264.000.000.oo ydela Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. por valor de $1.270.000.000.oo.

2.4 El 11 de diciembre de 1996, el Fondo Nacional de Garantías, S.A. y el Banco de Bogotá, S.A. suscribieron con la Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. contrato de promesa de compraventa. Se pactó el precio y la forma de su pago en los siguientes términos:

*“…CLÁUSULA TERCERA: PRECIO Y FORMA DE PAGO: a) La suma de $180.000.000.oo para cancelar a la firma de la promesa; b) La suma de $40.000.000.oo para cancelar el día 20 de febrero de 1997; c) La suma de $550.000.000.oo representados en bienes inmuebles entregados por la sociedad compradora CARBOMAR LTDA. antes del 20 de junio de 1997 y d) La suma de $500.000.000.oo para ser cancelados el día 19 de diciembre de 1997”.*

Adicionalmente, se acordó el reconocimiento de un interés del DTF más dos puntos semestre, pagaderos el 20 de junio y el 19 de diciembre de 1997. En respaldo de la obligación se suscribieron pagares y se constituyó hipoteca de primer grado a favor del Fondo Nacional de Garantías, S.A. - Banco de Bogotá, S.A.

De la precitada obligación al tiempo de presentación de la demanda, la sociedad demandante había pagado los siguientes valores: el día de la firma de la promesa $180.000.000.oo; el día 20 de febrero de 1997 $40.000.000.oo; el día 1.º de agosto de 1997 un lote valorado en $550.000.000.oo y el día 18 de marzo de 1998 parte de los intereses de plazo por valor de $3.054.800.oo.

2.5 El día 15 de mayo de 1997, los promitentes vendedores y comprador firmaron en la Notaria 15 del Círculo de Bogotá la escritura pública n.º 959 sobre la compraventa de los lotes de terreno denominados La Arena Cucambita, cuya cabida se describió así: *“Globo n.º 1 con una extensión superficiaria de 12 hectáreas y 3000 metros cuadrados; Globo n.º 2 que constaba inicialmente de 25 hectáreas y 2.250 metros cuadrados, siendo su área variada por haberse producido en su entorno el fenómeno de accesión por aluvión, convirtiéndolo en un predio de una extensión de 178 hectáreas y 4.175 metros cuadrados y el Globo n.º 3 con un área de 48 hectáreas y 7.000 metros cuadrados, lo cual indica que la totalidad del área allí vendida suma 239 hectáreas y 4175 metros cuadrados”.*

Además, los linderos se detallaron en los siguientes términos:

“*a) Globo de terreno NÚMERO UNO (1): La Arena Cucambita con una extensión superficiaria de doce (12) hectáreas y tres (3000) mil metros cuadrados aproximadamente, ubicado en el municipio de Tubará, cuyos linderos son los siguientes: POR EL NORTE mide 285 metros y linda, playa en medio, con la aguas del Mar Caribe, POR EL SUR mide en línea quebrada 529.34 metros y linda en parte, carretera a Puerto Caimán en medio, con terrenos del Globo Número 3, La Arenera Cucambita y en parte con terrenos que son o fueron de los sucesores de Plinio Cedeño; POR EL ESTE, mide 218 metros y linda con terrenos del Globo Número 2 La Arena Cucambita de propiedad de COMENAR S.A.; POR EL ESTE mide 300 metros y linda con el Globo Número 6 La Arena Cucambita.*

*b) Globo de terreno NÚMERO DOS (2) La Arena Cucambita, que inicialmente constaba de un área de 25 hectáreas y 2.2.50 metros aproximadamente ubicado en el municipio de Tubará, departamento del Atlántico, comprendido dentro de los siguientes linderos: POR EL NORTE, mide 1.250 metros y linda con las playas del Mar Caribe; POR EL SUR: mide en línea compuesta 1.370 metros y linda, camino que conduce de Puerto Colombia a Puerto Caimán, en medio, con terrenos del Globo Número 3 La Arena Cucambita; POR EL ESTE mide 70 metros y linda con terrenos de propiedad de Agropecuaria y Reforestadora del Atlántico Ltda. y POR EL OESTE, mide 218 metros y linda con el Globo Número 1 La Arena Cucambita también de propiedad de Agropecuaria y Reforestadora del Atlántico Ltda. En la forma anterior quedó rectificado el Globo Número 2 en atención al fenómeno de aluvión allí operado, siendo el área de accesión aumentado de 155 hectáreas y 1925 metros cuadrados; y*

*c) Globo de terreno NÚMERO TRES (3) La Arena Cucambita con una extensión superficiaria de 48 hectáreas y 7.000 metros cuadrados aproximadamente, ubicado en el municipio de Tubará, departamento del Atlántico, comprendido dentro de los siguientes linderos: POR EL NORTE mide 1.559 metros y linda, carretera Puerto Caimán en medio, con terrenos del Globo número 2 La Arena Cucambita; y en la parte con terrenos del globo número 1 la Arena Cucambita. POR EL SUR mide 1.350 metros, linda, Antiguo Camino Real en medio, en parte con terrenos de la compañía Agropecuaria y Reforestadora del Atlántico Ltda. y en parte con terrenos que son o fueron de Francisco Vargas; POR EL OESTE mide 113 metros y linda con terrenos que son o fueron de propiedad de los sucesores de Plinio Cedeño”.*

Se trató de una compraventa por cabida y linderos, de ello se dejó expresa constancia en la cláusula primera de la escritura pública de compraventa:

*“PRIMERO: OBJETO DEL CONTRATO: LOS VENDEDORES transfieren a título de venta AL COMPRADOR………”PARÁGRAFO: La entrega de los inmuebles se hará por su cabida y linderos por lo anterior si al momento de su medición a efectuar en la entrega de los inmuebles sus cabidas y sus linderos fueron menores al indicado en la presente cláusula, disminuirá en la misma proporción el valor total de este contrato y por el contrario si fuere mayor el valor total aumentará en la misma proporción…”*

2.5 El día 23 de mayo de 1997, en las instalaciones del Fondo Nacional de Garantías, S.A. se firmó acta de entrega y recibo de los inmuebles. Figura en el documento que el representante de la sociedad Carbomar y Cía. Ltda. recibió a satisfacción, de acuerdo a la cabida y linderos, descritos en la escritura pública de venta, el inmueble.

2.6 El 14 de agosto de 1997, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla anotó la escritura de venta y la constitución de la hipoteca, sin embargo en lo correspondiente al Globo n.º 2 por una extensión de 23 hectáreas y 2.250 mts2, siendo que en la escritura el mismo predio figuraba con extensión de 178 hectáreas y 4.175 mts2. Esto último por haberse producido el fenómeno del aluvión.

2.7 El 20 de octubre de 1997, la sociedad Carbomar y Cía. Ltda. solicitó a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla la rectificación de la cabida del inmueble con el fin de que se amplié su área en los términos del instrumento. Lo anterior, conforme a la modificación de la extensión que, en el mismo folio de matricula se había inscrito en el año 1986, por el fenómeno de accesión por aluvión.

Una petición en igual sentido, elevó a la seccional del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

2.8 El 24 de octubre de 1997, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos contestó:

*“…en lo referente a la modificación de área del Globo No.2 identificado con matrícula 040-1747716 ésta no se tuvo en cuenta al momento del registro de la escritura 959 de mayo 16 de 1997 ya que según se expresa en la misma, el aumento de área se da por el fenómeno del aluvión, el cual de conformidad con el artículo 166 del Decreto Ley 2324/84 (Que reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria) el interesado en el caso que nos ocupa debe iniciar proceso ordinario ante el juez correspondiente, a efecto de que se determine si el bien materia de estudio es de uso público según su localización. Efectuado esto la dirección General Marítima Portuaria podrá otorgar concesiones para uso y goce de las playas marítimas y los terrenos de bajamar. Este documento se deberá someter a registro. Mientras lo anterior no se dé, seguirá figurando como área del citado inmueble la registrada en este caso: 23 Hs 2.250 mts2; por lo tanto no es procedente darle curso a su petición”.*

2.9 Por su parte el 4 de noviembre de 1997, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, seccional Atlántico, advirtió:

“*El predio con referencia catastral No. 00-03-0001-093,…… denominado la Cucambita, aparece inscrito en nuestro archivos catastrales con un área de 17-0.ooo has…..”.*

*“….El predio está ubicado a orillas del mar Caribe y el fenómeno de ALUVIÓN de acuerdo con el artículo 719 del Código Civil solo es posible cuando el aumento lo recibe la ribera de un RÍO O LAGO por el lento e imperceptible retiro de las aguas. Como podemos analizar la ley no habla para nada del aumento que reciben los predios por el lento e imperceptible retiro del mar.*

*De esto se concluye que el terreno que se forme como consecuencia del lento e imperceptible retiro de las aguas del Mar es un bien de propiedad de la Nación los cuales son inalienables e imprescriptibles….”*

*Que las escrituras públicas protocolizadas en Notaria en la cual se hace constar el fenómeno de aluvión e inscritas en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, carecen de validez, si previamente el Instituto Geográfico “Agustín Codazzi mediante resolución ordena cambios en el catastro variando las medidas y linderos del predio y por ende su cabida”.*

2.10 El 12 de diciembre de 1997, la sociedad Comercializadora Carbomar Cía. Ltda. puso en conocimiento del Fondo Nacional de Garantías, S.A. todas las irregularidades y solicitó la suspensión de los pagos hasta tanto se definiera la situación de los inmuebles.

2.11 El 22 de diciembre de 1997, en atención a la anterior comunicación, el Fondo Nacional de Garantías, S.A., entre otros aspectos manifestó: *“el FNG. accede a que éstos se suspendan hasta que se defina por la autoridad competente la cabida del* lote…”.

2.12 Con el fin de solucionar las dificultades presentadas, las partes hicieron varias reuniones, en la celebrada el 12 de mayo de 1998, el Fondo Nacional de Garantías, S.A. decidió contratar los servicios de la Dirección General Marítima (DIMAR) en procurada de obtener un concepto que defina la situación jurídica del inmueble. Previo a la emisión del mencionado concepto y para que haga parte de los elementos de juicios, se solicitó a la firma Sermar Ltda. adelantar los estudios oceanográficos, hidrográficos y topográficos del Globo n.º 2, que hace parte del lote La Arena Cucambita.

2.13 El 4 de noviembre de 1998, la DIMAR se pronunció en los siguientes términos:

*“3.2. Determinación Áreas Bienes de Uso Público y de Propiedad Particular.*

*…se determina que existe un área de terreno consolidado de propiedad particular de 171.437.13 m2 descrito por la polígona a-b-c-d-e-C-a y un área Bien de uso Público bajo jurisdicción de la Dirección Marítima de 1.631.657.9 m2 descrita por la polígona A-B-F-E-E-D-e-d-c-b-a-A; dicha áreas se describen en el plano No.2 anexo B al presente concepto”.*

2.14 El 20 de enero de 1999, el representante legal del Fondo Nacional de Garantías, S.A. manifestó a la sociedad actora la posibilidad de adelantar una conciliación prejudicial administrativa. Al tiempo, le solicitó que formule los parámetros para el efecto:

*“…que una vez considerada por el Comité de Defensa Judicial y Conciliación del Fondo Nacional de Garantías, S.A., en su sesión llevada a efecto el día 19 de enero del año en curso (1999) la posibilidad de someter a una conciliación administrativa prejudicial las diferencias presentadas en relación con el área susceptible de apropiación privada respecto del globo de terreno No. 2 de la Arena Cucambita, Departamento Atlántico, el cual fuera enajenado junto con otros predios, a título de venta, por esta Entidad a la firma CARBOMAR LTDA. representada por usted como apoderado de la misma, comunico que dicho órgano impartió precisas instrucciones con el objeto que se solicite a la sociedad compradora que formule por escrito ante el F.N.G. de manera clara, concreta y precisa sus pretensiones, con el fin de permitirle al referido comité evaluar los términos de la propuesta y fijar los parámetros dentro de los cuales estudiaría una posible solución, a través de la mencionada conciliación”.*

2.15 El 23 de marzo de 1999, la sociedad Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. presentó al Fondo Nacional de Garantías, S.A. una propuesta, que incluyó no solo la disminución del valor del inmueble, sino la indemnización de todos los daños y perjuicios causados, entre ellos los ocasionados con motivo de la adecuación del fundo.

La propuesta no fue acogida, toda vez que al parecer del Fondo lo procedente en este caso era la resolución del contrato en los términos del artículo 1904 del Código Civil (fls. 39 a 63, c.1).

**3. Oposición a la demanda y llamamiento en garantía**

3.1El Fondo Nacional de Garantías, S.A. y el Banco de Bogotá se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, con este propósito formularon las siguientes excepciones: *i) Caducidad y prescripción,* toda vez que la solicitud de rebaja de precio de acuerdo con el artículo 1890 del Código Civil debe formularse dentro del año siguiente a la entrega del bien, lo que en este caso ocurrió el 23 de mayo de 1997; *ii)* *Falta de requisitos sustanciales para iniciar la acción* ya que el Incora no ha realizado el procedimiento de demarcación sobre el inmueble objeto de controversia, procedimiento que sería la base para cuestionar las escrituras e inscripciones sobre que se hicieron en el caso de los inmuebles; *iii)* *Contrato no cumplido* en razón a que la Comercializadora Carbomar y Cia. Ltda. no cumplió con todos los pagos pactados en el contrato de compraventa; *iv)* *Contrato cumplido por las demandas*, toda vez que atendieron todas las obligaciones a las que se comprometieron en el contrato de compraventa; *v) Inexistencia de causa para pedir perjuicios,* porque en el contrato se pactó que la entrega de los inmuebles se haría por cabida y linderos, cláusula que excluye cualquier tipo de solicitud de perjuicio en virtud de la mayor o menor extensión; vi) *Cobro de lo no debido,* pues no existiendo mora por parte de las demandadas no procede la aplicación del artículo 1546 para el cobro de perjuicios y *vii) Enriquecimiento sin causa,* elque se generaría de reconocerse uno perjuicios a los demandantes sin fundamento (fls. 84 a 99, c.1).

3.2 Contestada la demanda, la parte pasiva llamó en garantía a la Nación-Superintendencia de Notariado y Registro-Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla.

El Tribunal negó la solicitud, en razón de que no encontró vinculó legal o contractual que implique la obligación del llamado de responder por una eventual condena, en caso de que se accediese a las pretensiones de la demanda (fls. 1 a 3, c. 3). Apelada la decisión, esta Corporación la confirmó en todas sus partes (fls.73 a 83, c.5).

**4. Litis consorcio necesario**

El Fondo Nacional de Garantías, S.A. y el Banco de Bogotá solicitaron citar al proceso a la sociedad Inversiones Rodríguez Fuentes Ltda. habida cuenta que en el certificado de matrícula inmobiliaria 040-174616, expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla figura como copropietaria del Globo n.º 2 La Arena Cucambita, lo que implica que la decisión que se adopte puede afectar sus intereses (fls. 191 y 192, c.1).

El Tribunal encontró fundada la solicitud, en consecuencia, ordenó su notificación y le concedió a la sociedad un término de diez días para que se pronuncie al respecto y haga valer todos los derecho que la ley le otorga (fls. 200 y 201, c.1).

La sociedad Inversiones Rodríguez Fuentes Ltda. manifestó que, en su calidad de propietario común y proindiviso de los globos de terreno denominados La Arena Cucambita, coadyuvaba las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda. Al tiempo, manifestó su acuerdo con los hechos que las fundamentan (fls. 211 a 216, c.1).

**5. Alegatos de conclusión**

5.1 La sociedad actora advirtió que las pruebas que obran dentro del acervo probatorio permiten conceder las pretensiones de la demanda, en tanto evidencian la diferencia entre la cabida y linderos registrados en la escritura pública n.º 959 del 15 de mayo de 1997 de la Notaría 15 de Bogotá y la cabida real de los lotes objeto del contrato de compraventa.

En estas circunstancias, con fundamento en el artículo 1888 del Código Civil, solicitó que se ordene a los vendedores aceptar una disminución en el precio y reconocer los perjuicios causados y demostrados (fls. 300 a 304, c.1).

5.2 El Fondo Nacional de Garantías, S.A., y el Banco de Bogotá, S.A., pusieron de presente que el contrato de compraventa, al igual que cualquier acto jurídico, se encuentra reglado por los requisitos establecidos en el artículo 1502 del Código Civil, esto es capacidad, consentimiento, causa y objeto lícito y que según el artículo 1740 del mismo estatuto es nulo todo acto o contrato al que le falte alguno de los elementos que la ley prescribe según su especie y la calidad o estado de las partes. Nulidad que podrá ser absoluta o relativa.

Adujeron que para el presente caso, el artículo 166 del Decreto 2324 de 1984 señala expresamente que se encuentra prohibida la enajenación de las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, es decir que la venta del Globo n.º 2 del inmueble La Arena Cucambita está viciada por objeto ilícito lo que genera la nulidad absoluta del contrato en los términos del artículo 1741 del Código Civil y da lugar a ordenar las restituciones mutuas de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil (fls. 305 a 320, c.1).

5.3 Por último, la sociedad Inversiones Rodríguez Fuentes Ltda. puso de presente que la resolución n.º 0038 del 23 de enero de 2003 del Incora clarificó la situación jurídica del Globo n.º 2 del predio Arena Cucambita en el sentido de establecer que una extensión de 162 hectáreas con 799, 85 mts2 del área total es de uso público, resolución que fue inscrita en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria.

Así, establecida la diferencia entre la cabida del inmueble que se enajenó, manifestó que debía darse aplicación al artículo 1888 del Código Civil, con el fin de realizar los ajustes sobre el precio a que haya lugar (fls. 321 a 323, c.1).

**6. Sentencia recurrida**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, declaró probada la excepción de caducidad de la acción. En consecuencia, negó las pretensiones de la demanda. Señaló:

*“…dadas las características propias de un contrato de compraventa, encuentra la Sala que el momento desde el cual se debe empezar a contar la caducidad de la acción, es a partir de que se solemnizó el contrato, es decir desde que se registró la escritura pública n.º 959 de 15 de mayo de 1997 por la cual se perfeccionó el contrato de compraventa suscrito entre las partes (fls. 206-215, c.2).*

*En consecuencia, al presentarse la demanda el 13 de diciembre de 1999 y de conformidad con los preceptos legales antes señalados, encuentra la Sala que la presente acción de controversias contractuales se instauró por fuera del término que la ley ha señalado para su ejercicio, encontrándose plenamente probada la excepción de caducidad dentro del proceso, en consecuencia se negarán las pretensiones de la demanda…”.* (fls. 327 a 242, c.1).

**7. Recurso de apelación**

7.1 La sociedad Comercializadora Carbomar y Cia. Ltda. impugnó la decisión.

Señala que el contrato objeto del litigio tuvo como objeto la enajenación de un inmueble cuya cabida integraba bienes de uso público, en tal sentido no se podía considerarse estructurada la excepción de caducidad de la acción, toda vez que el artículo 136 modificado por la Ley 446 de 1998 establece que cuando el objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inembargables la acción judicial no está sometida a término de caducidad.

Al respecto, señaló que la Carta Política dotó de dichas características a los bienes de uso público, dentro de los que se puede ubicar a las playas, los terrenos de baja mar y las aguas marítimas al tenor de los establecido en el artículo 166 del Decreto Ley 2324 de 1984.

Sin perjuicio de lo anterior, solicitó que se tenga en cuenta en su caso, el principio de confianza legítima, toda vez que el Fondo Nacional de Garantías, S.A. inició una serie de reuniones y actuaciones administrativas tendientes a definir la situación jurídica del inmueble que infundieron en la sociedad la convicción de que ello motivaría el ajuste del precio del inmueble, sin embargo ello no ocurrió porque las demandadas se negaron a realizar un arregló prejudicial (fls. 345 a 352, ppal.).

7.2 La sociedad Inversiones Rodríguez Fuentes Ltda. apeló la decisión con fundamento en estos mismos argumentos (fls. 367 a 372, c. ppal.).

**8. Alegatos de conclusión[[2]](#footnote-2)**

8.1 La sociedad demandante reiteró los planteamientos que expuso en sus diferentes intervenciones (fls. 397 a 402, c. ppal.) e igual aconteció con la sociedad Inversiones Rodríguez Fuentes Ltda. (fls. 403 a 405, c. ppal.).

8.2 El Fondo Nacional de Garantías, S.A. intervino para solicitar la confirmación de la sentencia de primera instancia, con fundamento en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo a cuyo tenor la caducidad de la acción contractual es de dos años (fls. 406 a 410, c. ppal.).

**II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Competencia**

Esta Corporación es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, a su vez fue modificado por el artículo 1.º de la Ley 1107 de 2006, que prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas[[3]](#footnote-3); para el caso, una de las demandadas, el Fondo Nacional de Garantías, S.A[[4]](#footnote-4).

Adicionalmente, la Sala es competente para conocer del presente asunto, en razón a los recursos interpuestos contra la sentencia de primera instancia, dado que la cuantía de las pretensiones alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988[[5]](#footnote-5), para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción contractual tuviera vocación de segunda instancia ante esta Corporación.

**2. Problema jurídico**

Con fundamento en el recurso de apelación, la Sala deberá resolver si la demanda presentada por la Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. se presentó oportunamente, de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y la naturaleza especial del objeto de la controversia.

De resolverse positivamente esta pregunta la Sala pasará al análisis de fondo del asunto, lo que naturalmente implicará el control de legalidad de la relación negocial en estudio.

**3. Caducidad de la acción**

3.1 La caducidad es una sanción por el ejercicio extemporáneo de las acciones judiciales. De forma que, cuando la demanda se plantea por fuera de los términos establecidos en el Código Contencioso Administrativo se pierde la posibilidad de acudir al juez para hacer efectivo el derecho sustancial presuntamente desconocido o vulnerado. Como se puede observar, esta institución tiene aparejados al tiempo criterios de justicia y seguridad jurídica.

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo regula los plazos objetivos para la interposición de las diferentes acciones contenciosas, así, por ejemplo, concede un término de cuatro meses para la interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y de dos para las de reparación directa y contractual. En principio términos preclusivos, con independencia de cualquier consideración diferente al trascurso del tiempo.

3.2 En el *subjudice* resolverá la Sala si el Fondo Nacional de Garantías, S.A. y el Banco de Bogotá, S.A. incumplieron las obligaciones adquiridas con la actora, en razón a que a la misma no le fue trasferido, aunque si le fue entregado materialmente el Globo n.º 2, en la extensión superficiaria convenida[[6]](#footnote-6), toda vez que comprendía terrenos de playa o bajamar, es decir de uso público de carácter inalienable e imprescriptible.

3.3 En este sentido, interesa precisar que el contrato de que se trata se celebró en vigencia de la Ley 80 de 1993 y que el artículo 55 de la misma preceptiva fijó en veinte años el término para formular controversias por incumplimientos como los surgidos en el *sub lite*. En consecuencia, dado que el libelo cuyo estudio ocupa a la Sala se presentó el 13 de diciembre de 1999 por un negocio celebrado el 15 de mayo de 1997, por razones evidentes la acción no está caducada, como lo consideró el *a quo.*

Sobre el particular debe recordarse que la Sala en interpretación del artículo 55 de la Ley 80 de 1993 ha precisado[[7]](#footnote-7):

*“El Estatuto Contractual contenido en la ley 80 de 1993 modificó el término, de dos años, de caducidad de la acción de controversias contractuales, previsto en el C.C.A (art. 136 num. 6º.) respecto de las omisiones de los cocontratantes y de las conductas antijurídicas de éstas; el término de caducidad de la acción previsto en el C.C.A se conservó respecto al ataque de la validez del contrato, de los actos jurídicos (administrativos, bilaterales de las partes, y unilateral del contratista, porque se presumen conductas jurídicas), y de los hechos contractuales que no le son imputables a las partes (hecho del príncipe y hechos imprevisibles, etc.). La modificación introducida por la ley 80 de 1993 frente al artículo 136 inc. 6o. del C.C.A., se dio en lo que atañe al término de "prescripción de la acción", en dichos casos; lo fijó en veinte años. En efecto dice esa normatividad que: "La acción civil derivada de las acciones y omisiones a que refieren los artículos 50, 51, 52 y 53 de esta ley prescribirá en el término de veinte (20) años, contados a partir de la ocurrencia de los mismos (...)" (art. 55). Del contenido normativo referido concluye la Sala que el legislador quiso ampliar el término de prescripción de la acción a veinte años para los eventos de las conductas antijurídicas contractuales. Así, Administración y Contratista, pueden perseguirse judicialmente dentro de un término mayor, veinte años, cuando sus conductas (activas u omisivas) sean antijurídicas, etc. (consultores, servidores públicos etc). Cosa distinta es el cuestionamiento de la validez de actos jurídicos contractuales (contrato, actos bilaterales, actos unilaterales de la administración y del particular) y de otras conductas jurídicas (hecho del príncipe) o no imputables a las partes cocontratantes (hechos imprevisibles), evento en los cuales el término de caducidad es de dos años (art. 136 inc. 6o. C.C.A). De la lectura cuidadosa de los artículo 55 de la ley 80 de 1993, y de los demás a que remite éste, se infieren las anteriores conclusiones. La ley 446 de 1998 dispuso que el término de caducidad de todas las acciones relativas a contratos, es de dos años. Unificó entonces el término para la presentación de las demandas, sin hacer diferencia respecto del cuestionamiento de los actos jurídicos contractuales, las conductas jurídicas (imputables o no a las partes contratantes) y las conductas antijurídicas contractuales. Del estudio de la demanda encuentra la Sala que el incumplimiento contractual que se le imputa a la administración tuvo ocurrencia en vigencia de la ley 80 de 1993. Se precisa que posteriormente a la expedición de la ley 80 de 1993 y con la entrada en vigencia de la ley 446 de 1998, que unificó en dos años el término de caducidad de las acciones contractuales, no se alteró, para este caso, el transcurso de los veinte años, en consideración, en primer lugar, a lo dispuesto por el artículo 41 de la ley 153 de 1887. En segundo término según lo dispuesto por la Sala Plena de la Corporación, en sentencia del 9 de marzo de 1998, Exp. S-262 en aplicación de dicha norma.* ***Si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha tenido diversos criterios respecto de la aplicación del término de prescripción de veinte años previsto en el artículo 55 de la ley 80 de 1993, hoy la discusión está zanjada puesto que con la expedición de la ley 446 el único término de caducidad vigente para el ejercicio de las acciones contractuales es el de dos años, siempre que las acciones y omisiones en que se fundan las pretensiones hayan ocurrido con posterioridad a su entrada en vigencia. La Sala considera, con fundamento en lo expuesto, que el término de caducidad de la acción contractual - llamado por ley 80 1993 prescripción de las acciones - que se intentó es el de los veinte años, previsto en la ley 80 de 1993, los cuales a la fecha de presentación de la demanda, 9 de marzo de 1999, no habían transcurrido aún”*** (se destaca).

3.4 Sin perjuicio de lo anterior, debe anotarse que la Sala, con fundamento en la Constitución Política, también ha sostenido que ningún término de caducidad puede impedir solventar una controversia que involucre bienes de uso público, porque ello implicaría el desconocimiento del artículo 63 constitucional. En sentencia dictada el día 16 de febrero del 2001[[8]](#footnote-8), señaló:

*“( ) Sin embargo, 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.*

*La Sala, al resolver sobre la excepción de caducidad alegada por la parte demandada frente a una demanda de nulidad de unos actos administrativos que habían autorizado la transferencia del dominio de la propiedad del subsuelo de los terrenos conocidos con el nombre de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana, dijo lo siguiente:*

*““Las acciones relativas al subsuelo, y es ésta una de ellas, ni caducan, ni los derechos vinculados a él prescriben, pues media un interés público.*

*Se dijo en el auto admisorio que:*

*Mediante la acción propuesta la Nación busca directamente la declaración de que dichos actos son ineficaces o nulos por implicar la enajenación o el traspaso de bienes en principio inenajenables e imprescriptibles, como son el subsuelo y unas tierras supuestamente baldías e, implícitamente, la declaración de que estos bienes no han salido de su órbita o poder..” (f. 377)*

*Así, estima la Sala que el mero transcurso del tiempo no puede extinguir las acciones encaminadas a que se produzca declaración judicial sobre la propiedad del subsuelo. De no ser así, el paso del tiempo volvería indirectamente enajenable o prescriptible un bien público carente de esas características. Dicho en otras palabras, de aceptarse la tesis sobre la caducidad en casos como éste, los bienes de uso público podrían convertirse en patrimonio particular de quienes los detenten por espacio de 20 años. (“[[9]](#footnote-9)) (Se subraya)””.*

*Recogiendo esa tesis jurisprudencial, el art. 136 del C.C.A, modificado por el art. 44 de la ley 446 de 1998, prescribe:“Parágrafo 1°. Cuando el objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables la acción no caducará ( )”* ([[10]](#footnote-10)).

Postura jurisprudencial que el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 recogió al modificar el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, enunciado al que se le incluyó el siguiente parágrafo *“cuando el objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables la acción no caducará”.*

3.5 Bajo este contexto, a diferencia de lo concluido por el Tribunal, la Sala evidencia que se debe pronunciar de fondo en el presente asunto, sin limitaciones temporales.

**4. Los hechos probados**

Establecida la oportunidad de la demanda, la Sala procede al estudio del *subjudice*, para lo cual inicialmente valorará los medios de prueba válidamente allegados, los que analizados críticamente dan cuenta de los siguientes hechos relevantes para la solución de la controversia:

**4.1** Se conoce que el 7 de noviembre de 1995, el Fondo Nacional de Garantías, S.A. ordenó la apertura de la licitación pública n.º 001 de 1995 con el fin de enajenar el predio denominado La Arena Cucambita, integrado por tres globos de terreno situados en el municipio de Turubá, departamento del Atlántico. La entidad actuó en su nombre y en representación de los intereses del Banco de Bogotá, S.A quien otorgó poder para el efecto.

Los mencionados predios fueron recibidos en pago por las entidades ya relacionadas de Comermar Ltda. en común y proindiviso en el 75,95% y el 24.05% respectivamente (resolución n.º 0086 de 1995 por medio de la cual se ordenó la apertura de una licitación pública – fls. 132 a 134, c.4).

**4.2** Se demostró que el 14 de marzo de 1996, el Fondo Nacional de Garantías, S.A. declaró desierta la licitación pública n.º 001 de 1995, toda vez que para la fecha del cierre no se presentaron propuestas. En consecuencia, ordenó proceder a la enajenación de los inmuebles a través de contratación directa (resolución que declara desierta licitación - fls. 135 a 137, c.4)

**4.3** Se acreditó que el 12 de diciembre de 1996, el presidente del Fondo Nacional de Garantías, S.A. autorizó la celebración de un contrato de promesa de compraventa con la sociedad Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. de los lotes n.º 1, 2 y 3 del terreno denominado La Arena Cumcambita. Lo anterior, en atención a la mejor calificación entre recibidas (resolución n.º 106 de 1996 por la cual se ordena la celebración de un contrato de venta-fls. 190 a 193, c.2).

La sociedad Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. ofertó como sigue:

*“3.PREDIOS OBJETO DE ESTA OFERTA DE COMPRA:*

*Los denominados La Arena Cucambita, globos n.º 1, 2 y 3 situados en la jurisdicción del municipio de Tubará, departamento de Atlántico, sobre la banda norte de la antigua carretera que conduce de Puerto Colombia a Puerto Caimán, cuyos folios de matrícula inmobiliaria se identifican así: 040-0174616, 040-0225165 y 040-0225154 de la oficina de registro de instrumentos públicos de la ciudad de Barranquilla. Las dimensiones de estos bienes se determinan así: a) Globo de terreno n.º 1, La Arena Cucambita, con extensión superficiaria de doce (12) hectáreas y tres mil (3.000) metros cuadrados aproximadamente; b) Globo de terreno n.º 2, La Arena Cucambita, que inicialmente constaba de un área de veinticinco hectáreas y dos mil doscientos cincuenta (2.250) metros cuadrados aproximadamente;* ***sin embargo, en razón del fenómeno de aluvión que se presentó, aumentó su extensión superficiaria a ciento setenta y ocho (178) hectáreas y cuatro mil ciento setenta y cinco (4.175) metros cuadrados, al acceder a las heredades ribereñas, por motivo del retiro lento y progresivo de las aguas del mar Caribe;*** *y c) Globo de terreno n.º 3, La Arena Cucambita con una extensión superficiaria de cuarenta y ocho (48) hectáreas y siete mil (7.000) metros cuadrados aproximadamente* (negrillas adicionales).

***4. VALOR DE LA OFERTA:***

*UN MIL DOSCIENTOS SETENTA MILLONES DE PESOS ($1.270.000.000) M/CTE…”* (Oferta de compra - fls. 202 a 204, c.2 ).

**4.4** Está demostrado que el Fondo Nacional de Garantías, S.A. en su nombre y el del Banco de Bogotá, S.A. suscribió promesa de contrato de compraventa con la sociedad Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. con el fin de obligarse a celebrar un contrato de compraventa sobre el inmueble denominado La Arena Cucambita, lotes n.º 1, 2 y 3 con extensiones de 12 hectáreas y 3000 mts2, de 178 hectáreas y 4.175 mts2 y de 48 hectáreas y 7.000 mts2 .

El precio de venta se acordó en $1.270.000.000.oo, los cuales se pagarían así*: “ a) La suma de $180.000.000.oo para cancelar a la firma de la promesa; b) La suma de $40.000.000.oo para cancelar el día 20 de febrero de 1997; c) La suma de $550.000.000.oo representados en bienes inmuebles entregados por la sociedad compradora CARBOMAR LTDA. antes del 20 de junio de 1997 y d) La suma de $500.000.000.oo para ser cancelados el día 19 de diciembre de 1997”* (contrato de promesa de venta – fls. 193 a 199, c.2).

Para el otorgamiento de la escritura pública se acordó el día 15 de mayo de 1997 a las 3:00 p.m. en la Notaría 15 de Bogotá (otros si n.º 1 a 7 – fls. 175 a 186, c.2).

**4.5** Se sabe que el 15 de mayo de 1997, el Fondo Nacional de Garantías, S.A. y la sociedad Comercializadora Carbomar Cía. Ltda. otorgaron el instrumento, en el que, en lo pertinente, pactaron:

*“PRIMERO: OBJETO DEL CONTRATO: LOS VENDEDORES transfieren a título de venta al COMPRADOR y este compra a dicho título el derecho de dominio y posesión que aquellos tienen y ejercen sobre los lotes de terrenos denominados La Arena Cucambita globos uno (1), dos (2) y tres (3) situados en la jurisdicción del municipio de Tubará, departamento del Atlántico, cuyos linderos son los siguientes: a) Globo de terreno NÚMERO UNO (1); La Arena Cucambita, con una extensión superficiaria de doce hectáreas y 3.000 metros cuadrados aproximadamente, ubicado en el municipio de Tubará, departamento del Atlántico, cuyos linderos son los siguientes: Por el NORTE mide 285 metros y linda en parte, playa en medio, con las aguas del mar Caribe, por el SUR, mide en línea quebrada 529,34 metros y linda en parte, carretera a Puerto Caimán en medio, con terrenos del Globo número 3, La Arena Cucambita y en parte con terrenos que son o fueron de los sucesores de Plinio Cedeño; Por el ESTE, mide 218 metros y linda con terrenos del Globo número 2, La Arena Cucambita de propiedad de COMERMAR, S.A. Por el OESTE, mide 300 metros y linda con el Globo número 6 la Arena Cucambita;* ***b) Globo de terreno NÚMERO DOS (2) La Arena Cucambita que inicialmente constaba de un área de 25 hectáreas y 2.250 metros cuadrados aproximadamente, ubicado en el municipio de Tubará, departamento del Atlántico****, comprendido dentro de los siguientes linderos: POR EL NORTE, mide 1250 metros y linda con las playas del mar Caribe; POR EL SUR, mide en línea compuesta 1.370 metros y linda, camino que conduce de Puerto Colombia a Puerto Caimán, en medio, con terrenos del Globo número 3 La Arena Cucambita; POR EL ESTE, mide 70 metros y linda con terrenos de propiedad de Agropecuaria y Reforestadora del Atlántico Ltda., y por el OESTE mide 218 metros y linda con el Globo número 1 La Arena Cucambita, también de propiedad de Agropecuaria y Reforestadora del Atlántico Ltda.* ***En virtud del fenómeno de la accesión mediante la cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella (art. 719, 720 y s.s. del Código Civil) por el retiro lento y progresivo de las aguas del mar Caribe se aumentó el área del inmueble antes citado convirtiéndose en un predio con una extensión superficiaria aproximada de 178 hectáreas y 4.175 metros cuadrados*** *cuyos linderos son: por el NORTE, mide 1.370 metros, camino que conduce de Puerto Colombia a Puerto Caimán en medio, con terrenos del Globo número 3 La Arena Cucambita; por el ESTE, mide 1.093 metros aproximadamente y linda con terrenos de propiedad de Agropecuaria y Reforestadora del Atlántico Ltda. y por el OESTE, mide 1.625 metros aproximadamente y linda con el Globo número 1 La Arena Cucambita también de propiedad de Agropecuaria y Reforestadora del Atlántico Ltda.* ***En la forma anterior quedó rectificado el Globo número 2 en atención al fenómeno de aluvión allí operado, siendo el área de accesión aumentado de 155 hectáreas y 1925 metros cuadrados****; y c) Globo de terreno NÚMERO TRES (3) La Arena Cucambita, con una extensión superficiaria de 48 hectáreas y 7.000 metros cuadrados aproximadamente, ubicado en el municipio de Tubará, departamento del Atlántico, comprendido dentro de los siguientes linderos: POR EL NORTE, mide 1.559 metros y linda, carretera Puerto Caimán en medio, con terrenos del Globo número 2 La Arena Cucambita y en parte con terrenos del Globo número 1 La Arena Cucambita por el SUR, mide 1.350 metro linda con el Globo número 4 La Cucambita, sobre el cual esta construida la autopista Cartagena; POR EL ESTE, mide en línea compuesta 871,44 metros y linda, antiguo camino real en medio, en parte con terrenos de la compañía Agropecuaria y Reforestadora del Atlántico Ltda., y en parte con terrenos que son o fueron de Francisco Vargas; por el OESTE, mide 113 metros y linda con terrenos que son o fueron de propiedad de los sucesores de Plinio Cedeño…PARÁGRAFO: La entrega de los inmuebles se hará por su cabida y linderos, por lo anterior si al momento de su medición a efectuar en la entrega de los inmuebles sus cabidas y sus linderos fueren menores al indicado en la presente cláusula, disminuirá en la misma proporción el valor total de este contrato y por el contrario si fuere mayor el valor total aumentará en la misma proporción. La entrega incluye todas las mejoras, dependencias, anexidades, edificaciones, usos, costumbres, etc. que natural y civilmente le correspondan a dicho inmueble.-…TERCERO: PRECIO Y FORMA DE PAGO: Que el precio o valor total de venta es de MIL DOSCIENTOS SETENTA MILLONES DE PESOS ($1.270.000.000.oo) pagaderos por el COMPRADOR a los vendedores así: 1) la suma de DOSCIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS ($220.000.000.oo) moneda legal, que los VENDEDORES declaran haber recibido a entera satisfacción y el saldo será cubierto y satisfecho de la siguiente forma: a) La suma de QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($550.000.000.oo) MONEDA CORRIENTE mediante la transferencia del derecho de dominio y posesión a favor del FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS, S.A., de un inmueble que sea aceptado por esta a su entera satisfacción a más tardar el veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997). b) y la suma de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS ($500.000.000.oo) serán cancelados el diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1.997) en efectivo en las oficinas del FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS, S.A., S.A… y se reconocerán durante el plazo un interés del DTF más dos (2) puntos semestre vencido pagaderos los días diecinueve (19) de junio de mil novecientos noventa y siete y diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997). En garantía de los pagos indicados… se constituirá hipoteca de primer grado a favor del FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS, S.A., sobre el inmueble objeto del presente contrato de compraventa. PARÁGRAFO: Se fija el domicilio contractual para el cumplimiento de las obligaciones aquí contraídas la ciudad de Santa fé de Bogotá, D.C., CUARTO: CONDICIÓN RESOLUTORIA: Los vendedores manifiestan que renuncian desde ahora a cualquier condición resolutoria que se derive de la forma de pago que quedó consignada en la cláusula cuarta de esta escritura. QUINTA: ENTREGA: La entrega del inmueble objeto de esta escritura de compraventa se efectuará por los VENDEDORES al COMPRADOR, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la firma de la presente escritura pública de COMPRAVENTA, para lo cual los compradores designarán una persona que se desplazará al lugar donde se encuentra ubicado el inmueble objeto del presente contrato. La entrega material del mencionado inmueble se efectuará con sus mejoras, anexidades, usos y servidumbres. Igualmente, el VENDEDOR se obliga a entregar el inmueble determinado en la cláusula primera de este documento libre de limitaciones al dominio, gravámenes, condiciones resolutorias, pleito pendiente, embargo, por lo cual saldrán al saneamiento en los casos de ley, así mismo manifiestan que los inmuebles objeto del presente contrato se encuentran a paz y salvo de impuestos, tasas, contribuciones causadas hasta la fecha de la escritura pública de compraventa* (escritura pública de compraventa n.º 959 del 15 de mayo de 1997 – fls. 344 a 355, c.2 - negrillas adicionales).

**4.6** Se estableció que el día 23 de mayo de 1997, los contratantes se reunieron en las oficinas del Fondo Nacional de Garantías, S.A. con el fin de suscribir acta de entrega material de los lotes de terreno denominados La Arena Cucambita, lotes n.º 1, 2 y 3.

Los vendedores hicieron constar que la Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. poseía los predios aún antes de la suscripción de la escritura pública de venta, al tiempo que confirmaron los linderos anotados en el instrumento.

A su turno, el representante de la sociedad compradora declaró recibidos los predios por la cabida y linderos descritos en la escritura de venta n.º 959 del 15 de mayo de 1997 (acta de entrega y recibo - fl. 174, c.2).

**4.7** Está acreditado que el 1.º de agosto de 1997, la constructora Las Malvinas Ltda. en nombre de la sociedad Carbomar y Cía. Ltda. dio en pago al Fondo Nacional de Garantías, S.A. un lote de terreno urbano ubicado en la ciudad de Valledupar avaluado en la suma de $550.000.000 (escritura 2.263 de dación en pago y folio de matrícula inmobiliaria 190-0082859, anotación n.º 4 – fls.317 a 335, c.2).

**4.8** Se evidenció que el día 14 de agosto de 1997, la escritura pública n.º 959 fue inscrita en los folios de matrícula inmobiliaria 040-225164 correspondiente al Globo n.º 1; 040-225164 correspondiente al Globo n.º 3 y 040-174616 correspondiente al Globo n.º 2 (certificados de tradición y libertad anotaciones n.º 9, 9 y 10 respectivamente – fls. 217 a 222, c.1).

**4.9** Se sabe que el 17 de octubre de 1997, la Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. solicitó a la Oficina de Instrumentos Públicos de Barranquilla la modificación del folio de matrícula inmobiliaria del Globo n.º 2 en el acápite y de cabida y linderos, toda vez que de acuerdo al histórico de anotaciones registradas, el inmueble incrementó su extensión hasta las 178 hectáreas con 4.175 metros cuadrados por virtud del fenómeno de accesión por aluvión[[11]](#footnote-11). De igual manera puso de manifiesto la determinación del inmueble por cabida y linderos, en los términos de la escritura pública de venta n.º 959 de 15 de mayo de 1997 (petición elevada a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla – fls. 217 a 222, c.1).

**4.10** Se constató que el 24 de octubre de 1997, la Oficina de Instrumentos Públicos de Barranquilla contestó la petición en los siguientes términos:

*“En lo referente a la modificación de área del Globo 2 identificado con la matrícula 040-174616 esta no se tuvo en cuenta al momento del registro de la escritura 959 de 15 de mayo de 1997 ya que según se expresa en la misma, el aumento de área se da por el fenómeno del aluvión, el cual, de conformidad con el art. 166 del Decreto Ley 2324/84 (Que reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria) el interesado en el caso que nos ocupa, debe iniciar un proceso ordinario ante el juez correspondiente, a efecto de que se determine si el bien materia de estudio es de uso público según su localización. Efectuado esto la Dirección General Marítima y Portuaria podrá otorgar concesiones para uso y goce de las playas marítimas y de los terrenos de bajamar. Este documento deberá someterse a registro. Mientras lo anterior no se dé, seguirá figurando como área del citado inmueble la registrada en este caso: 23 Hs. 2250 mts2, por lo tanto no es posible darle curso a su petición”* (respuesta petición – fls. 165 y 166, c.2).

**4.11** Se pudo establecer que para la misma época, la sociedad Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. presentó una solicitud en similar sentido ante el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, seccional Atlántico. La entidad manifestó:

*“El predio está ubicado a orillas del Mar Caribe y el fenómeno de ALUVIÓN de acuerdo con el artículo 719 del Código Civil, solo es posible cuando el aumento lo recibe la ribera de un RIO o LAGO por el lento e imperceptible retiro de las aguas. Como podemos analizar la ley no habla para nada del aumento que reciben los predios por el lento e imperceptible retiro del MAR.*

*De esto se concluye que el terreno que se forme, como consecuencia del lento e imperceptible retiro de las aguas del mar, es un bien de propiedad de la Nación, los cuales son inalienables e imperceptibles.*

*Que las escrituras públicas protocolizadas en Notaría en la cual se hace constar el fenómeno de aluvión e inscritas en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos carecen de validez; si previamente el Instituto Geográfico Agustín Codazzi mediantes resolución, ordena los cambios en el catastro, variando las medidas y linderos del predio y por ende su cabida* (contestación petición - fls. 158 y 159, c.2).

**4.12** Está acreditado que el 10 de diciembre de 1997, el Fondo Nacional de Garantías, S.A. solicitó a la DIMAR concepto técnico con objeto de determinar la extensión de área de carácter privado y público que integraban el Globo n.º 2 del predio Arena Cucambita. Al inicio del trámite de la solicitud, la DIMAR puso de presente a la entidad peticionaria la necesidad de contar con los respectivos estudios oceanográficos e hidrográficos (antecedentes concepto técnico DIMAR – fls. 56 y 57, c.2).

**4.13** El 12 de diciembre de 1997, la sociedad Comercializadora Carbomar y Cía Ltda. puso de presente al Fondo Nacional de Garantías, S.A. los problemas presentados en relación a la cabida del Globo n.º 2 del predio Arena Cucambita y realizó las siguientes peticiones:

*“Por lo anterior y de acuerdo a nuestras conversaciones de fecha 5 de diciembre de 1997, me permito solicitar, se sirva considerar lo siguiente:*

1. *Se suspenda el pago de $550.000.000.00 pactado para el 19 de diciembre de 1997, hasta tanto no se determine legalmente la diferencia en las áreas negociadas.*
2. *Teniendo en cuenta que hasta la fecha de hoy solo se ha transferido legalmente la propiedad de 86 hectáreas 2.2.50 metros cuadrados, se reliquide el monto de los intereses pactados dentro de la compraventa mencionada y se suspenda el pago de los mismos, hasta tanto no se de solución legal a lo anteriormente mencionado.*
3. *Comoquiera que ha sido nuestro interés mantener la negociación solicitamos de manera especial la intervención de las partes vendedoras a fin de clarificar en un término expresamente definido en otro sí del contrato y que no supere el 30 de enero de 1998, las condiciones legales de las áreas objeto de la negociación.*

*Es importante hacerla saber formalmente a los compradores que COMERCIALIZADORA CARBOMAR LTDA, al adquirir derechos reales y ciertos sobre los predios en mención y luego de entrar en posesión, realizó obras de adecuación y mejoras sobre los mismos, incurriendo para el efecto en gastos significativos, de todo lo cual se dispone de los soportes contables correspondientes.*

*Adicionalmente, haciendo uso de su derecho de disposición, mi representada suscribió contrato de compraventa con una prestigiosa Empresa Constructora, en la cual se pactó una cláusula penal de incumplimiento por una considerable suma de dinero. Lo que nos obliga legalmente a salir al saneamiento de todos aquellos vicios que se pudieran presentar en relación con el mismo…”* (Solicitud – fls. 169 a 170, c.2).

**4.14** Se sabe que el 22 de diciembre de 1997, el Fondo Nacional de Garantías, S.A. contestó la anterior petición. Inicialmente, dejó en claro que, de llegarse a determinar por la autoridad correspondiente alguna inconsistencia en la titulación del Globo n.º 2, la misma sería responsabilidad de los dos extremos del contrato, por cuanto el estudio de los títulos se tenía que haber adelantado previamente. Y, frente a las peticiones formuladas por la sociedad actora respondió:

1. *El Fondo Nacional de Garantías, S.A., accede a prorrogar la fecha de pago del saldo del precio, o sea, la suma de quinientos millones de pesos ($500.000.000.oo) más los intereses de plazo causados hasta el diecinueve de diciembre de 1997. Es entendido que el saldo del capital continúa generando intereses a la tasa pactada, hasta la época en que la autoridad competente defina la cabida del Globo número dos La Arena Cucambita y se verifique el pago que corresponda.*

*En cuanto a los intereses causados hasta el veinte (20) de junio de 1997 que aparecen en el pagaré número 2011-5 otorgado el veinte (20) de junio de 1997 y que ascienden a la suma de sesenta y nueve millones ciento cuarenta y un mil quinientos cuarenta y un pesos con sesenta y siete centavos ($69.141.541, 67) los mismos deberán ser pagados por Carbomar & Cía Ltda. el día de su vencimiento, esto es, el diecinueve (19) de diciembre de 1997.*

*Para legalizar esta modificación se hace necesario suscribir un documento.*

1. *El Fondo Nacional de Garantías, S.A., no accede reliquidar intereses causados hasta el diecinueve (19) de diciembre de este año, en virtud a que de una parte, la cabida del Globo número dos La Arena Cucambita, no ha sido definida por la autoridad competente y por otra, la escritura de compraventa si está registrada a favor de Carbomar y Cía Ltda, en la oficina de registro de instrumentos públicos de Barranquilla, conforme aparece en el folio de matrícula inmobiliaria número 040-174616. Cabe precisar, que el registro es un acto administrativo que goza de presunción de legalidad. En cuanto a no causarle intereses a partir del 19 de diciembre próximo, el FNG accede a que éstos se suspendan hasta que se defina por autoridad competente la cabida real del lote, pues sin conocer el mencionado hecho, mal podría el Fondo aceptar una condonación de intereses.*
2. *El Fondo Nacional de Garantía, S.A. no acepta señalar como plazo para definir la cabida del Globo número dos La Arena Cucambita el 30 de enero de 1998, ya que se trata de una decisión que compete a un tercero sobre el cual no se tiene ningún control…”* (contestación- fls. 153 y 154, c.2).

**4.15** Se estableció que el día 29 de diciembre de 1997, el Fondo Nacional de Garantías, S.A. remitió cuenta de cobro a la sociedad Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. por concepto del pago de intereses por valor de $69.141.541.67. Además, la entidad citó a la sociedad para el día 13 de enero de 1998 para estudiar la situación de los terrenos del predio La Arena Cucambita (cuenta cobro –fls. 150 a 152, c.2).

**4.16** Está demostrado que el 19 de enero de 1998, la sociedad demandante propuso al Fondo Nacional de Garantías, S.A. el pago del 20% del valor de los intereses, 30 días después del recibo de la comunicación y del saldo del valor de los inmuebles una vez se defiera la situación del Globo n.º 2. En comunicación del 5 de marzo, la sociedad Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. manifestó que, según lo acordado, el pago del 20% se haría entre la semana del 9 al 13 de marzo siguiente (comunicaciones – fls. 146 a 148, c.2).

**4.17** Se estableció que el 18 de marzo de 1998, la sociedad Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. pagó a través de un cheque del Banco Davivienda la suma de $13.828.308 por concepto de 20% de intereses (comprobante de ingreso n.º 4012 y constancia emisión de cheque – fls. 144 y 145, c.2).

**4.18** Está demostrado que el Fondo Nacional de Garantías, S.A. suscribió con Sermar Ltda. contrato de consultoría con el fin de realizar el levantamiento topográfico y establecer la situación oceanográfica del Globo n.º 2 del predio Arena Cucambita (informe final DIMAR – fls. 8 a 63, c. 4). Estudio que fue remitido a la DIMAR el 12 de agosto de 1998 (antecedentes concepto técnico DIMAR – fls. 56 y 57, c.2).

**4.19** Se conoce que el 4 de noviembre de 1998, la DIMAR emitió el concepto que solicitó el Fondo Nacional de Garantías, S.A., en relación a la naturaleza pública o privada del terreno. Concluyó:

*“3.2. Determinación Áreas Bienes de Uso Público y de Propiedad Particular:*

*Del trazado de los linderos del predio otorgado en concesión a la sociedad comercializadora de productos Marinos COMERMAR LTDA. con resolución No. 506 DIMAR del 12 de abril de 1998 y que corresponden a la escritura 1183/86 y a la petición, sobre el plano No. 001 – Levantamiento Topográfico Terrenos Arena Cucambita de julio de 1988 (sic) a Escala 1:2000 y en base a lo anteriormente expuesto se determina que existe un área de terreno consolidado de propiedad particular de 171.437,13 m2 descrito por la polígona a-b-c-d-e-C-a y un área bien de uso público bajo la jurisdicción de la Dirección General Marítima de 1.631.657,9 m2 descrita por la polígona A-B-F-E-E-D-e-d-c-b-a-A; dichas áreas se describen en el plano No. 2 anexo B del presente concepto.*

Entre las recomendaciones finales se destaca:

*“4.4 Se debe corregir la escritura pública No. 1183 del 27 de mayo de 1986 de la Notaría 5ª de Barranquilla, desafectándose el área de 1.631.657,9 m2 correspondientes zonas inundables y playones de arena de la espiga de puerto Colombia, bienes de uso público, bajo la jurisdicción de la Dirección General Marítima* (concepto técnico - fls. 55 a 64, c.2).

**4.20** Se encuentra demostrado que el 23 de marzo de 1999, la Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. presentó al Fondo Nacional de Garantías, S.A., propuesta de conciliación, en la que se solicitó disminuir el precio de venta, toda vez que parte del área del Globo n.º 2 comprendía bienes de uso público, de acuerdo al concepto de la DIMAR. Así mismo, solicitó el reconocimiento de los perjuicios causados como consecuencia de las erogaciones que realizó para la adecuación de los predios; como por la frustración de un negocio lo que le valió el inicio de un pleito judicial con un tercero (propuesta de conciliación - fls. 44 a 50, c.2).

La propuesta fue rechazada por el Fondo Nacional de Garantías, S.A., quien consideró que el negocio debía resolverse en los términos del artículo 1904 del Código Civil (respuesta a propuesta de conciliación – fls. 42 y 43, c.2).

**4.21** Se encuentra demostrado que, en atención a que entre la extensión determinada por la DIMAR para apropiación privada y la descrita en la escritura n.º 1183 del 27 de mayo de 1986 se presentaban diferencias, el Fondo Nacional de Garantías, S.A. solicitó complementación del concepto. El 23 de noviembre de 1999, la DIMAR adicionó la experticia como sigue:

*“Conclusiones*

*La razón por la cual se presenta en el concepto técnico una disminución en área de 60.547 m2 (6.0547 Ha) del predio Globo No. 2 la Arena Cucambita, en relación con lo establecido en la Escritura Pública, es porque dicha área corresponde a bienes de uso público, zona de bajamar cubierta de mangle.*

*Existe entre la Escritura Pública No. 1183/86 y el predio encerrado por cercas de alambre en el plano levantado por SERMAR LTDA. en julio de 1998, una diferencia en la longitud de los linderos, por lo cual se hace necesario la aclaración por parte del propietario”* (aclaración concepto - fls. 86 y 87, c.4).

**4.22** Está probado que el 15 noviembre de 2002, el Incora inició diligencias tendientes a la clarificación de la situación del predio denominado Globo n.º 2 La Arena Cucambita (resolución n.º 413 del 15 de noviembre de 2002 –fls. 233 y 234, c.1). Decisión que fue inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria, correspondiente al inmueble, el 10 de diciembre de 2002 (certificado de tradición y libertad, anotación n.º 13 – fl. 218, c.1).

**4.23** Está demostrado que el 21 de noviembre de 2002, la sociedad Inversiones Rodríguez compró a la Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. el 40.945% de los globos de terreno n.º 1, 2 y 3 del predio La Arena Cucambita (certificados de tradición y libertad – fls. 217 a 222, c.1).

**4.24** Se evidenció que el Incora, hoy Incoder, en ejercicio de la competencias que le otorga la Ley 160 de 1994 a través de la resolución n.º 38 del 23 de enero de 2003, decidió de fondo el proceso de clarificación[[12]](#footnote-12) de la propiedad del Globo n.º 2 del predio La Arena Cucambita, para el efecto consideró:

*“Examinada la documentación aportada y evaluada la prueba evacuada en el presente proceso concluye la Administración que el predio se denomina Globo No. 2 La Arena Cucambita está ubicado en jurisdicción del municipio de Tubará, departamento del Atlántico, entre las coordenadas norte 1705.000 y 1707.000 Este 899.5000 al 902.000. En el predio no existen terrenos que hayan quedado descubiertos por desecación provocada o artificial y no existe el fenómeno del aluvión en los límites de los predios de particulares. El predio Globo No. 2 Arena Cucambita en toda su extensión presenta las siguientes clases de bienes: Área catalogada como playa marítima, área de ciénaga denominada (ciénaga de Puerto Colombia), área de playones Nacionales, área de terrenos de Bajamar así como un área de terrenos consolidados que se ha desarrollado a partir de materiales sedimentarios finos, que presenta altos contenidos de sodio depositados por acción marina medianamente evolucionados y por contener altos contenidos de arcilla motmorilloniticas presentan contracción y expansión de acuerdo a los cambios de humedad. Esta clase de bienes han sido delimitados y ubicados en el levantamiento topográfico realizado al efecto por el INCORA señalado con el No. 668-025 del 2002 copia obrante en el presente proceso. De la documentación aportada al presente proceso se concluye que mediante escritura Pública No. 1183 del 27 de mayo de 1986 de la Notaria 5ª de Barranquilla, la sociedad Agropecuaria y Reforestadora del Atlántico Ltda, sociedad constituida según escritura pública No. 2825 del 28 de diciembre de 1977 otorgada en la Notaria Tercera de Barranquilla, representada en ese acto por el señor Raúl Eduardo Lascano Cerro… en su cláusula cuarta declara: “Que en virtud del fenómeno de la accesión el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella (art. 719 y 720 y s.s. del Código Civil), es así como el retiro lento y progresivo de las aguas del mar Caribe han aumentado el inmueble antes citado convirtiéndole en un predio con la siguiente descripción: Globo de terreno denominado La Arena Cucambita No. 2 situado en Jurisdicción del Municipio de Tubará sobre la banda Norte del camino que de Puerto Colombia conduce a Puerto Caimán globo de terreno encerrado dentro de las siguientes medidas y linderos. Por el norte mide 1263 metros más o menos y linda con camino que conduce de Puerto Colombia a Puerto Caimán en medio de terrenos del Globo No. 3, la Arena Cucambita por el Este mide 1093 metros más o menos y linda con terrenos de propiedad de la sociedad vendedora y Oeste 1625 metros más o menos y linda con terrenos de la sociedad vendedora, en la anterior forma queda rectificado como se señaló el Globo No. 2 en atención al fenómeno de aluvión allí operado”. Esta declaración así contenida en la escritura citada gracias al modo de adquisición de la accesión dado el fenómeno de aluvión, de que trata la legislación civil incrementó el área que venía siendo registrada en su titularidad. Hoy a la luz de la prueba practicada se determina que en dicho acto se involucraron como bienes de propiedad privada bienes que constituyen reserva territorial del Estado, bienes no adjudicables y bienes de uso público, como son las playas marinas, playones nacionales, ciénagas y terrenos de bajamar, y así mismo se establece que en los límites del predio no existe el fenómeno de aluvión ni han quedado terrenos descubiertos por desecación provocada o artificial. La titularidad contenida en los diferentes actos anteriores a la declaración de la accesión por aluvión que aumentó el área del predio se remonta al año 1945 en donde el señor Manuel J. De la Rosa vende a Parris y Cia., S.A. este y otros inmuebles según escritura pública No. 2377 del 20 de septiembre de 1945 de la Notaria Tercera de Barranquilla, registrada el 22 de septiembre de 1945 en el No. 2215 folio 266 tomo 7 impar libro 1 de 1945 parte del predio hoy de propiedad de Inversiones Rodríguez Fuentes Limitada satisface las exigencias legales del inciso segundo del numeral 1º del artículo 48 de la ley 160 de 1944, para acreditar propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial. Dado que los títulos han sido otorgados y debidamente inscritos con anterioridad al 3 de agosto de 1974.*

*La declaración sobre la accesión por aluvión Marino que ocurre en el año de 1986 según Escritura Pública No. 1183 del 27 de mayo de 1986 inscrita el 30-05-86 a folio de matricula inmobiliaria No. 174616 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Barranquilla que aumenta el área inicial del predio, involucra bienes que constituyen reserva territorial del Estado, bienes no adjudicables y bienes de uso público acto este no (sic) satisface la (sic) exigencias legales del inciso segundo del numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 160 de 1994 para acreditar la propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial. Señalada la competencia del Incora para adelantar esta actuación administrativa habrá de declararse con fundamento en las pruebas documentales y la practicada al fundo y teniendo en cuenta la legislación al respecto que sobre el área adquirida e incrementada refiere a bienes no adjudicables, que se hallan reservados y destinados al uso público, parte del predio Globo No.2 La Arena Cucambita se acredita propiedad privada, al exhibir una cadena de títulos debidamente inscritos, otorgados con anterioridad al 3 de agosto de 1974 y por lo tanto han salido del patrimonio del Estado”.*

Y, con fundamento en lo anterior resolvió:

*“ARTÍCULO PRIMERO. Declarar que los títulos aportados para acreditar propiedad privada sobre el área adquirida mediante el modo de accesión por el fenómeno de aluvión declarado en la escritura pública No. 1183 del 27 de mayo de 1986 Notaria 5ª de Barranquilla, inscrita a folio de matrícula inmobiliaria No. 040-174616 sobre parte del predio Globo No. 2 La Arena Cucambita, se refieren a bienes no adjudicables, reservados y destinados al uso público. Área que se delimita según las especificaciones técnicas contenidas en el plano No. 668-025 del 2002 con área total de 135 has, 5402.38 metros delimitada por los siguientes linderos generales. Norte. Desde el detalle 24A hasta el detalle 21 en distancia de 1252 metros colindancia con aguas del Mar Caribe. Este. Desde el detalle No. 24ª hasta el detalle No. 17 en distancia de 956.14 metros colindancia prolongación ciénaga de Puerto Colombia y predios de la Parrish y Cía. S.A. Sur. Desde el detalle No. 17 hasta el detalle No. 49 B en distancia de 1357.01 metros parte del predio Globo No. 2 La Arena Cucambita terreno consolidado. Oeste desde el punto 49 B hasta el punto 24 A punto de inicio y cierre en distancia de 1118 metros prolongación de la ciénaga de Puerto Colombia y playones Nacionales.*

*ARTÍCULO SEGUNDO. Declarar que se acreditó propiedad privada, por la exhibición de una cadena de títulos, debidamente inscritos, otorgados por un lapso no menor al 3 de agosto de 1974 sobre parte que excede del predio contemplada en el artículo primero de esta Resolución, predio Globo No. 2 La Arena Cucambita, en área de 16 hectáreas 3375.15 metros cuadrados área de terreno consolidado y delimitada por los siguientes linderos técnicos según el plano No. 668-025. Norte. Del detalle 49 B pasando por los detalles 49C, 49D, 49F, 49G, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 96, 96 A, 97 hasta el detalle 17 A en distancia de 1357,01 metros limita con la ciénaga de Puerto Colombia y terrenos de Bajamar. Sur. Desde el detalle 17 A y pasando por los detalles, 16, 12, 11, 9, 8, 3, 4, 1, 49 hasta el punto A, en distancia de 1007 metros colindantes carreteable en medio que conduce de Puerto Colombia a Puerto Caimán con predio la Arena Cucambita Globo No. 3. Oeste. Desde el punto A al punto 49B, punto de inicio y cierre en distancia de 295 metros colindancia con Globo No. 1 La Arena Cucambita.*

*(…)*

*ARTÍCULO QUINTO. Ejecutoriada la resolución por la cual se decide el procedimiento de clarificación de la propiedad y si no se hubiere formulado demanda de revisión o esta fuere rechazada o el fallo del Consejo de Estado negare las pretensiones de la demanda, se enviará original y copia de la providencia a la oficina de instrumentos públicos de Barranquilla, con el fin que se inscriba en el folio de matrícula inmobiliaria No. 040-174616 para los efectos de publicidad ante terceros…”* (resolución n.º 38 del 23 de enero de 2003 -fls. 224 a 232, c.1).

**4.25** El 24 de abril de 2003, una vez ejecutoriada la anterior decisión fue anotada en al folio de matrícula inmobiliaria 040-174616 correspondiente al Globo n.º 2 La Arena Cucambita (certificado de tradición y libertad, anotación n.º 14 -fls. 217 a 220, c.1).

**5. La cuestión de fondo - la nulidad del contrato**

**5.1** La controversia que se ha puesto a consideración de la Sala tuvo como germen el contrato de promesa de compraventa y la posterior enajenación que el Fondo Nacional de Garantías, S.A, a nombre propio y del Banco de Bogotá, S.A, celebró con la sociedad Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. sobre el predio denominado La Arena Cucambita ubicado en el municipio de Tubará, Atlántico, integrado a su vez por tres inmuebles diferentes, a uno de los cuales, el Globo n.º 2, se integró una zona constitutiva de espacio público no susceptible de apropiación privada, sin que mediara sentencia necesaria tratándose del aluvión, modo de accesión de inmueble a inmueble que si bien opera *per se* requiere de decisión judicial.

De este modo, aunque las partes convinieron en que el inmueble se entregaba y recibía conforme a la cabida y linderos establecidos en la escritura de venta, en realidad la transferencia de la extensión constituida por terrenos de aluvión no se realizó, por lo que Carbomar y Cía. Ltda. solicita la disminución del precio, la restitución del valor pagado previa la declaratoria de lesión enorme o el pago de perjuicios por incumplimiento.

**5.2** Ahora bien, como es lógico, la formulación de las anteriores pretensiones se encuentra estrechamente ligadas al contenido del contrato, circunstancia que impone a la Sala la obligación de establecer si la relación negocial que sirve como soporte, nació válidamente a la vida jurídica, pues de lo contrario ningún reconocimiento podría realizarse.

Al respecto recuérdese que el Código Civil, en el artículo 1742 faculta, pero a la vez obliga a declarar la nulidad absoluta, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato.

También, el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 establece que la nulidad absoluta puede ser alegada por las partes, el agente del Ministerio Público y cualquier persona o declarada de oficio.

Por su parte la jurisprudencia de esta Corporación, con fundamento en las precitadas preceptivas, ha considerado que al juez del contrato le asiste la facultad de pronunciarse oficiosamente, cuando de su análisis se evidencian vicios que afectan su validez. Postura con la que se busca amparar el orden público y dar aplicación a las disposiciones anteriormente señaladas.

Así, lo ha puesto de manifiesto:

*“Ahora bien, tal y como lo expresó esta Sala, aunque entre las pretensiones formuladas en la demanda no se encuentre alguna que tenga por objeto la declaratoria de nulidad del contrato, dicha circunstancia no impide que, en estos casos, el juez proceda de manera oficiosa a declararla, de conformidad con las facultades–deberes que al respecto le han sido otorgadas e impuestos por la ley”[[13]](#footnote-13).*

**5.3** Bajo las circunstancias que han quedado demostradas *ut supra*, para la Sala es claro que las partes suscribieron una promesa de venta y posteriormente un contrato de compraventa contra expresa prohibición legal, lo que afecta parcialmente la validez de la relación negocial en estudio, como pasa a explicarse:

**5.3.1** Téngase en cuenta que el contrato de promesa de contrato de compraventa y de compraventa están sujetos a los requisitos de todo acto jurídico: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, requisitos necesarios de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil para que una persona se obligue y cuya ausencia puede llevar a la invalidación del contrato.

Ahora, lo cierto es que el negocio jurídico puede ser sujeto de diversas sanciones y que no toda irregularidad genera la invalidación absoluta del acuerdo, sino aquellas expresamente consagradas en la ley.

**5.3.2** En el caso de los contratos estatales, las causales de nulidad absoluta están previstas tanto en la Ley 80 de 1993 como en los Códigos Civil y de Comercio.

El artículo 44 del Estatuto Contractual señala:

*“De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*

*1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*

***2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.***

*3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.*

*4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*

*5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley”* (se destaca).

Así mismo, el Código Civil estatuye:

*“Art. 1740. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.*

*La nulidad puede ser absoluta o relativa.*

*Art. 1741.* ***La nulidad producida por un objeto o causa ilícita****, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan,* ***son nulidades absolutas****.*

*Hay así mismo nulidad absoluta en los actos o contratos de personas absolutamente incapaces.*

***Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato****” (se destaca).*

Y, el Código de Comercio dispone:

*“&$Art. 899. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:*

***1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;***

***2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos****, y*

*3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz &$*(se descata).

**5.3.3** En el *sub lite*, ha quedado demostrado que la compraventa tuvo por objeto tres fundos, uno de los cuales, el Globo n.º 2, supuestamente pasó de 25 hectáreas y 2.250 mts2 a 178 hectáreas y 4.175 mts2 por accesión por aluvión, según se dictaminó. Accesión que no ha sido declarada como corresponde y que se hizo recaer en terrenos de playa marítima, área de ciénaga, playones y terrenos de bajamar, es decir en bienes de uso público.

Como lo muestra el acervo probatorio, dicha condición fue develada por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla y la seccional del Agustín Codazzi ante la solicitud de rectificación de la cabida y linderos del Inmueble. Luego, confirmada por la Dimar a través de concepto técnico en que dejó en evidencia que la mayor parte del área del Globo n.º 2 estaba comprendido por zona de baja mar cubierta de mangle. Y, definida con carácter vinculante por el Incora, hoy Incoder, en el marco del procedimiento de delimitación del área, a través de la resolución n.º 38 del 23 de enero de 2003. Acto administrativo ejecutoriado e inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria n.º 040-174616.

Esta decisión dejó en claro los linderos y cabida del Globo n.º 2, último con una extensión 135 hectáreas con 5402.38 mts2 de propiedad estatal, inenajenable e imprescriptible y 16 hectáreas con 3375.15 mts2susceptibles de apropiación particular.

Así, resulta indiscutible que el objeto del contrato en estudio recayó sobre áreas de playa, ciénaga, playones y terrenos de bajamar, es decir de bienes de dominio estatal, afectados al espacio público.

**5.3.4** Cabe recordar que, desde el año 1974, el Código de Recursos Naturales reconoce que los terrenos de playas y riberas de los mares, ríos, lagunas, etc., son de suma importancia ambiental y ecológica, y declara que los mismos pertenecen al Estado. El artículo 83 de dicho cuerpo normativo establece:

*“Salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado:*

*a.- El álveo o cauce natural de las corrientes;*

*b.- El lecho de los depósitos naturales de agua;*

***c.- La playas marítimas, fluviales y lacustres;***

*d.- Una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho;*

*e.- Las áreas ocupadas por los nevados y por los cauces de los glaciares;*

*f.- Los estratos o depósitos de las aguas subterráneas* (negrillas no originales).

Además, en el año 1984, el Decreto Ley 2324 por el cual se reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria, en lo que tiene que ver con permisos y concesiones en las playas y zonas aledañas, reiteró, en el artículo 166, el punto así:

*"Bienes de uso público: las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quiénes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y las disposiciones del presente decreto. En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni el subsuelo".*

El mismo decreto definió dichas zonas:

*“1. Costa nacional: Una zona de dos (2) kilómetros de ancho paralela a la línea de la más alta marea.*

*2. Playa marítima: Zona de material no consolidado que se extiende hacia tierra desde la línea de la más baja marea hasta el lugar donde se presenta un marcado cambio en el material, forma fisiográfica, o hasta donde se inicie la línea de vegetación permanente, usualmente límite efectivo de las olas de temporal.*

*3. Bajamar: La máxima depresión de las aguas o altura mínima.*

*4. Terrenos de bajamar: Los que se encuentran cubiertos por la máxima marea y quedan descubiertos cuando ésta baja…”.*

A su turno, el artículo 674 del Código Civil respecto de los bienes de uso público dispone:

*“Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República.*

*Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.*

*Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales”.*

Ahora, la Constitución Política señala, en el artículo 63:

 *“Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalieables, imprescriptibles e inembargables”.*

En este contexto, no hay duda de la inclusión de las playas marítimas y otros terrenos necesarios para su conservación y la de los recursos hídricos del país, en la categoría de bienes de uso público inalienables, imprescriptibles e inembargables. De esta forma, su apropiación privada contraria el orden público de la Nación. Así, también cabe señalar que respecto a los mismos no operan los modos de adquirir, para el caso que ocupa a la Sala, la accesión.

Este último si bien originario, ocurrido debe ser declarado mediante sentencia y solo así inscrito en el folio correspondiente, como lo disponen los artículos 758 y 759 del Código Civil en concordancia con el artículo 2 del Decreto 1250 de 1970. En el *sub lite,* lo cierto es que no operó por tratarse de terrenos excluidos del comercio por imperativo constitucional y legal. Razón suficiente para calificar de ilícita la pretendida adquisición por accesión de zonas de bajamar cubiertas de mangle.

En correspondencia con lo anterior, las transferencias fundadas en una pretendida accesión adolecen del mismo vicio; por tanto quien pretendió adquirir no lo hizo y naturalmente los tradentes nada podían transferir.

Con este entendimiento, esta Corporación, se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la inviabilidad de establecer una relación negocial sobre un bien de uso público y si bien lo ha realizado en el marco del arrendamiento de inmuebles, dichas consideraciones resultan igualmente aplicables al caso en estudio:

*“Admitir la posibilidad de que los bienes de uso público puedan ser susceptibles de convertirse en objeto material de un contrato de arrendamiento supondría soslayar el mandato contenido en el artículo 63 de la Carta, el cual determina que los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables y si, como ya se dijo, tal inalienabilidad comporta el que los aludidos bienes se encuentren fuera del tráfico civil y mercantil, resulta censurable la celebración de negocios jurídicos en contravía de tal disposición; tales negocios se encuentran prohibidos y, en caso de ser celebrados, resultarían violatorios de normas de orden público, con lo cual quedarían afectados de nulidad absoluta por objeto ilícito, en los términos de los artículos 1519 y 1523 del Código Civil, además de que transgredirían lo preceptuado por el artículo 6º de la Ley 9ª de 1989, en la medida en que conllevarían una desafectación velada del respectivo bien de uso público, pretermitiendo así los requisitos y el procedimiento que a tal efecto prevé la citada disposición…”[[14]](#footnote-14).*

**5.4** En consecuencia, es patente que el Fondo Nacional de Garantías, S.A., y el Banco de Bogotá, S.A., prometieron en venta y celebraron el negocio prometido al margen de la Constitución y la ley. Esto es así, porque el objeto parcial del negocio recayó sobre una zona de bajamar cubierta de mangle que las vendedoras no adquirieron y en consecuencia no podían trasferir y la adquirente, tampoco podía poseer. Efectivamente, en los términos de la escritura pública n.º 959 otorgada el 15 de mayo de 1997 ante la Notaría 15 de Bogotá, las demandadas enajenaron 239 hectáreas y 4.175 mts2, distribuidos en tres globos de terreno de 12 hectáreas y 3.000 mts2; 178 hectáreas y 4.171 mts2 y 48 y 7.000 mts2. Objeto que incluyó zonas de mangle en una proporción de al menos 135 hectáreas con 5402.38 mts2.

En estas condiciones habrá que declararse la nulidad, sin embargo dado que en este caso la relación negocial puede subsistir con la exclusión de la parte viciada por objeto ilícito, la declaración se hará únicamente respecto de las 135 hectáreas con 5402.38 mts2 del Globo n.º 2 del predio La Arena Cucambita[[15]](#footnote-15).

Lo anterior, no sin antes advertir que, pese a que no se pueden confundir los fines de los contratos de promesa de compraventa y de compraventa, lo cierto es que la invalidación parcial los abarca, por cuanto además de viabilizar un negocio sobre un inmueble que incluía bienes de uso público, en dicho contrato las partes pactaron obligaciones relacionadas con el negocio futuro, para el caso el pago del precio, lo que necesariamente tienen impacto sobre las restituciones que en este caso se habrán de disponer.

**6. Los efectos de la declaratoria de nulidad para las partes del contrato**

**6.1** Frente a las restituciones mutuas, es preciso aclarar que el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 dispone:

*“DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.*

*Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.*

Sobre el alcance del mencionado enunciado normativo la Sala ha señalado:

*“En resumen, para la Sala el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece efectivamente una regla distinta a la del Código Civil, consistente en que el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita, sólo tienen lugar cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido. Se trata, pues, de una regla diferente a la prevista en la legislación civil en tanto que condiciona el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas al beneficio del Estado y solamente hasta el monto del mismo. La especialidad de la norma de la ley 80 no radica, entonces, en impedir las sanciones que se derivan por violación del orden jurídico a sabiendas y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues, como ha indicado la Corte Suprema de Justicia, esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta disposición se aplicaría únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas” [[16]](#footnote-16).*

**6.2** Ahora, en el *sub júdice* el contrato de compraventa se ejecutó parcialmente, pues si bien los demandados entregaron, el 23 de mayo de 1997, el inmueble denominado La Arena Cucambita integrado por los tres globos de terrenos de acuerdo a la cabida y linderos establecidos en la escritura pública n.º 959 de 15 de mayo de ese mismo año, la sociedad Carbomar Cía. Ltda. pagó del total de $1.270.000.oo únicamente $770.000.000 más el 20% de los intereses de plazo convenidos. Esto bajo la anuencia del Fondo Nacional de Garantías, S.A. Entidad que autorizó la suspensión de los pagos, hasta la aclaración de la situación jurídica del Globo n.º 2.

Así, se impone ordenar las restituciones mutuas, en el sentido de ordenar la devolución de las sumas recibidas en exceso por la demandada, para efectos de retrotraer las cosas al estado anterior, en relación a las obligaciones nacidas en torno a las áreas de uso público incluidas en el objeto transferido[[17]](#footnote-17). Lo anterior, como consecuencia de la anulación parcial de la compraventa.

Por otra parte, teniendo en cuenta que las áreas de playa jamás salieron del patrimonio nacional por su naturaleza y porque la resolución 38 del 23 de enero de 2003, por medio de la cual el Incora delimitó la propiedad pública y privada del Globo n.º 2, así lo evidencia, la única orden que se librará a título de restitución será la entrega material de dicha área, bajo el supuesto de que puede estar ocupada por las sociedades Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. e Inversiones Rodríguez Fuentes Ltda.

**6.3** En consecuencia, se procederá, así:

**6.3.1** Las partes en la cláusula tercera del contrato de compraventa señalaron que el valor total de la venta de los predios denominados La Arena Cucambita era de $1.270.000.000.oo. Los fundos tenían las siguientes extensiones: el Globo n.º 1 un área de 12 hectáreas y 3000 mts2; el Globo n.º 2 de 178 hectáreas y 4.175 mts2 y el Globo n.º 3 de 48 hectáreas y 7000 mts2 para un total de 239 hectáreas con 4.175 mts2 o 2.394.175 mts2.

En la misma cláusula se hizo constar que $220.000.000.oo ya se habían recibido por el Fondo Nacional de Garantías, S.A. y el Banco de Bogotá a entera satisfacción. Se pactó que el saldo se pagaría de la siguiente forma: *i)* $550.000.000.oo mediante la transferencia del derecho de dominio y posesión de un inmueble, lo cual se haría a más tardar el 20 de junio de 1997 y *ii)* el saldo de $500.000.000.oo el 19 de diciembre 1997, en efectivo en las oficinas del Fondo Nacional de Garantías, S.A. Adicionalmente, se pactó que la sociedad compradora reconocería durante el término de los pagos un interés del DTF más dos puntos semestre vencido, pagaderos los días 19 de junio y 19 de diciembre de 1997.

**6.3.2** En el *subjudice*, se puede tener por acreditado el pago del primero concepto, es decir de $220.000.000, pues no se puede desconocer la manifestación que obra en la escritura, como tampoco el cruce de comunicaciones entre las partes en las que la entidad pública dejó por sentado que la sociedad Carbomar Cía. Ltda. únicamente adeudada el último pago por valor de $500.000.000 y parte de los intereses causados. El segundo pago por valor de $550.000.000 también se encuentra acreditado, toda vez que al proceso se allegó la escritura pública de dación en pago de un inmueble por dicho monto, junto con su respectivo registro de la Oficina de Instrumentos Públicos. Finalmente, se encuentra acreditado que la parte actora pagó el 19 de marzo de 1998 $13.629.308 por concepto de 20% de intereses.

En estas condiciones, el monto que tendrá que restituir la parte demandada equivale al valor que resulte de restar al monto recibido, el correspondiente al área excluida. De manera que la actora habrá de pagar y los demandados recibir el valor acordado por metro cuadrado convenido debidamente actualizado.

**6.3.3** Es importante precisar que en el expediente, en el marco de una inspección judicial practicada al predio, se decretó un dictamen pericial que entre otros aspectos tuvo como objetivo la verificación de la extensión de los predios y la determinación de su valor, sin embargo sus conclusiones en esos puntos no serán tenidas en cuenta dado que no generan persuasión una vez contrastadas con los restantes medios de prueba. En consecuencia, para establecer el valor del metro cuadrado se partirá exclusivamente de lo acordado en el contrato, en tanto el área excluida se tomará de la resolución n.º 38 del 23 de enero de 2003. (Inspección judicial con intervención de peritos-fls. 139 a 182, c.6).

**6.3.4** Precisado lo anterior, se proceden a calcular el monto de la restitución a cargo de las entidades demandadas:

* El valor del metro cuadrado al tiempo de la celebración del contrato de compraventa resulta de dividir el valor pactado como precio ($1.270.000.000.oo) por el área total del inmueble en metros cuadrados señalados en la escritura de compraventa n.º 959 de 15 de mayo de 1997 (2.394.175 mts2) lo que arroja un valor de $530.45 por metro cuadrado.
* El área susceptible de enajenación privada resulta de sumar las áreas del Globo n.º 1 (12 hectáreas y 3000 mts2) del Globo n.º 3 (48 hectáreas y 7000 mts2) ello conforme a la cabida y linderos con los cuales fueron recibidos, y la susceptible de enajenación privada en el Globo n.º 2 (16 hectáreas y 3375.15 mts2). Determinada por el Incora en la resolución n.º 38 del 23 de enero de 2003, para un total de 77 hectáreas y 3375.15 mts2 o 773.075,15 mts2.

En este punto, se insiste en que pese, a contar con otros elementos de prueba sobre el particular, el área total del Globo n.º 2, como la extensión de titularidad privada y pública se toman en la precitada resolución en tanto, definió con carácter vinculante dicha extensión.

Con los valores obtenidos se procederá así:

Multiplicada el área de enajenación privada 773.075,15 mts2 por el valor del metro cuadrado $530.45, se tiene, un total de $410.077.713,31. Suma a la que se resta el pago parcial que realizó la entidad demandada esto es $770.000.000.oo (valor en el no se tiene en cuenta los $13.629.308 por cuanto dicho concepto correspondía a intereses de plazo que en efecto se generaron). En consecuencia, la suma a restituir por parte del Fondo Nacional de Garantías, S.A. y el Banco de Bogotá asciende a **$359.922.286,69** en porcentajes de75,95% y el 24.05% respectivamente dado su participación en el negocio.

Suma que se actualizará como sigue:

Ra = Rh x Ipc (f)

 Ipc (i)

Donde:

Ra: Valor actualizado a obtener

Rh: monto de la restitución

Ipc (f): Último índice de precios conocido (febrero de 2015)

Ipc (i): Índice de precios a la fecha del último pago (agosto de 1997).

Ra = $ 359.922.286,69 x 120,27

 51,03

**Ra = $ 1.004.125.572,26**

Restitución que deberá reclamar a cada uno de los deudores Fondo Nacional de Garantías, S.A. y el Banco de Bogotá, S.A. en tanto se trata de una obligación divisible.

**6.4** Por último, las pretensiones relacionadas con los perjuicios por inversiones realizadas para la adecuación del terreno como desmonte, nivelación, descapotaje, etc. no serán reconocidas, no solo porque la actora no tenía que adelantar obras sobre una zona de playa y bajamar, sino porque las sociedades demandadas y demandante cayeron en un error derivado de una anotación que no tenía que figurar en el folio de matrícula n.º 040-174616 correspondiente al Globo n.º 2. Error este que dada su generalidad crea derecho y no genera perjuicios.

Respecto del error común señala la jurisprudencia:

*“La noción de error común es una noción que está íntimamente relacionada con los sistemas jurídicos de publicidad establecidos en un determinado país. Tomando como base tales sistemas de publicidad, así como las demás circunstancias susceptibles de ser apreciadas desde el punto de vista de la excusabilidad del error, se llega a constatar la inculpabilidad de éste, es decir, el hecho de que un hombre diligente y avisado, colocado en las mismas circunstancias externas, sin faltar a sus obligaciones de prudencia, habría incurrido en el mismo error, y de allí se infiere o se deduce el carácter de común o colectivo de éste.*

*“En esa investigación (sobre el carácter de necesario o invencible del error) se tienen en cuenta —dice Gorphe— los usos corrientes y* ***sobre todo las medidas de publicidad que han rodeado el error****. Los terceros han podido legítimamente atenerse a las declaraciones contenidas en la publicidad. Por el contrario, no tienen el derecho de ignorar lo que ha sido publicado”. “Una publicidad apropiada —dice en otra parte de su obra el mismo autor— es el mejor modo de evitarles errores y sorpresas a los interesados... El sistema de organización más completo en este sentido es el del “livre foncier”, que funciona especialmente en Alemania, en Austria, en Suiza, en Dinamarca, así como en Alsacia y Lorena, y que les indica a todos, por las instrucciones, el verdadero estado de la propiedad inmueble. El “livre foncier”, como lo dice el Código Federal suizo, da el estado de los derechos sobre los inmuebles. Asímismo, el registro matrimonial indica los derechos de las gentes casadas, y el registro de las personas suministra los datos sobre las incapacidades de diversas especies”.*

*(…)*

*El error común —ha dicho recientemente Henri Mazeaud— es el error invencible. Por consiguiente, desde que un error, sea de hecho o de derecho, se reconozca como invencible, el adagio* ***error communis*** *deberá aplicarse”.*

*Lo verdaderamente importante, pues, para que la máxima tántas veces aludida tenga aplicación, es que el error sea completamente excusable e invencible. Si en la máxima se habla de error común es, como se ve, por la cita antes hecha de Gorphe, porque lo generalizado del error hace presumir que éste es invencible, y no porque en realidad de verdad desempeñe un papel trascendental, desde un punto de vista ajeno a la prueba, la circunstancia de que un número más o menos grande de personas haya incurrido efectivamente en él mismo error.*

*Por eso la jurisprudencia francesa lo que exige generalmente cuando se trata de aplicar la máxima tántas veces mencionada, es que se trate de un error que no ha podido ser previsto ni impedido, o de un “error contra el cual era imposible precaverse”, o de un “error tal que los más prudentes y avisados habrían incurrido en él lo mismo que aquel que lo alega en su defensa, y que, en lo que concierne a este último, le haya sido moralmente imposible evitarlo”. Y ello ocurrió, en el caso que se estudia, como se desprende de todo lo arriba expuesto. Tomando todas las precauciones y medidas de prudencia que las personas más avisadas y prudentes hubieran podido tomar, el demandado no habría evitado el error en que incurrió respecto de la formación y disolución de la sociedad conyugal Triviño-Paz, pues, como se ha explicado tántas veces, no es posible esperar, ni siquiera de las personas más ejemplarmente diligentes, que cuando van a comprar un inmueble hagan investigaciones en todas las parroquias y notarías de la República sobre el estado civil de todas y cada una de las personas que figuran como causantes o como causahabientes la totalidad de las escrituras relativas a transferencias de dominio de ese inmueble en un lapso de treinta años” [[18]](#footnote-18).*

Siendo así, las partes en este asunto incurrieron en un error que dada su apariencia de verdad, en razón del registro y de su publicidad no tendrá que ser indemnizado.

**7. Los efectos de la nulidad frente a terceros**

**7.1** Como se anotó en los antecedentes de esta providencia el Fondo Nacional de Garantías, S.A. y el Banco de Bogotá solicitaron citar al proceso a la sociedad Inversiones Rodríguez Fuentes Ltda. habida cuenta de que en el certificado de matrícula inmobiliaria 040-174616 expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla figura como copropietaria del Globo n.º 2 La Arena Cucambita[[19]](#footnote-19).

Vinculada al proceso, manifestó coadyuvar las pretensiones de la parte actora por considerar ciertos todos los hechos que alegó como fundamento.

En estas condiciones, resulta necesario establecer los efectos que declaración de nulidad que se hará en este proceso tiene sobre la mencionada sociedad.

**7.2** Como se puso de presente en al apartado precedente, el efecto inmediato que genera el contrato declarado nulo es la restitución de las cosas a su estado anterior a su celebración, en tal virtud para el caso del contrato de compraventa, le corresponde al comprador devolver el bien y al vendedor el precio, si el contrato se hubiere ejecutado total o parcialmente. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en relación a los eventos de objeto y causa ilícita de conformidad con la regulación especial que trae el Estatuto de Contratación en el artículo 48.

De lo anterior, se sigue una primera conclusión, es decir que la sociedad Inversiones Rodríguez Fuentes Ltda. en su condición de *litis* consorte necesaria, resulta vinculada por la decisión y por ende obligada a restituir la porción del inmueble de uso público que ocupa, sin perjuicio de las acciones que respecto de terceros deberán adelantar las autoridades públicas a cargo de su protección y conservación.

No obstante, la sociedad Inversiones Rodríguez Fuentes Ltda. no se hará beneficiaria de las restituciones que se ordenaran a favor de la sociedad demandante, por cuanto no invocó pretensión alguna en su favor, pues se limitó a apoyar a la actora.

**8. Condena en costas**

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

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

**F A L L A**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 9 de diciembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión.

**SEGUNDO:** **DECLARAR** no probada la excepción de caducidad de la acción.

**TERCERO:** **DECLARAR** la nulidad parcial de los contratos de promesa de compraventa y de compraventa suscritos entre el Fondo Nacional de Garantías, S.A. - Banco de Bogotá, S.A. y la sociedad Comercializadora Carbomar Ltda., en lo que tiene que ver con 135 hectáreas y 5402. 38 mts2 constitutivas de bienes de uso público, conforme a la delimitación y linderos establecidos en la resolución n.º 38 del 23 de enero de 2003 del Incora.

**CUARTO: ORDENAR** al Fondo Nacional de Garantías, S.A. y al Banco de Bogotá, S.A restituir a la sociedad Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. la suma de **$ 1.004.125.572,26**, en el porcentaje que a cada una le corresponde por su participación en el negocio cuya nulidad parcial se decreta. Esto es la suma de **$762.633.372,13** y **$241.492.200,13** respectivamente que corresponde al 75,95% y al 24,05%.

**QUINTO:** **ORDENAR** a las sociedades Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. e Inversiones Rodríguez Fuentes Ltda. la restitución del área comprensiva de bienes de uso público del Globo n.º 2 del predio La Arena Cucambita de conformidad con lo establecido en la resolución n.º 38 del 23 de enero de 2003 del Incora. Orden que se cumplirá en cabeza de la Dirección Nacional Marítima -DIMAR- competente en tanto los bienes a restituir comprenden terrenos de playa y bajamar.

**SEXTO: COMUNICAR,** a la Dirección Nacional Marítima -DIMAR- la presente determinación para su cumplimiento.

**OCTAVO: SIN COSTAS**,toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

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

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Magistrado

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Magistrado

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Presidenta

1. Las pretensiones de la demanda fueron modificadas por la parte actora, en consecuencia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y su corrección mediante providencias de 8 de febrero y 14 de marzo de 2000 (fls. 33 y 74, c.1). [↑](#footnote-ref-1)
2. El Ministerio Público no realizó pronunciamiento en esta instancia (fl. 411, c. ppal.). [↑](#footnote-ref-2)
3. Respecto de su alcance en materia de controversias contractuales, la Corporación en interpretación de este enunciado normativo ha señalado: “*A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1107 de 2006, es la siguiente manera: “i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo. “(…).”* Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 8 de febrero de 2007, expediente 30903. [↑](#footnote-ref-3)
4. La naturaleza jurídica de la entidad fue estudiada por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación: “*El Fondo Nacional de Garantías, S.A. S.A. es una sociedad anónima de naturaleza mercantil de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Desarrollo Económico (hoy Ministerio de Comercio Industria y Turismo), con aportes de capital de y sus entidades descentralizadas superior al 90 %, por lo que su régimen es el aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado y, por tanto, conforme a la ley 489 de 1998, hace parte de la rama ejecutiva del poder público, sector descentralizado (arts. 39 y 38.2.f).”*Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 5 de diciembre de 2002, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce. radicación1.475. [↑](#footnote-ref-4)
5. El numeral 8 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, asignaba, en primera instancia, a los Tribunales Contencioso Administrativos la competencia de los asuntos contractuales que para 1999, cuando se presentó la demanda (fl. 32, c. 1), superaran los $18.850.000. La parte actora estimó la cuantía en $1.270.000.000.oo en consideración al valor del contrato en estudio (fl. 70, c. 1); sin embargo, al explicar los valores que se habían pagado en exceso y los que se habían invertido en la adecuación de los predios explicó que el daño emergente a reconocer ascendía a los $482.485.567.oo. Téngase en cuenta que en el *sub lite*, la demanda fue presentada el día 13 de diciembre de 1999, la sentencia de primera instancia se profirió el 9 de diciembre de 2004 y los recursos fueron interpuestos el 17 y 20 de enero de 2005. [↑](#footnote-ref-5)
6. En el contrato de compraventa contenido en la escritura pública n.º 959 del 15 de mayo de 1997 se estableció como término para la entrega de los inmuebles: “…*QUINTA: ENTREGA: La entrega del inmueble objeto de esta escritura de compraventa se efectuará por los VENDEDORES al COMPRADOR, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la firma de la presente escritura pública de COMPRAVENTA, para lo cual los compradores designaran una persona que se desplazará al lugar donde se encuentra ubicado el inmueble objeto del presente contrato. La entrega material del mencionado inmueble se efectuará con sus mejoras, anexidades, usos y servidumbres. Igualmente, el VENDEDOR se obliga a entregar el inmueble determinado en la cláusula primera de este documento libre de limitaciones al dominio, gravámenes, condiciones resolutorias, pleito pendiente, embargo, por lo cual saldrán al saneamiento en los casos de ley, así mismo manifiestan que los inmuebles objeto del presente contrato se encuentran a paz y salvo de impuestos, tasas, contribuciones causadas hasta la fecha de la escritura pública de compraventa…”.* (fls. 344 a 355, c.2). [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 9 de marzo del 2000, expediente 17333, C.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2001, expediente 16.596, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-8)
9. Nota original: Sentencia de 13 de septiembre de 1999. Expediente No. 6976 Actor: Ministerio de Minas. [↑](#footnote-ref-9)
10. Nota original: Expediente. 16596. Actor: Personería de Bogotá, D.C. [↑](#footnote-ref-10)
11. La anotación n.º 2 del 30 de mayo de 1986, señala que se hace una rectificación de las medidas del inmueble por accesión a través de la escritura pública 1183 del 27 de mayo de 1986 (certificado de tradición, libertad Globo n.º 2). [↑](#footnote-ref-11)
12. El Incora inició el procedimiento de clarificación de la propiedad y dicha decisión se inscribió, el 10 de diciembre de 2002, en el folio de matricula 040-174616 correspondiente al Globo n.º 2 La Arena Cucambita (certificado de tradición y libertad – fl. 218, c.1). [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de abril de 2014, expediente 33608, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. También, la sentencia de 9 de julio de 2014, expediente 35130, C.P. Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 2010, expediente 14.390, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En este sentido también se pueden consultar las sentencias de 28 de septiembre de 2012, expediente 25.747 y de 30 de enero de 2013, expediente 26.643 con ponencia de la suscrita. [↑](#footnote-ref-14)
15. Artículos 44 y 47 Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de noviembre de 2004, exp. 25.560, M.P. Germán Rodríguez Villamizar. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 12.249, M.P. Alier E. Hernández Enríquez. En dicha oportunidad se precisó: *“Aplicado lo anterior al análisis del supuesto contenido en el artículo 1525 del CC, para que no pueda repetirse lo que se haya dado o pagado por virtud del contrato anulado, se concluye que el término a sabiendas requiere la conciencia, el real conocimiento y convencimiento de tres hechos fundamentales: i) que existe la disposición legal, ii) que la norma que la contiene es aplicable al caso concreto y iii) que con la celebración del contrato se está obrando en contra de la ley. // Se advierte además que tales supuestos no se presumen, sino que deben probarse”.* [↑](#footnote-ref-17)
18. Corte Suprema, Sala de Casación Civil, sentencia de 20 de mayo de 1936, M.P. Eduardo Zuleta Ángel. [↑](#footnote-ref-18)
19. El 21 de noviembre de 2002, unos días antes de que se inscribiera por el Incora el inicio del proceso de clarificación de propiedad se registró la escritura de compraventa n.º 2682 del 25 de septiembre de 2002 por valor de $33.000.000.oo suscrita por la sociedad Comercializadora Carbomar y Cía. Ltda. y la sociedad Inversiones Rodríguez Fuentes Ltda. (certificado de tradición y libertad -fl. 218, c.1). [↑](#footnote-ref-19)