

NULIDAD ABSOLUTA - Contrato estatal. Contrato de concesión de bien fiscal, matadero público, por pretermitir mandatos de la Ley 80 de 1993 / CONTRATO ESTATAL - Nulidad absoluta por pretermitir mandatos de Ley 80 de 1993, que regulan el proceso de selección por medio de licitación pública

En el presente asunto se reitera que el contrato que celebraron el municipio de Ubaté y la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., era de concesión, razón por la cual se hacía indispensable adelantar el procedimiento administrativo de selección del contratista bajo la modalidad de licitación pública, según las reglas establecidas en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Así las cosas, la Sala procederá a analizar, de conformidad con el material probatorio que reposa en el expediente, si en efecto la Administración adelantó, o no, el procedimiento de selección del contratista según lo previsto en el artículo 30 de la ley 80: (...) en el presente asunto observa la Sala que, luego de cotejar el procedimiento administrativo que adelantó el municipio de Ubaté para la selección del contratista con el previsto por el artículo 30 de la ley 80 de 1993 antes transcrito, se tiene que el procedimiento adelantado por el Municipio, en efecto, omitió gran parte de las reglas a las que hace referencia el mencionado imperativo legal (...) no cabe duda de que en el presente asunto se pretermitieron los requisitos de que trata el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, lo que lleva a concluir que, en efecto, se eludió el procedimiento administrativo de selección del contratista que debía haberse seguido, habida consideración de la naturaleza del contrato – de concesión -. (...) En ese orden de ideas, habida cuenta de que se halla demostrado que el contrato que suscribieron las partes de la referencia se encuentra viciado de nulidad absoluta, la Sala procederá a efectuar la correspondiente declaratoria oficiosa.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 45, INCISO 2 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44, NUMERALES 1,2 Y 4 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 24, NUMERAL 8 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 6 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1741 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 7 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 6.

BIEN FISCAL - Instalaciones públicas dedicados a la venta de carnes, mataderos públicos. Uso, destinación y régimen contractual / MATADERO PUBLICO O EXPEDIO PUBLICO DE VENTA DE CARNES - Bien fiscal. Uso, destinación y régimen contractual

El matadero municipal de Ubaté objeto del contrato que las partes denominaron de arrendamiento y por cuya terminación hoy se demanda, se encuentra revestido de las características propias de un bien fiscal, en tanto que i) es el Estado quien detenta el derecho de dominio, b) la razón de ser del matadero es la prestación de un servicio encomendado al Municipio, según lo prevé el ya mencionado Decreto 77 de 1987 que viene de verse y, por último, c) la vocación de dicha instalación no es la de servir al uso y goce de la colectividad sino que exclusivamente – el uso y goce - pertenece a la entidad pública que administra el bien, en este caso al municipio de Ubaté.

CONTRATO DE CONCESION DE BIEN FISCAL - Matadero público, Instalaciones o expendio público de venta de carnes. Clarificación sobre tipología de un contrato realizado, arrendamiento o concesión / BIEN FISCAL - Matadero público, Instalaciones o expendio público de venta de carnes. Clarificación sobre tipología de un contrato realizado, arrendamiento o concesión

Encuentra la Sala que el contrato que celebraron el municipio de Ubaté y la

sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., el 23 de diciembre de 1997, corresponde ciertamente a un contrato de concesión y no a uno de arrendamiento, tal como, a continuación, pasa a explicarse. (...) [por otra parte] la sociedad contratista asumió la obligación de llevar a cabo y conseguir la financiación para la adecuación, complementación y explotación del matadero municipal por su propia cuenta y riesgo, lo cual se desprende del compromiso que adquirió consistente en realizar las respectivas inversiones en el matadero con dineros propios, así como de la obligación que asumió relativa a la administración, operación y mantenimiento de las instalaciones y equipos objeto del contrato por su propia cuenta y riesgo. Así pues, comoquiera que el riesgo de conseguir financiación para adecuar y complementar el matadero y, en consecuencia, para ejecutar el objeto del contrato y los riesgos derivados de la explotación del matadero municipal se asignaron al Contratista, es dable concluir que en el presente asunto se configuró el primer elemento esencial del contrato de concesión, (...) Así mismo, (...) también se configuró otro elemento del contrato de concesión, este es el relacionado con la reversión de los bienes destinados al objeto de la concesión, el cual fue expresamente pactado por las partes en las cláusulas quinta y octava del contrato, tal como viene de verse. (...) Ahora bien, en cuanto a la vigilancia y control que deben ser ejercidos por la entidad concedente respecto de la correcta ejecución de la obra o del adecuado mantenimiento o funcionamiento del bien o servicio concesionado, observa la Sala que (...) se acordó que el Municipio designaría una de sus dependencias técnicas para inspeccionar las obras y vigilar la correcta ejecución de las mismas. Igualmente, (...) la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., se comprometía a colaborar y a permitir la vigilancia de las autoridades sanitarias que ejercían el control en el matadero municipal. (...) Por último, (...) en cláusula novena del contrato se estipuló (...) que con el producido de la explotación del bien, recuperaría el Contratista las sumas de dinero invertidas, remuneración que corresponde a una de las previstas por el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 para la retribución del concesionario, configurándose de esta forma el cuarto elemento esencial del contrato de concesión. Así las cosas, no hay duda de que el negocio jurídico que celebraron el Municipio de Ubaté y la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., reúne todos los elementos de un contrato de concesión de bien público de dominio fiscal, toda vez que el matadero municipal se encuentra en cabeza del municipio de Ubaté – entidad concedente-, el cual ejerce la inspección y vigilancia respecto de las obras y actividades asumidas por el concesionario, mismas que tras la expiración del plazo contractual se habrían de revertir al Municipio, a lo que se agrega que la remuneración para el concesionario provendría de los recursos por él obtenidos como consecuencia de la explotación del matadero municipal.

COMPETENCIA FUNCIONAL - Falta de competencia funcional de Alcaldesa que decretó la terminación unilateral de un contrato argumentando vicios en el procedimiento de selección / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Celebración de contrato de arrendamiento. Adjudicación contrato / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Celebración de contrato de arrendamiento Terminación unilateral

En virtud del numeral 2° del artículo 45 de la ley 80 de 1993 el jefe o representante de la entidad contratante tiene el deber legal de terminar unilateralmente el contrato, cuando en la celebración del mismo se hubiese configurado alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1°, 2° y 4° del artículo 44 de la mencionada ley, observa la Sala que la omisión del procedimiento legalmente previsto para la selección del contratista no es constitutiva de la causal de nulidad absoluta contemplada en el numeral 2°, de suerte que no reúne los requisitos para ser catalogada como una expresa prohibición legal. Así las cosas,

viene a ser claro para la Sala que la alcaldesa del municipio de Ubaté no tenía competencia para dar por terminado el contrato, bajo el supuesto de “haberse eludido el procedimiento de selección objetiva” impuesto por la ley, esto es por no haberse adelantado el procedimiento administrativo de selección del contratista conforme la modalidad – licitación pública - que correspondía según la naturaleza del contrato – de concesión -, con lo cual los decretos demandados, en efecto, se encuentran viciados de nulidad por falta de competencia funcional, toda vez que los decretos apoyan la decisión de terminar unilateralmente el contrato por fuerza de la circunstancia anotada.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 77 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 30 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 77 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136, NUMERAL 10.

PRUEBA PERICIAL - Error grave en prueba pericial. Concepto / PRUEBA PERICIAL - Error grave en prueba pericial. Configuración del error grave

La finalidad del experticio como medio probatorio es la de verificar hechos que interesan al proceso y requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos (...) cualquiera de las partes de un proceso judicial –también ambas partes- puede hacer manifiesto su desacuerdo con el trabajo del experto y señalar los motivos por los cuales considera que el dictamen se equivocó de manera grave, (...) para que se configure el “error grave” en el dictamen pericial se requiere de la existencia de una equivocación en materia grave por parte de los peritos, (...) sea razonable concluir que los reparos expuestos por la entidad demandada no revisten las características que de la tacha por error grave prevé el Código de Procedimiento Civil.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 233 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 238, NUMERAL 5 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 238, NUMERAL 4.

CONTRATO - Liquidación bilateral del contrato. Concepto

La liquidación bilateral corresponde al balance, finiquito o corte de cuentas que realizan y acogen de manera conjunta las partes del respectivo contrato, por tanto, esta modalidad participa de una naturaleza eminentemente comercial o convencional. (...) surge del acuerdo de las partes tiene las características de un negocio jurídico que como tal resulta vinculante para ellas. (...) se materializa en el acta de liquidación, debe contener, si los hubiere, los acuerdos, salvedades, conciliaciones y transacciones a que se llegare para poner fin a las divergencias presentadas y dar por finiquitado el contrato que se ejecutó.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la etapa de liquidación de contrato estatal ver la sentencia de 16 febrero de 2001, exp. 11689

ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Congruencia. Liquidación bilateral del contrato / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Procedencia. Liquidación bilateral de contrato

La acción contractual sólo puede versar sobre aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el demandante hubiere manifestado su desacuerdo al momento de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo.

BIEN FISCAL Y BIEN PUBLICO - Diferencia / BIEN PUBLICO - Noción, definición / BIEN FISCAL - Noción, definición / BIEN FISCAL - Características

En primera medida resulta preciso distinguir, conforme lo hace la legislación, los bienes estatales en i) bienes de uso público y ii) bienes fiscales, (...) los bienes fiscales, son aquellos respecto de los cuales el Estado detenta el derecho de dominio como si se tratase de los de propiedad particular; son bienes que están dentro del comercio y que son destinados, por regla general, al funcionamiento del ente estatal al cual pertenecen o a la prestación de un servicio. (...) encuentra la Sala que el matadero municipal de Ubaté objeto del contrato que las partes denominaron de arrendamiento y por cuya terminación hoy se demanda, se encuentra revestido de las características propias de un bien fiscal, en tanto que i) es el Estado quien detenta el derecho de dominio, b) la razón de ser del matadero es la prestación de un servicio encomendado al Municipio.

FUENTE FORMAL: DECRETO 77 DE 1987 - ARTICULO 1 / LEY 9 DE 1979 / DECRETO REGLAMENTARIO 2278 DE 1982 / DECRETO REGLAMENTARIO 1036 DE 1991

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO – Concepto

El de arrendamiento es un contrato en el que las partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa o a ejecutar una obra o a prestar un servicio y, la otra, a pagar por ese goce, obra o servicio un precio determinado, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1973 del Código Civil.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1973

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - Características

De acuerdo con tal definición, puede afirmarse que son características del contrato de arrendamiento su bilateralidad, comoquiera que se celebra entre dos sujetos de derecho entre los cuales surgen obligaciones recíprocas que se sirven mutuamente de fundamento: las del arrendador consisten en entregar al arrendatario la cosa arrendada y en procurarle al arrendatario el uso y el goce de la misma, mientras que las de éste consisten básicamente en conservar la cosa en el estado en el cual la recibió, pagar los cánones pactados y restituir el objeto material del contrato al término del mismo; su onerosidad, dado que el precio es uno de sus elementos esenciales y en cuya ausencia el contrato se torna en comodato; su conmutatividad, toda vez que las prestaciones a cargo de cada una de las partes se toma como equivalente de las asumidas por la otra y, finalmente, su carácter de ser de tracto sucesivo, en la medida en que las obligaciones surgidas del contrato no se cumplen instantáneamente sino que conllevan cierta duración en el tiempo.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - Elementos

El análisis de su regulación legal, como lo ha sostenido esta Sala, permite inferir que son elementos esenciales de esta modalidad contractual, los siguientes: (i) el otorgamiento del goce o uso de un bien; (ii) el precio que se paga por el uso o goce del bien y (iii) el consentimiento de las partes.

CONTRATO DE CONCESION - Concepto / CONTRATO DE CONCESION - Características / CONTRATO DE CONCESION - Diferencia con el contrato de arrendamiento

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, (...) las características del contrato de concesión (...) son: i) su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario, ii) es el concesionario quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga, iii) la entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario, iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros) y v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato. (...) una característica que diferencia el contrato de concesión de los demás contratos es el relacionado con la obligación que tiene el concesionario de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su propia cuenta y riesgo. (...) a diferencia de los demás contratos, en la concesión la utilidad económica que persigue el concesionario no surge del precio pactado, sino del rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual. (...) no hay duda de que el negocio jurídico que celebraron el Municipio de Ubaté y la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., reúne todos los elementos de un contrato de concesión de bien público de dominio fiscal.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32, NUMERAL 2

NOTA DE RELATORIA: En lo referente del tema de contrato de concesión y sus características ver, el fallo de 18 de marzo de 2010, exp. 14390

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Efectos

La nulidad absoluta de un contrato, además de hacerlo desaparecer de la vida jurídica desde el mismo momento de su celebración, también genera otros efectos, consistentes en el reconocimiento y pago de las prestaciones que hubieren sido ejecutadas hasta el momento en que se ordene la declaratoria judicial de nulidad. (...) "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita".

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 48 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1746 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1525 /

NOTA DE RELATORIA: En relación con los contratos de concesión y sus efectos ver, Corte Constitucional, sentencia C-250 de 96; Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

COSTAS - No condena

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 171 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02814-01(26939)

Actor: PRODUCTORA DE CARNES UBATE PCU LTDA

Demandado: MUNICIPIO DE UBATE

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
(APELACION SENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2003, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I.-ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 30 de octubre de 1998 la sociedad Productora de Carnes Ubaté PCU Ltda., por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, presentó, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del municipio de Ubaté. En el escrito de la demanda planteó las siguientes pretensiones¹:

“Primera.- Se declare que los decretos 058 de Octubre 16 de 1.998, por el cual se termina un contrato y se ordena su liquidación, y el 066, por el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el primero, proferidos por La Alcaldesa Municipal de Ubaté, Señora GLADYS ALCIRA ALCIRA (sic) RODRIGUEZ PAEZ, son nulos de nulidad absoluta, por haber procedió (sic)

¹ La parte actora presentó escrito contentivo de la corrección a la demanda, la cual fue admitida por el Tribunal *a quo* mediante auto del 9 de septiembre de 1999. Se notificó al Ministerio Público el 16 de septiembre de 1999 y al municipio de Ubaté el 15 de diciembre de 1999. Folios 4 al 14 (demanda original) y 40 al 49 del cuaderno No. 1 (demanda con correcciones y aclaraciones).

a emitirlo (sic) por vías de hecho, sin sustento legal y con violación del derecho fundamental del debido proceso, consagrado en el art. 29 de la C.P.

Segunda.- *Se declare que en consecuencia, EL MUNICIPIO DE UBATE, deberá restablecer en su derecho a la sociedad demandante indemnizándola además por el detrimento patrimonial sufrido, en los términos del art. 50 de la Ley 80 de 1.993 y 90 de la C.P.*

Tercera.- *Se condene al Municipio de Ubaté a lo siguiente:*

a.- A restablecer en la tenencia de las Instalaciones del matadero, a la sociedad demandante, de conformidad con el contrato de arrendamiento de fecha Diciembre 23 de 1.997, en el término que esa superioridad señale a partir de la ejecutoria de la Sentencia.

b.- A pagar a la sociedad demandante la indemnización de los perjuicios causados con ocasión del acto administrativo impugnado y conforme a la siguiente estimación razonada de los mismos...”.

2. Hechos.

En su escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. Mediante acuerdo No. 029 proferido el 23 de diciembre de 1996 por el Concejo Municipal de Ubaté, se autorizó al alcalde del municipio de Ubaté de ese entonces, para que mediante contrato diera en arrendamiento las instalaciones del nuevo matadero municipal, habida cuenta que la Administración Municipal no contaba con el presupuesto ni con el personal capacitado que se requería para que pudiera entrar en funcionamiento.

2.2. La Administración del municipio de Ubaté, mediante Resolución No. 1447 del 18 de noviembre de 1997, ordenó la apertura de la invitación pública, con el objeto de contratar el arrendamiento de las instalaciones y equipos del nuevo matadero municipal. Al cierre de la convocatoria se presentaron dos propuestas, la primera por la unión temporal “UNITEMA” y, la segunda, por la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda.

2.3. El 22 de diciembre de 1997, a través de la Resolución No. 1567A, el alcalde del municipio de Ubaté adjudicó el contrato de arrendamiento a la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda.

2.4. El 23 de diciembre de 1997, la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., y el municipio de Ubaté celebraron el contrato de arrendamiento, cuyo objeto consistió en el “*arrendamiento de las instalaciones, equipos y edificaciones del Nuevo Matadero del Municipio de Ubaté*”. Se fijó su cuantía en la suma de \$87’964.400 y se estableció un término de duración de seis años contados a partir de la entrada en operación del matadero.

2.5. El día 26 de diciembre de 1997, la mencionada sociedad recibió las instalaciones del matadero e inmediatamente procedió a iniciar las obras pendientes para que pudiera entrar en funcionamiento.

2.6. Adujo el demandante que el matadero entró en funcionamiento en la fecha

prevista para ello y que, a partir de ahí, *“la prestación del servicio de sacrificio de ganado se tornó eficiente, tanto en las condiciones de salubridad, calidad del producto y en la administración operativa”*.

2.7. El 16 de octubre de 1998, la nueva alcaldesa del municipio expidió el Decreto No. 058, a través del cual decidió dar por terminado el mencionado contrato y ordenar su inmediata liquidación, por considerar que el contrato no era de arrendamiento sino de concesión y que, en ese entendido, se habría vulnerado el principio de selección objetiva. En contra del citado acto administrativo la sociedad ahora demandante interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto de manera negativa a través del Decreto No. 066 del 3 de noviembre de 1998.

2.9. Se indicó en la demanda que la alcaldesa no era competente para dar por terminado el contrato de arrendamiento mediante el Decreto No. 058 de 1998, en tanto que, previamente, debió haber acudido a la Jurisdicción para que fuera el Juez quien examinara, analizara y se pronunciara sobre todo aquello que pudiera afectar el contrato.

2.10. Así mismo señaló que, a diferencia de lo plasmado por la alcaldesa en el Decreto No. 058 de 1998, el proceso de selección del contratista se realizó conforme lo prevé la ley, prueba de lo cual era que los actos administrativos que se profirieron y que precedieron al contrato de arrendamiento se encuentran revestidos de legalidad y no han sido declarados nulos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa.

2.11. Sostuvo que el día 11 de noviembre de 1998 se llevó a cabo la liquidación bilateral del referido contrato de arrendamiento, en cuyo acto administrativo la sociedad contratista dejó de manera expresa, según lo indicó el demandante, las siguientes salvedades: *“a.- Que la liquidación no cubría la totalidad de las inversiones, montaje operativo. b.- Que no cubría absolutamente nada respecto de la responsabilidad civil de conformidad con el art. 50 de la Ley 80 de 1993. c.- Que no se aceptaba la causal de terminación unilateral del contrato y que se acudía a la liquidación del mismo de manera forzada. y d.- Que los contratista QUEDABAN EN LIBERTAD DE CONTINUAR O INICIAR LAS ACCIONES ORDINARIAS PARA LA TOTAL INDEMNIZACION DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS”*.

3. Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante afirmó que se vulneró el artículo 29 de la Constitución Política y los artículos 1°, 68 y 75 de la ley 80 de 1993.

Como sustento del concepto de violación, manifestó, en síntesis, que con la expedición del Decreto No. 058 de 1998 se vulneró el artículo 29 de la Constitución Política, norma que consagra el debido proceso como una garantía que debe imperar en todas las actuaciones judiciales y administrativas.

Sobre el particular señaló que en el caso en que se presenten controversias derivadas de un contrato estatal *“el debido proceso comprende dos etapas, a saber: una primera de solución directa que obliga a las partes en el contrato estatal a procurar soluciones de conciliación y una segunda que obliga a las partes a acudir a la Jurisdicción Contenciosos Administrativa, única competente para dirimir las, cuando no es posible la solución directa”*.

Así pues, señaló que en este evento la alcaldesa municipal, previamente a dar por terminado el contrato a través del Decreto No. 058 de 1998, debió haber

intentado una solución directa para efecto de dirimir la controversia que surgió con ocasión de la celebración del contrato de arrendamiento. Agregó que lo propio era acudir ante el Juez del contrato para que éste hubiese resuelto las diferencias que se pudiesen haber presentado.

Sostuvo también que la Alcaldesa decidió dar por terminado el contrato al suponer que el contrato se correspondía con un contrato de concesión y, por ello, se habría vulnerado el principio de selección objetiva al adjudicarse sin el lleno de las exigencias que requiere la licitación pública, lo cual, según el demandante, no era cierto, en tanto que el proceso de selección se habría dado *“en forma completa y con apego al decreto 855 de 1994”*.

Señaló que la Administración *“no podía abrogándose la competencia que no le corresponde al suponer, sin acudir al trámite legal, que el contrato era de concesión. Al hacerlo procedió por vías de hecho”* y concluyó que *“si alguna discusión o controversia cabe frente a la naturaleza del contrato, y si bien la Administración Municipal, como parte del contrato, tenía la legitimación para demandar su nulidad o para que se declarase su verdadera naturaleza, no teniendo en cambio competencia para declarar la nulidad, mucho menos para declarar unilateralmente que la naturaleza del contrato era otra y por ello debió agotar la ritualidad antes señalada y/o agotar el debido proceso ante la Jurisdicción Contenciosa. Al no hacerlo procedió por vías de hecho”*.

Por último señaló que contrario a lo plasmado en el acto demandado, el contrato que se celebró con la sociedad hoy demandante no era un contrato de concesión, dado que no se trataba de ceder a un particular la prestación de un servicio público, *“pues el sacrificio del ganado, si bien es de interés público, no es un servicio público y mucho menos constituye una actividad que sea monopolio del estado...”*.

4. La solicitud de suspensión provisional

La parte demandante solicitó que se suspendiera provisionalmente el Decreto No. 058 del 16 de octubre de 1998, con sustento en que éste vulneraba flagrantemente el artículo 29 de la Constitución Nacional y los artículos 1°, 68 y 75 de la ley 80 de 1993². La petición fue resuelta negativamente mediante auto del 14 de diciembre de 1998, proferido por el Tribunal *a quo*³.

5. Actuación Procesal.

La demanda presentada el 30 de octubre de 1998⁴, fue admitida por auto del 14 de diciembre de 1998⁵, notificada en legal forma al Ministerio Público el 15 de enero de 1999⁶ y al municipio de Ubaté el 2 de julio de las mismas calendas⁷.

6. Contestación de la demanda.

El municipio de Ubaté contestó la demanda para oponerse a las pretensiones y, en cuanto a los hechos relatados en la demanda, aceptó unos y rechazó otros⁸. Señaló que el alcalde del municipio de Ubaté de ese entonces, había procedido

²Folios 15 al 17 del cuaderno No. 1.

³Folios 20 al 23 del cuaderno No.1.

⁴Folio 14 del cuaderno No.1.

⁵Folios 20 al 23 del cuaderno No.1.

⁶Folio 23 vto del cuaderno No. 1.

⁷Folio 7 y 8 del cuaderno No. 1.

⁸Folios 104 al 125 del cuaderno No. 1.

de manera apresurada y sin justificación alguna a celebrar un contrato de arrendamiento de las instalaciones y de los equipos del matadero municipal de Ubaté, contrariando los lineamientos a los que hace referencia el principio de selección objetiva contenido en la ley 80 de 1993.

Sostuvo que *“los elementos que configuran el contrato celebrado tipifican una concesión de servicios y no un contrato de arrendamiento”, con lo cual “la selección objetiva debió adelantarse mediante el procedimiento de licitación pública prevista como principio de transparencia en la ley 80 de 1993” y no bajo la modalidad de la contratación directa.*

Manifestó que no era cierto que en el presente asunto se *“hubiese aplicado el proceso de selección [que correspondía] ya que por la naturaleza del contrato de concesión de servicio público y no de arrendamiento, el trámite aplicable al proceso de selección del contratista era el previsto en el artículo 30 de la ley 80 de 1993 y no el que establece el Decreto 855 de 1994, por el cual se reglamenta parcialmente la ley 80 de 1993 en materia de contratación directa”.*

Sostuvo que la inobservancia de ese procedimiento *–licitación pública–*, llevó a trasgredir la expresa prohibición legal⁹ para las Entidades Estatales de eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos establecidos en el Estatuto de Contratación.

Adujo el Municipio que la nueva alcaldesa, al verificar que en realidad se trataba de un contrato de concesión y no de arrendamiento, y que no se había cumplido con el procedimiento de selección establecido por la ley 80 de 1993 para los contratos de concesión, acertadamente y de conformidad con la facultad prevista en el inciso 2° del artículo 45 de la citada ley¹⁰, dio por terminado el contrato y ordenó su inmediata liquidación.

Señaló que, adicionalmente, el contrato de arrendamiento no se celebró con el Consorcio al que se le adjudicó el contrato, sino con una persona jurídica completamente distinta al adjudicatario.

Sostuvo que el contrato por cuya terminación unilateral hoy se demanda, correspondía en realidad a un contrato de concesión, en tanto que: a) fue celebrado por una entidad estatal *– municipio de Ubaté –*; b) para la explotación de un bien estatal destinado al uso o servicio público *– matadero municipal –*; c) el objeto del contrato se ejecutaba por cuenta y riesgo de la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda.; d) la actividad contractual objeto de la concesión de servicios se ejecutaba bajo la vigilancia y el control de la Entidad Concedente *– municipio de Ubaté –* y, e) el objeto contractual *– explotación de*

⁹ Artículo 24-8 de la ley 80 de 1993.

¹⁰ *“Artículo 44°.- 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.

(...)

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

(...)”.

Artículo 45°.- La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

En los casos previstos en los numerales 1o. 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”.

matadero – se desarrollaba a cambio de una remuneración.

Propuso las siguientes excepciones:

- Pago de la obligación y cosa juzgada, sobre el cual señaló que el 11 de noviembre de 1998 se había liquidado bilateralmente el contrato, de ahí que respecto de los ítems acordados por las partes en la liquidación, no podía el Contratista pretender – *ahora* - reclamar suma alguna, como es el caso de las inversiones realizadas en el matadero municipal, frente a las cuales no se dejó por sentada en la liquidación ninguna inconformidad.
- Inexistencia de la obligación que surgiría de la circunstancia según la cual la decisión de terminar unilateralmente el contrato constituiría una facultad legal que detenta el representante legal del Municipio en el evento en que se establezca que el contrato se celebró en contravía de lo previsto en la ley.

7. Los alegatos de conclusión.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante auto del 6 de octubre de 2000, abrió el proceso a pruebas¹¹ y, a través del proveído del 16 de octubre del 2003, se dispuso correr traslado para alegar de conclusión¹², oportunidad procesal en la que la parte actora y la sociedad demandada se pronunciaron para reiterar los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación, respectivamente¹³.

El Ministerio Público guardó silencio.

8. La sentencia de primera instancia.

Como se expuso al inicio de esta providencia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante sentencia proferida el 10 de diciembre de 2003¹⁴, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

En primer lugar hizo referencia a los elementos que componen tanto el contrato de arrendamiento como el contrato de concesión.

Señaló que luego de revisar el texto del contrato denominado por las partes de arrendamiento, era posible concluir que *“los elementos esenciales, de existencia y de validez, incluidos en el mencionado acuerdo, eran los propios de un contrato de concesión de servicio público”*.

En cuanto a los elementos del contrato por cuya terminación unilateral hoy se demanda, manifestó que son propios del contrato de concesión, habida cuenta que i) se delegó en un particular – *sociedad Productora de Carnes Ubate Ltda.* - la prestación de un servicio público – *sacrificio de ganado* -, actividad que a su vez era supervisada y controlada por el municipio de Ubaté *“respecto de asuntos de higiene, pago de tarifas, cobro de impuesto de degüello”*, ii) se autorizó al Contratista a cobrar unas tarifas por el servicio de sacrificio del

¹¹ Folios 99 al 101 del cuaderno No. 1.

¹² Folio 193 del cuaderno No. 1.

¹³ Folios 194 al 216 y 234 al 244 del cuaderno No. 1.

¹⁴ Folios 246 al 264 del cuaderno principal.

ganado y iii) dentro de las obligaciones a cargo de la sociedad contratista se acordó la administración, la operación y el mantenimiento de las instalaciones y de los equipos del matadero por su propia cuenta y riesgo.

Ahora bien, en relación con la competencia que detentaba la alcaldesa de Ubaté para terminar unilateralmente el contrato sostuvo que, por expresa atribución legal, el representante legal de un Municipio cuenta con facultad para ello, de ahí que la Alcaldesa sí tenía esa potestad.

Manifestó que ineludiblemente el supuesto contrato cuestionado se había celebrado contra expresa prohibición legal, toda vez que el contrato que denominaron las partes de arrendamiento era en realidad de concesión y que, siendo así, *“la Administración había obviado el procedimiento de selección objetiva a través de la correspondiente licitación pública, y mal utilizado la figura de la contratación directa”*, vulnerando de esa forma lo dispuesto en los artículos 24-1 y 25-1, 29, 30 y 32-4 de la Ley 80 de 1993.

Por todo lo anterior, concluyó que la Administración, de conformidad con lo establecido en los artículos 44-2 y 45 de la citada Ley, estaba facultada para terminar unilateralmente y ordenar la liquidación del referido contrato, tal como en efecto lo hizo, a través de los decretos demandados.

9. El recurso de apelación.

De manera oportuna¹⁵ la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la providencia de primera instancia.

Como fundamento de su inconformidad reiteró - *entre otros argumentos expuestos en la demanda* -, el correspondiente a la falta de competencia de la alcaldesa de Ubaté para declarar *“la nulidad del contrato”*, comoquiera que esta es una prerrogativa que, según el apelante, únicamente se encuentra en cabeza del Juez de lo Contencioso Administrativo.

Señaló que la actividad de explotación y operación de mataderos de ganado no ha sido definida por la Ley como un servicio público, de manera que si la ley no la ha incluido dentro de la categoría mencionada, no era viable para el representante legal de una entidad territorial hacerlo.

Agregó a lo anterior que comoquiera que la actividad de sacrificio de ganado no es un servicio público, no era válido afirmar que el contrato que suscribieron las partes fuera de concesión, dado que *“si no existe servicio público, no existirá contrato de concesión pública”*, de ahí que los edificios o instalaciones construidas para el funcionamiento del matadero podían ser objeto de contratos de arrendamiento.

Manifestó que el Tribunal *a quo* *“ignoró la voluntad contractual de las partes al celebrar el contrato”* y no tuvo en cuenta que el cobro de tasas, tarifas o tributos a cargo de una de las partes contractuales no es un elemento suficiente y definitivo para identificar la naturaleza de un contrato.

Sobre ese último aspecto señaló que las partes que suscribieron el contrato de arrendamiento acordaron el recaudo del impuesto municipal de degüello como cláusula accidental para transferirlo al Municipio, no obstante dicho impuesto

¹⁵ Recurso presentado el 27 de enero 2004 y sustentado el 21 de mayo de esa misma anualidad, folios 276 al 291 del cuaderno principal.

nunca formó parte del precio del contrato.

En cuanto a las tarifas, señaló que no es otra cosa que la *“prefijación por autoridad del precio que el locatario podría cobrar por el servicio individual de degüello de cada res...”*.

Adujo el apelante que en la sentencia impugnada no se realizó actividad hermenéutica alguna, pues lo que hizo el Tribunal fue una simple transcripción literal de algunas cláusulas del contrato, sin mayor esfuerzo interpretativo.

En ese entendido, señaló que en *“la sentencia no se motivó la decisión del porqué el contrato celebrado era de concesión y no de arrendamiento”*.

Sostuvo que el Tribunal *a quo* olvidó que el artículo 40 de la ley 80 de 1993 permite a las partes que celebran un contrato, la inclusión de las denominadas cláusulas accidentales en ejercicio de la autonomía de la voluntad, principio en virtud del cual en un *“contrato estatal las partes intervinientes pueden pactar todas las cláusulas que consideren necesarias o facilitadoras de aquel, en tanto no contravengan la constitución, la ley, la moral...”*.

Expresó que las partes acordaron denominar el contrato como *“de arrendamiento”*, de tal manera que si esa fue la voluntad de las partes, no era viable variar la naturaleza del mismo en aras de darlo por terminado.

10. El trámite de segunda instancia

El recurso interpuesto fue admitido a través del auto del 10 de junio de 2004¹⁶ y, mediante proveído del 8 de julio de 2004¹⁷, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, oportunidad procesal en la que se pronunció la sociedad demandada para reiterar los argumentos expuestos en la contestación y agregar que la actividad realizada en los mataderos constituye un servicio público que si bien no es esencial, se encuentra dentro de dicha denominación, con lo cual es susceptible de ser *“otorgado a una persona llamada concesionario para su explotación, organización o gestión mediante la suscripción de un contrato de concesión”*¹⁸.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

Agotado el trámite procesal previsto por la ley, la Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

II.- CONSIDERACIONES

Para efectos de exponer las razones que sustentan la decisión, se abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) competencia, 2) aspecto preliminar, 3) el ejercicio oportuno de la acción, 4) las pruebas que obran en el proceso, 5) caso concreto, 6) hechos probados, 7) naturaleza jurídica del bien objeto del contrato, 8) terminación unilateral del contrato estatal, 9) nulidad absoluta del contrato 10) restituciones mutuas.

¹⁶ Folio 293 del cuaderno principal.

¹⁷ Folios 295 del cuaderno principal.

¹⁸ Folios 296 al 300 del cuaderno principal.

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 10 de diciembre de 2003, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en quinientos setenta y siete millones novecientos veintiún mil setecientos once pesos (\$577'921.711) por concepto de daño emergente, mientras que el monto exigido al momento de su presentación¹⁹ para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de controversias contractuales tuviera vocación de doble instancia era de dieciocho millones ochocientos cincuenta mil pesos (\$18'850.000) (Decreto 597 de 1988).

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993²⁰, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del presente proceso, debido a que se pretende, además de otras declaraciones y condenas, la nulidad de los Decretos Nos. 058 del 16 de octubre de 1998 y 066 del 3 de noviembre del mismo año, ambos actos administrativos proferidos por el municipio de Ubaté, entidad territorial.

2. Aspecto preliminar

Teniendo en cuenta el panorama que se deja expuesto en el acápite de antecedentes, previo a resolver el caso que se somete a consideración de la Sala por razón del recurso de apelación impetrado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del presente proceso, resulta necesario hacer referencia a la naturaleza de la acción judicial instaurada.

2.1. La acción instaurada

La parte actora solicitó que se declare la nulidad del Decreto No. 058 del 16 de octubre de 1998, por medio del cual la alcaldesa del municipio de Ubaté terminó unilateralmente el denominado por las partes contrato de arrendamiento celebrado el 23 de diciembre de 1997. Así mismo, pidió declarar la nulidad del Decreto No. 066 del 3 de noviembre de 1998, a través del cual el referido Municipio negó el recurso de reposición interpuesto en contra de la primera decisión.

Como se observa, los actos administrativos cuestionados fueron proferidos por la entidad pública demandada en desarrollo de su actividad contractual y con posterioridad a la celebración del negocio jurídico cuya terminación unilateral se dispuso por tales actos, razón por la cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en su texto modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, vigente para la fecha en la cual se presentó la demanda - 30 de octubre de 1998 -, ha de entenderse que la acción procedente para adelantar el juicio de legalidad correspondiente era la de controversias contractuales, aspecto procesal

¹⁹ 30 de octubre de 1998.

²⁰ “ARTÍCULO 75. DEL JUEZ COMPETENTE. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

que para esa época se encontraba plenamente decantado²¹.

Revisado el texto del libelo introductorio, se observa que la parte actora manifestó que presentaba demanda en ejercicio de la "ACCION CONTRACTUAL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO", con el objeto de obtener la nulidad de los citados actos administrativos; sin embargo, una vez revisado detalladamente el referido texto a la luz del imperativo constitucional consagrado en el artículo 228 superior, en virtud del cual en las actuaciones jurisdiccionales deberá hacerse prevalecer el derecho sustancial, encuentra la Sala que, a pesar de lo dicho en la demanda, habrá de entenderse que la acción ejercitada fue la contractual.

En la actualidad es criterio claro, pacífico, reiterado y soportado en la ley el supuesto ineludible según el cual, para que una pretensión pueda ser resuelta a través de la acción contractual, debe tener por origen un contrato. Tal presupuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, cobija a "Los actos administrativos que se produzcan **con motivo u ocasión de la actividad contractual**", los cuales, de conformidad con la norma, "sólo serán susceptibles de recurso de reposición y **del ejercicio de la acción contractual...**", acción que se encuentra regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y por medio de la cual las partes de un contrato estatal pueden solicitar que "se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas".

En este caso, se observa sin ninguna dificultad que la parte demandante circunscribió tanto sus pretensiones anulatorias como resarcitorias a las actuaciones adelantadas por la entidad demandada con motivo y ocasión de su actividad contractual, tal y como de manera diáfana surge de los supuestos fácticos, de los fundamentos de violación expuestos en el libelo introductorio y de las pruebas con sustento en las cuales la parte actora pretende sacar adelante sus pedimentos, vale decir, de la demanda íntegramente considerada.

²¹ De manera previa a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998 - específicamente del artículo 32 que modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo - la jurisprudencia de esta Sección admitió, en aplicación del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y en atención a la disparidad de criterios que en torno a la acción pertinente existían, que los actos administrativos contractuales fueran demandados en acción de nulidad y restablecimiento del derecho; no obstante lo anterior, con la entrada en vigencia de la citada norma, la discusión quedó zanjada, por cuanto con ésta se restituyó en el derecho positivo nacional la distinción entre los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato pero por razón o con ocasión de la actividad contractual, por una parte y, por la otra, las decisiones administrativas unilaterales producidas durante la ejecución o la liquidación del contrato, igualmente con ocasión de la actividad contractual; en relación con los primeros se estableció que las acciones procedentes con el propósito de ventilar ante el juez competente los litigios a los cuales pueda dar lugar el cuestionamiento de la validez o la legalidad de las correspondientes determinaciones administrativas serán las de nulidad y de nulidad y restablecimiento de derecho, las cuales podrán intentarse dentro de un término especial de caducidad de treinta (30) días hábiles contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto cuestionado, sin perjuicio de precisar que si el cuestionamiento de tales actos administrativos previos a la celebración del respectivo contrato estatal se promoviere ante el juez del contrato con el propósito de obtener la declaratoria de nulidad del vínculo negocial y con posterioridad al perfeccionamiento del mismo la procedente sólo será la acción contractual; en lo que atañe a los segundos, esto es, los actos administrativos posteriores a la celebración del contrato, se precisó que su impugnación solamente podrá llevarse a cabo a través de la instauración de la acción contractual, así lo ha reiterado la jurisprudencia y esta última es la normativa vigente en la materia. (Al respecto ver, entre otras, sentencia proferida el 18 de marzo de 2010, dentro del proceso radicado bajo el número interno 14390 y sentencia proferida el 27 de enero de 2012, dentro del proceso radicado bajo el número interno 16104).

Así las cosas, resulta razonable concluir que, como hasta ahora ha ocurrido y no ha sido cuestionado, el juicio se desarrolló sobre la base de una acción contractual, tanto así que en el fallo de primera instancia se entendió que la demanda se había interpuesto en ejercicio de dicha acción, afirmación frente a la cual las partes no presentaron reclamo alguno.

Ahora bien, a pesar de que en aplicación de un criterio meramente formal pudiera llegar a considerarse que la demanda presentada fuera inepta por indebida escogencia de la acción, en tanto que la parte actora indicó que ejercía la "ACCION CONTRACTUAL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO" con el objeto de que se declarara la nulidad de unos actos contractuales, lo cierto es que, en este caso, entender que la acción ejercida fue la contractual no afecta sustancialmente el litigio, en tanto que la demanda, como ya se vio, se encuadró dentro de los supuestos procesales propios de la acción contractual y, además, por cuanto tal entendimiento no altera en forma alguna la *causa petendi* en la que se sustentó la parte actora.

En el caso *sub judice*, la parte demandante solicitó que se declarara la nulidad de los Decretos Nos. 058 y 066 de 1998, por medio de los cuales, la alcaldesa del municipio de Ubaté terminó unilateralmente el denominado por las partes contrato de arrendamiento y que, como consecuencia de tal declaración, le fueran restablecidos los derechos patrimoniales que habrían sido afectados con su expedición - *objeto de la acción* -, causa y objeto que resultan ser perfectamente coherentes con los de la acción contractual dirigida en contra de actos administrativos, aspecto éste que, unido al hecho de que la demanda se encuadró bajo los presupuestos propios de la referida acción, permite a la Sala entender que en realidad fue la acción contractual y no la de nulidad y restablecimiento del derecho la que en efecto instauró y que es finalmente dentro de dicho marco que habrán de estudiarse las pretensiones planteadas en el presente litigio.

Adicionalmente, como en seguida se verá, la acción se interpuso de manera oportuna.

3. El ejercicio oportuno de la acción

Como ya quedó establecido en el acápite 2.1. de la parte considerativa de la presente providencia, las pretensiones planteadas en la demanda se analizarán bajo el marco de la acción contractual, la cual, de conformidad con lo previsto en el literal c) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo vigente para la época en que se interpuso la demanda - Decreto 01 de 1984 - deberá intentarse, en los contratos que requieren liquidación y ésta se efectúe de común acuerdo, dentro de los dos años siguientes contados a partir de la firma del acta.

En el asunto *sub judice* encuentra la Sala que se trata de un supuesto contrato de arrendamiento, el cual fue liquidado de común acuerdo por las partes, el 11 de noviembre de 1998, tal como consta en el "ACTA DE LIQUIDACION BILATERAL DEL CONTRATO" que obra a folios 64 al 70 del cuaderno No.1.

En consecuencia, en cuanto las partes firmaron el acta de liquidación bilateral del contrato el día 11 de noviembre de 1998, el término de caducidad vencía el 11 de noviembre de 2000 y ocurre que en el asunto que ahora se juzga, la demanda se presentó el 30 de octubre de 1998, razón por la cual resulta evidente que la acción se propuso dentro del término previsto en la ley.

4. Las pruebas que obran en el expediente

4.1. Documentales.

Obran en el proceso, debidamente decretadas y aportados, los siguientes²²:

- Original del certificado de existencia y representación legal de la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda.²³.

- Copia auténtica del Acuerdo No. 029 proferido el 23 de diciembre de 1996 por el Concejo Municipal de Ubaté, en virtud del cual se creó la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Ubaté y, se dispuso en su artículo cuarto, autorizar *“al Alcalde para dar en contrato de arriendo o de gestión el Matadero al mejor postor, teniendo en cuenta las condiciones de solidez financiera, tecnología y experiencia en la administración y operación de mataderos”*²⁴.

- Copia simple del oficio No. 004 suscrito el 8 de enero de 1997 por el Gerente y Subgerente de la Empresa Social del Estado - *Hospital El Salvador de Ubaté*-, a través del cual le informan al alcalde municipal de Ubaté su preocupación *“por los continuos aplazamientos en la puesta en funcionamiento del matadero nuevo de la localidad”*²⁵.

- Copia auténtica de la Resolución Administrativa No. 1447-97 del 18 de noviembre de 1997, por medio de la cual el Alcalde de Ubaté ordenó abrir la invitación pública para dar en arrendamiento las instalaciones del *“Matadero Nuevo del Municipio”*. Así mismo obra copia auténtica de los términos de referencia²⁶.

- Copia auténtica del ADENDO No. 1, según el cual se variaron los términos de referencia de la invitación pública en cuanto al plazo máximo para la entrega de las propuestas²⁷.

- Copia simple del oficio No. 136-97 de fecha 24 de noviembre de 1997, dirigido al alcalde municipal de Ubaté, a través del cual el Jefe de Sección de Saneamiento y el Subgerente de Servicios Comunitarios del *“Hospital El Salvador”* de Ubaté, le

²² En cuanto al valor probatorio de los documentos aportados en copia simple, la Corporación en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013 zanjó el tema y expuso lo que se transcribe a continuación²²:

“En el caso sub examine, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la entidad demandante y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se allegó por el actor, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos.

Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas...

En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.)”.

De conformidad con la cita jurisprudencial que viene de verse y en aplicación de los principios de lealtad procesal y de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, es claro entonces que la prueba documental aportada en copia simple que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad tiene plena eficacia demostrativa.

²³ Folios 2 y 3 del cuaderno No. 1.

²⁴ Folios 190 al 192 del cuaderno de pruebas No. 2.

²⁵ Folio No. 1 del cuaderno de pruebas No. 2.

²⁶ Folios 193 al 203 del cuaderno de pruebas No. 2.

²⁷ Folios 6 y 7 del cuaderno de pruebas No. 2.

manifestaron su inconformidad con el funcionamiento del matadero viejo y le informaron sobre las pautas sanitarias que debe cumplir el nuevo matadero. Así mismo, le reiteraron que *“la vigilancia y control sanitario del matadero siguen siendo competencia de la autoridad de salud de acuerdo a lo establecido en el Decreto No. 2278 del 2 de Agosto/82, Título V, Capítulo I y II”*²⁸.

- Copia auténtica de la petición de 3 de diciembre de 1997, en virtud de la cual los trabajadores y expendedores de carne de Ubaté, le solicitaron al alcalde del municipio de Ubaté, entre otros asuntos, la presencia de *“personal de la Gerencia para la Salud de Cundinamarca, para que conceptúe si en la actualidad las instalaciones del matadero nuevo están adecuadas para hacer uso y ponerlas en funcionamiento”*. De igual forma, obra en copia auténtica la respuesta a tal petición²⁹.

- Copia auténtica del Acta No. 002 del 12 de diciembre de 1997, en la cual se dejó constancia del cierre de la invitación pública - *para dar en arrendamiento el matadero nuevo* - y de la apertura de la urna, la cual arrojó como resultado que en definitiva se presentaron dos propuestas, la primera la presentada por el *“CONSORCIO PRODUCTORA DE CARNES UBATE PCU”* y la segunda por la unión temporal *“UNITEMA”*³⁰.

- Copia auténtica de la comunicación del 12 de diciembre de 1997, dirigida al alcalde de Ubaté, por medio de la cual la Cooperativa COMEGAVU Ltda., le manifestó las razones por las cuales no participó en la invitación pública³¹.

- Copia auténtica del Acta No. 1 del 21 de diciembre de 1997, suscrita por la junta de socios de la sociedad Productora de Carnes de Ubaté Ltda., en la cual se trataron, entre otros puntos, el relacionado con el procedimiento de legalización y registro de la sociedad ante la Cámara de Comercio³².

- Copia auténtica del acta de evaluación de las propuestas -*para el contrato de arrendamiento del matadero nuevo del municipio de Ubaté*- de fecha 22 de diciembre de 1997, en la cual se dejó constancia de que el Comité Evaluador recomendó adjudicar el contrato *“al Consorcio PRODUCTORA DE CARNES UBATÉ, P.C.U.”*³³.

-Aparte de los anteriores, obran en el proceso otros documentos relacionados con la mencionada invitación pública y la evaluación de las propuestas. Son ellos, entre otros: la solicitud de prórroga del plazo para la entrega de las propuestas, la solicitud de publicación de la invitación pública dirigida a la emisora *“RADIO MELODIA”*, comunicaciones enviadas por el representante legal de la unión temporal UNITEMA a la alcaldesa del municipio de Ubaté³⁴.

- Copia auténtica de la Resolución No. 1567A del 22 de diciembre de 1997, en virtud de la cual el Alcalde de Ubaté adjudicó el contrato de arrendamiento del nuevo matadero del municipio de Ubaté al *“CONSORCIO PRODUCTORA DE CARNES UBATE PCU”*³⁵.

²⁸ Folios 2 y 3 del cuaderno de pruebas No. 2.

²⁹ Folios 204 al 211 del cuaderno de pruebas No. 2.

³⁰ Folios 11 y 12 del cuaderno de pruebas No. 2.

³¹ Folios 218 al 220 del cuaderno de pruebas No. 2.

³² Folio 221 del cuaderno de pruebas No. 2.

³³ Folios 222 y 223 del cuaderno de pruebas No. 2.

³⁴ Folios 70 al 80; 261 y 264 del cuaderno de pruebas No. 2.

³⁵ Folios 224 al 226 del cuaderno de pruebas No. 2.

- Copia auténtica del contrato de arrendamiento celebrado el 23 de diciembre de 1997, entre el municipio de Ubaté y *"LA SOCIEDAD PRODUCTORA DE CARNES UBATE PCU LTDA."*, cuyo objeto consistió en el *"arrendamiento de las instalaciones, equipos y edificaciones del Nuevo Matadero del Municipio de Ubaté"*³⁶.
- Garantías expedidas por la Aseguradora Confianza S.A., para amparar el cumplimiento del contrato de arrendamiento y demás documentos necesarios para la legalización del contrato³⁷.
- Copia auténtica del *"INVENTARIO"* de las instalaciones y equipos del Matadero Municipal, realizado el 26 de diciembre de 1997, el cual, según se desprende del texto, fue entregado por el alcalde del municipio de Ubaté y recibido por el Gerente de la Sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda.³⁸.
- Copia auténtica del Decreto No. 058 del 16 de octubre de 1998, por medio del cual la Alcaldesa Municipal de Ubaté, decidió dar por terminado el mencionado contrato de arrendamiento y ordenar su liquidación³⁹.
- Copia auténtica del recurso de reposición presentado el 21 de octubre de 1998 por la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., en contra del decreto anteriormente mencionado⁴⁰.
- Copia auténtica del Decreto No. 066 proferido el 3 de noviembre de 1998 por la Alcaldesa Municipal de Ubaté, en virtud del cual se resolvió de manera negativa el recurso de reposición al que acaba de hacerse referencia. Reposa en el expediente, también, su respectiva constancia de notificación⁴¹.
- Copia simple de la comunicación del 9 de noviembre de 1998, enviada a la alcaldesa del municipio de Ubaté, por el Gerente de la Sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., junto con la cual anexa un documento contentivo de la relación de obras y equipos instalados en el matadero⁴².
- Copia auténtica de la comunicación del 9 de julio de 1998, dirigida al Procurador General de la Nación, a través de la cual la alcaldesa del municipio de Ubaté le solicita su intervención en la ejecución del contrato de arrendamiento. Así mismo obra la respuesta del mencionado órgano de control⁴³.
- Copia simple del Acta No. 23 del 6 de noviembre de 1998, en la cual se dejó constancia de que ese día la alcaldesa del municipio de Ubaté expuso ante el *"Concejo del Municipio de Ubaté"* los motivos que la llevaron a dar por terminado el contrato de arrendamiento suscrito con la sociedad Productora de Carnes de Ubaté Ltda⁴⁴.
- Copia auténtica del documento contentivo del *"ACTA DE LIQUIDACION BILATERAL DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO"*, firmada por el

³⁶ Folios 227 al 229 del cuaderno de pruebas No. 2.

³⁷ Folios 19 al 24 del cuaderno de pruebas No. 2

³⁸ Folios 232 al 235 del cuaderno de pruebas No. 2

³⁹ Folios 297 al 299 del cuaderno de pruebas No. 2

⁴⁰ Folios 34 al 44 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁴¹ Folios 300 al 314 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁴² Folios 83 al 84 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁴³ Folios 267 al 284 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁴⁴ Folios 45 al 48 del cuaderno de pruebas No. 4.

representante legal del municipio de Ubaté y por la sociedad contratista el 11 de noviembre de 1998⁴⁵.

- Copia simple de los comprobantes de pago en favor de la sociedad contratista por concepto de la liquidación bilateral a la que acaba de hacerse referencia⁴⁶.

- Copia auténtica de la entrega al municipio de Ubaté del inventario de las instalaciones del nuevo matadero municipal que data del 14 de noviembre de 1998⁴⁷.

- Copia auténtica del documento denominado "*ACTA DE RECIBO E INVENTARIO*", de fecha 14 de noviembre de 1998, de cuyo texto se desprende que la alcaldesa del Municipio recibió de manos del gerente de la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., el inventario contentivo de los objetos que obran en el matadero municipal de Ubaté⁴⁸.

- Original de la certificación expedida por el tesorero municipal de Ubaté, correspondiente al recaudo por concepto de "*DEGÜELLO GANADO MENOR: DEGÜELLO GANADO MAYOR*", en los períodos comprendidos entre el 15 de febrero de 1998 y el 15 de noviembre de la misma anualidad⁴⁹.

- Copia simple de las certificaciones expedidas por el gerente del Banco de Colombia – sucursal de Ubaté – respecto de los préstamos y deudas que la sociedad Productora de Carnes de Ubaté Ltda., contrajo con dicha entidad financiera. Así mismo, obra original de las certificaciones expedidas por el contador público de dicha sociedad⁵⁰.

- Copia simple de los comprobantes de pago, entre otros, los efectuados a la Caja de Compensación Familiar – CAFAM -⁵¹.

- Copia auténtica de las comunicaciones cruzadas entre la alcaldesa del municipio de Ubaté y el Gerente de la Sociedad Productora de Carnes de Ubaté Ltda.⁵².

- Copia auténtica del "*ACTA DE VISITAS A LA PLANTA DE BENEFICIO DE ANIMALES PARA ABASTO PUBLICO EN UBATE*", suscrita por el profesional universitario del programa de mataderos del INVIMA⁵³.

- Copia auténtica de dos conceptos jurídicos, a través de los cuales se examinaron las irregularidades que presentaba el mencionado contrato de arrendamiento⁵⁴.

- Copia simple de la Directiva No. 001 de la Procuraduría General de la Nación y del manual de funcionamiento del convenio interinstitucional para la vigilancia de la gestión pública⁵⁵.

- Copia simple de la comunicación enviada por la alcaldesa del municipio de Ubaté

⁴⁵ Folios 315 al 323 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁴⁶ Folios 217 al 233 del cuaderno No. 1.

⁴⁷ Folios 324 al 328 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁴⁸ Folios 329 al 334 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁴⁹ Folios 169 y 170 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁵⁰ Folios 32 y 33 del cuaderno de pruebas No. 2 y 185 al 187 del cuaderno No. 1.

⁵¹ Folios 45 al 61 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁵² Folios 238 al 240 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁵³ Folios 241 al 248 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁵⁴ Folios 251 al 260 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁵⁵ Folios 98 al 104 y 108 al 139 del cuaderno de pruebas No. 2.

a la Procuraduría General de la Nación, en la cual expone los detalles acerca de la gestión que se ha adelantado para recuperar el matadero municipal⁵⁶.

- Copia simple del contrato de “venta anticipada de servicios de degüello de ganado mayor y de ganado menor” No. 066 de 1998, celebrado el 17 de noviembre de 1998, entre el municipio de Ubaté y la Cooperativa Multiactiva de Expendedores y Ganaderos del Valle de Ubaté Ltda. Así mismo, obra copia simple de algunos documentos relacionados con dicho contrato, tales como nóminas y planillas de pago⁵⁷.

- Copia auténtica de los contratos celebrados el 2 de enero y el 2 de marzo de 1998, entre la Productora de Carnes de Ubaté Ltda., y el señor Francisco de la Hoz Rincón, así como otros documentos relacionados con esos contratos⁵⁸.

4.2. Testimoniales.

Obran las declaraciones rendidas por los señores MANUEL ANTONIO CORTES AGUILAR, MANUEL FRANCISCO BERNAL LIZARAZO, WILSON JORGE MALAGON CASTELLANOS, PEDRO ARTURO SANABRIA NIÑO, JORGE ARMANDO PAEZ RODRIGUEZ, HORACIO ALONSO LOTE, ALVARO ARMANDO CAÑON PACHON, PABLO AUGUSTO GARZON RODRIGUEZ, LUIS ARMANDO POVEDA RAMIREZ, MANUEL FRANCISCO GOMEZ PEDRAZA, HUGO HILARIO CUBILLOS LANCHEROS, LUIS FRANCISCO TORRES GERENA, OSCAR ENRIQUE VALBUENA LOPEZ⁵⁹.

4.3. Dictamen pericial.

Corre en el expediente dictamen pericial solicitado por la parte demandante y su respectiva aclaración y complementación, en relación con los perjuicios que habría sufrido la sociedad Productora de Carnes de Ubaté Ltda., con ocasión de la terminación unilateral del contrato de arrendamiento⁶⁰.

La prueba pericial fue objetada por error grave por el Municipio de Ubaté, objeción que corresponde a la Sala examinar a continuación, toda vez que el Tribunal *a quo* no efectuó pronunciamiento alguno respecto de la aludida objeción⁶¹.

4.3.1. De la objeción por error grave.

Sea lo primero decir que la finalidad del experticio como medio probatorio es la de verificar hechos que interesan al proceso y requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos (artículo 233 del Código de Procedimiento Civil).

De conformidad con el numeral 5° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, cualquiera de las partes de un proceso judicial –también ambas partes– puede hacer manifiesto su desacuerdo con el trabajo del experto y señalar los motivos por los cuales considera que el dictamen se equivocó de manera grave,

⁵⁶ Folios 140 al 143 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁵⁷ Folios 150 al 168; 177 al 179 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁵⁸ Folios 236 y 237; 249 y 250; 265 y 266 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁵⁹ Folios 19 al 44; 52 al 55 del cuaderno de pruebas No. 4 y los folios 335 al 337; 341 al 358 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁶⁰ Folios 1 al 139 del cuaderno contentivo del dictamen pericial.

⁶¹ Folios 140 al 155 del cuaderno contentivo del dictamen pericial.

según los dictados del numeral 4 del mismo artículo.

Se precisa que para que se configure el “*error grave*” en el dictamen pericial se requiere de la existencia de una equivocación en materia grave por parte de los peritos, vale decir una falla o dislate que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4º y 5º del artículo 238 del C. de P. C.

Sobre el particular, la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado *in extenso* lo que se transcribe a continuación:

“De todas formas, además de la libertad, de la soberanía, de la facultad y de la obligación que asisten al juez al momento de valorar el mérito probatorio de cada uno de los apartados de un dictamen pericial, ha de tenerse en cuenta, igualmente, que las partes pueden desempeñar un rol activo y determinante en la formación del convencimiento del fallador en torno al mérito probatorio de la pericia. Tal es el sentido de la regulación efectuada en el Código de Procedimiento Civil, especialmente en su artículo 238, con el fin de disciplinar la contradicción del dictamen pericial, pues se concede a las partes el derecho de objetarlo por error grave⁶² y se señalan la oportunidad, los requisitos y las exigencias de dicha objeción, en particular, las de precisar, individualizar o concretar el yerro, indicando en qué consiste, de qué apartados o componentes de la peritación se predica, cuál es su gravedad e incidencia en las conclusiones y qué pruebas se estiman pertinentes para su demostración en defecto de su ostensibilidad.

Así las cosas, constituye presupuesto imprescindible de la objeción al dictamen pericial la existencia objetiva de un yerro fáctico de tal magnitud que ‘(...) si no hubiera sido por tal error, el dictamen no hubiera sido el mismo (...)’⁶³, al punto de alterar de manera esencial, fundamental o determinante la realidad y, por consiguiente, suscitar en forma grotesca una falsa creencia que resulta significativa y relevante en las conclusiones a las cuales arriban los expertos. Esas críticas o divergencias con los estudios, análisis, experimentos y conclusiones de la pericia o la diversidad de criterios u opiniones a propósito de su contenido, son aspectos que han de ser considerados por el juzgador en su función de valoración del dictamen pericial —y de los restantes medios de convicción— y será el juez, por tanto, quien determine si los eventuales yerros o imprecisiones resultan trascendentes respecto del fondo de la decisión. En relación con este extremo, la jurisprudencia de Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

«... si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ... (G.J. t. LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros

⁶² Nota original de la sentencia citada: El error consiste en la disparidad, discordancia, disconformidad, divergencia o discrepancia entre el concepto, el juicio, la idea y la realidad o verdad y es grave cuando por su inteligencia se altera de manera prístina y grotesca la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, sus fundamentos o conclusiones, de suerte que resulta menester, a efectos de que proceda su declaración, que concurren en él las características de verosimilitud, reconocibilidad e incidencia en el contenido o resultado de la pericia.

⁶³ Nota original de la sentencia citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Auto 25 de septiembre de 1939.

defectos imputables a un peritaje, ‘...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...’, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil ‘... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva ...’ (G. J. tomo LXXXV, pág. 604)⁶⁴⁶⁵.

En el presente asunto, la prueba pericial que se practicó fue solicitada por la parte actora, con el propósito de que los peritos establecieran los perjuicios materiales y morales causados a la sociedad demandante con ocasión de la terminación unilateral del contrato y determinaran sobre los siguientes aspectos:

“a.- El avalúo de las inversiones no reconocidas en la liquidación bilateral.

b.- El avalúo del montaje operativo efectuado para poner en funcionamiento el Matadero nuevo en el Municipio de Ubaté.

c.- El costo financiero que debió pagar la sociedad demandante, tanto de las inversiones, como por la demora en el pago de las sumas conciliadas en la liquidación bilateral.

d.- El avalúo de los perjuicios por detrimento comercial y de imagen sufridas por la sociedad demandante.

e.- El avalúo de la utilidad que la sociedad demandante pudo obtener durante el termino pendiente del contrato de arrendamiento”.

La prueba fue decretada mediante auto del 6 de octubre de 2000⁶⁶ y, mediante auto del 13 de junio de 2001⁶⁷, se corrió de ella traslado común a las partes, término dentro del cual la entidad demandada solicitó aclaración y

⁶⁴ Nota original de la sentencia citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de septiembre 8 de 1993. Expediente 3446.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2.007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Radicación No.: 250002326000199901954 01; Expediente No. 25.177; en idéntico sentido puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de marzo veintiséis (26) de dos mil nueve (2009); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Radicación: 250002326000198402089 – 01 (31.748).

⁶⁶ Folios 99 al 101 del cuaderno No. 1.

⁶⁷ Folio 162 del cuaderno No. 1.

complementación de la experticia⁶⁸.

Del respectivo escrito de complementación y aclaración del dictamen⁶⁹, se corrió traslado común a las partes, término dentro del cual la parte demandada objetó el referido dictamen⁷⁰, por encontrar que adolecía de error grave, consideración a la que llegó con fundamento en los planteamientos que se resumen a continuación:

- Sostuvo que en la liquidación del contrato que de común acuerdo realizaron las partes, se reconoció la suma de \$83'599.737,64 por concepto de las inversiones realizadas en el matadero, valor respecto del cual el contratista no dejó ninguna salvedad, de ahí que no era procedente incluir y menos aún reconocerle al Contratista dentro del dictamen, suma alguna por ese concepto. Bajo ese mismo argumento señaló que no era viable reconocer en el dictamen suma alguna por concepto de i) costos financieros de las inversiones realizadas por la sociedad e ii) intereses sobre la liquidación.

- Respecto del montaje empresarial y operativo para poner en marcha el matadero, señaló, entre otros aspectos, que los costos que por ese rubro se incluyeron en el dictamen no se encontraban soportados con facturas y demás documentos que los acreditaran. Así mismo, indicó que respecto del montaje empresarial *“no se elevó reclamación alguna durante el curso de la liquidación bilateral, así como tampoco se dejó salvedad alguna, lo que implica que el tema haya quedado clausurado entre las partes”*.

- En cuanto al montaje del esquema de manejo sanitario del matadero, señaló que el contratista no incurrió en gasto alguno por ese rubro, habida cuenta que su diseño estuvo a cargo de las autoridades correspondientes y no del contratista.

- Señaló que contrario a lo dictaminado por los peritos no había lugar a reconocer suma alguna por los siguientes conceptos:

- a) *Establecimiento del control sanitario de los envíos de productos a las empresas compradoras,*
- b) *Montaje del esquema contable y financiero del recaudo del impuesto por degüello,*
- c) *Capacitación a los operarios y montaje de un sistema de manejo de personal,*
- d) *Pago de prebendas laborales y “seguridad industrial” al personal que prestaba sus servicios en el matadero.*

- En lo que se refiere a la suma de dinero reconocida en el dictamen por concepto de detrimento de la imagen comercial de la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., y la pérdida de valorización de las acciones, adujo que la mencionada sociedad fue creada días antes de la celebración del supuesto contrato de arrendamiento, de ahí que la sociedad no tenía ninguna trayectoria comercial a la fecha de suscripción del contrato.

Así mismo, indicó que no es cierto que las oportunidades de negocio para la sociedad hubiesen disminuido, comoquiera que ella entró en liquidación una vez se terminó unilateralmente el contrato, *“sin hacer un mínimo de esfuerzo por mantenerse en el mercado”*.

⁶⁸ Folios 163 al 165 del cuaderno No. 1.

⁶⁹ Folios 129 al 138 del cuaderno contentivo del dictamen pericial.

⁷⁰ Folios 140 al 155 del cuaderno contentivo del dictamen pericial.

- Sostuvo que los peritos erradamente le reconocieron al contratista el lucro cesante sin que hubiera lugar a ello, en tanto que en un contrato de arrendamiento el arrendatario no obtiene ganancias sino el goce del bien.

- Por último, manifestó que los perjuicios tasados en el dictamen no se encuentran soportados con documentos que permitan tener por cierta su causación.

En el presente caso, comoquiera que el Tribunal *a quo* no efectuó pronunciamiento alguno respecto de la objeción por error grave formulada por la entidad demandada, la Sala se ocupará de resolverla.

Sobre el particular, encuentra la Sala que los planteamientos formulados en la objeción versan sobre la solidez y coherencia de los elementos valorados, así como sobre las apreciaciones, injerencias, juicios Y deducciones a las que arribaron los peritos en la prueba pericial, de ahí que sea razonable concluir que los reparos expuestos por la entidad demandada no revisten las características que de la tacha por error grave prevé el Código de Procedimiento Civil, en tanto que no se evidencia - *de lo expuesto por la entidad demandada* - que el dictamen esté elaborado sobre bases erróneas de tal magnitud que conduzcan a conclusiones equivocadas sobre el objeto analizado en la pericia.

Así las cosas, se dispondrá en la parte resolutive del presente pronunciamiento declarar infundada la objeción por error grave formulada en contra del dictamen pericial practicado dentro del presente asunto.

5. El caso concreto

Encuentra la Sala que en la controversia que ahora se examina la parte actora solicitó la declaratoria de nulidad del Decreto No. 058 del 16 de 1998, por medio del cual la alcaldesa del municipio de Ubaté terminó unilateralmente el contrato de arrendamiento celebrado con la sociedad - *hoy demandante* - y ordenó su liquidación. Así mismo, pidió que se declare la nulidad del Decreto No. 066 proferido el 3 de noviembre de 1998, en virtud del cual la Alcaldesa desató negativamente el recurso de reposición presentado en contra del decreto antes señalado.

Manifestó - *el apelante* - que la Alcaldesa no tenía competencia para declarar la terminación unilateral del contrato, en tanto que, previamente, debió haber acudido ante el Juez del contrato para que se pronunciara sobre su nulidad o apego a la ley.

Señaló, además, que contrario a lo plasmado en los actos demandados, el contrato que se celebró era de arrendamiento y no de concesión, dado que no se trataba de ceder a un particular la prestación de un servicio público.

Para efectos de estudiar los argumentos formulados por la parte actora, la Sala se permite hacer las siguientes **CONSIDERACIONES**:

6. Los hechos probados en el proceso que guardan relación con el denominado por las partes contrato de arrendamiento celebrado entre el municipio de Ubaté y la sociedad Productora de Carnes de Ubaté PCU Ltda.

Se encuentra probado lo siguiente:

El 23 de diciembre de 1997, el municipio de Ubaté y la sociedad Productora de Carnes de Ubaté Ltda., celebraron el que denominaron las partes contrato de arrendamiento, cuyo objeto consistió en *“la entrega a título de arrendamiento de las instalaciones, equipos y edificaciones del Nuevo Matadero del Municipio de Ubaté”*. Se estableció como término de duración un lapso de 6 años contados a partir de la entrada efectiva en operación del matadero.

En la cláusula tercera del contrato se acordó que la renta por el inmueble sería de ochenta y siete millones novecientos sesenta y cuatro mil cuatrocientos pesos (\$87'964.400); que el arrendatario se comprometía a cancelar de la siguiente manera:

- “a) La suma de SESENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS \$67'500.000 con inversiones de adecuación y complementación del matadero; las cuales se realizarán en el primer año de ejecución del contrato.*
- b) Una suma fija en efectivo de \$2'750.000 anuales, comenzando el 1 de Enero de 1997, con un incremento del 20% anual hasta completar el plazo total de ejecución del contrato. El canon anual de arrendamiento en moneda corriente será cancelado por el ARRENDATARIO por anticipado dentro de los treinta (30) días iniciales de cada año...”*

El 16 de octubre de 1998, cuando aún se encontraba vigente el contrato, la alcaldesa del municipio de Ubaté, a través del Decreto No. 058, decidió, terminarlo de manera unilateral y ordenar su liquidación, decisión que fue confirmada en el Decreto 066 del 3 de noviembre de la misma anualidad.

Posteriormente, el 11 de noviembre de 1998, las partes liquidaron bilateralmente el referido contrato; en el *“ACTA DE LIQUIDACION”* se dejó constancia de que el municipio de Ubaté se obligaba a cancelar a la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., la suma de ciento veintiocho millones quinientos once mil quinientos sesenta y dos pesos con cuarenta centavos (\$128'511.562,40), por concepto de las inversiones efectuadas en el matadero del municipio de Ubaté, entre otros ítems, así como la sociedad se comprometía a restituírle el bien objeto del contrato.

Así mismo, en el *“ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO”* la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., - hoy demandante - dejó las siguientes salvedades:

- “a) Que el contratista al suscribir la presente liquidación, lo hace en cumplimiento de la determinación de terminación unilateral tomada por el Municipio de Ubaté, con el ánimo de colaborar en el proceso de liquidación, pero ello no implica que se acepte o consienta que el Contrato celebrado fue de Concesión y no de Arrendamiento.*
- b) Que por las mismas razones, la suscripción de la liquidación no implica que se acepte la causal invocada para la terminación del Contrato ni la nulidad del Contrato.*
- c) Que el alcance de la liquidación no es otra que el acuerdo respecto de la inversión por obras civiles y suministro e instalación de equipos en cuantía de Ciento veintiocho millones quinientos once mil quinientos sesenta y dos pesos con cuarenta centavos (\$128'511.562,40).*

d) *Que en la liquidación no hubo acuerdo, conciliación o transacción respecto de los siguientes aspectos:*

A.- La parte del Montaje Operativo, no reconocida en esta liquidación.

B.- Responsabilidad civil del Municipio de conformidad con el Artículo 50 de la Ley 80 de 1993.

e) Que como consecuencia respecto de los aspectos no conciliados, quedan los Contratistas en libertad de que ellos se diriman ante la jurisdicción competente a través de las acciones ordinarias o especiales a que hubiere lugar”.

Ahora bien, debido a que se encuentra acreditado que el contrato se liquidó de mutuo acuerdo y que el Contratista dejó constancia expresa de unas salvedades en el “*ACTA DE LIQUIDACION*”, especialmente en lo referente a la terminación unilateral del contrato, resulta necesario hacer las siguientes consideraciones:

6.1. Liquidación bilateral.

La liquidación bilateral corresponde al balance, finiquito o corte de cuentas que realizan y acogen de manera conjunta las partes del respectivo contrato, por tanto, esta modalidad participa de una naturaleza eminentemente negocial o convencional.

En términos generales, la liquidación que surge del acuerdo de las partes tiene las características de un negocio jurídico que como tal resulta vinculante para ellas. Este negocio jurídico que se materializa en el acta de liquidación, debe contener, si los hubiere, los acuerdos, salvedades, conciliaciones y transacciones a que se llegare para poner fin a las divergencias presentadas y dar por finiquitado el contrato que se ejecutó.

Ahora bien, si dicha liquidación ha sido suscrita con salvedades y en ese mismo momento, que es la oportunidad para objetarla, alguna de las partes presenta reparos a la misma, por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o porque considera que deben incluirse algunos conceptos que no fueron tenidos en cuenta, debe manifestar con claridad que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que precisamente hubiere sido motivo de inconformidad⁷¹, pero únicamente respecto de los temas puntuales materia de discrepancia que quedaron consignados en ella.

En relación con este aspecto la Sala ha dicho lo siguiente:

*“Como puede observarse en la etapa de liquidación de un contrato, las partes deben dejar sentado en acta sus pretensiones para que sean consideradas por la otra parte, es ese el momento del contrato, en el cual la parte adquiere legitimación para reclamar en vía judicial o extrajudicial, las pretensiones que la otra parte no acepte. Las divergencias que existan al momento de liquidar el contrato, que sean enunciadas en acta, y no aceptadas estructuran la base del petitum de una eventual demanda. **Por el***

⁷¹ En la actualidad, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, el contratista particular tiene derecho a dejar las constancias a que haya lugar. Según el inciso final de esta norma: “*Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral sólo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo*”.

contrario la parte que no deje anotada en el acta de liquidación final, la existencia de alguna pretensión para que la otra parte la considere en esa vía, NUNCA PODRA pretenderlas judicialmente. Lo que se traslada al proceso judicial son las pretensiones que la contraparte del contrato no acepte reconocer⁷² (Se destaca).

En ese sentido, se ha precisado que la acción contractual sólo puede versar sobre aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el demandante hubiere manifestado su desacuerdo al momento de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo.

Así pues, las salvedades dejadas en el acta de liquidación tienen como finalidad salvaguardar el derecho del contratista a reclamar en el futuro ante la autoridad judicial el cumplimiento de obligaciones que considera quedaron pendientes durante la ejecución del contrato, razón por la cual deben ser claras y concretas.

En el presente asunto, encuentra la Sala que la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., dejó de manera clara y expresa, en el "ACTA DE LIQUIDACION BILATERAL DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO", su inconformidad respecto de la determinación de la alcaldesa del municipio de Ubaté, consistente en terminar unilateralmente el contrato de arrendamiento celebrado el día 23 de diciembre de 1997.

Ahora bien, comoquiera que en el caso que ahora se examina lo que se demanda es precisamente el acto administrativo por medio del cual la Administración terminó unilateralmente el referido contrato, es procedente para la Sala entrar a examinar los reclamos de la parte actora en lo que a este aspecto se refiere, puesto que, tal como se indicó, si bien el contrato se liquidó de común acuerdo, la sociedad contratista de manera clara y expresa manifestó su desavenencia, inconformidad que según se observa constituye el fundamento de sus pretensiones, razón por la cual la Sala procederá a examinar el contenido de los actos administrativos demandados:

6.2. El contenido del Decreto No. 058 proferido el 16 de octubre de 1998, por medio del cual la alcaldesa del municipio de Ubaté terminó unilateralmente el denominado por las partes contrato de arrendamiento.

En la parte considerativa del acto administrativo la entidad demandada expuso los argumentos que se resumen y transcriben a continuación:

- Que el 23 de diciembre de 1997, el municipio de Ubaté y la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., celebraron un contrato de arrendamiento, cuyo objeto consistió en que el Municipio hacía entrega a "título de arrendamiento de las instalaciones, equipos y edificaciones del nuevo matadero del Municipio de Ubaté".
- Que no obstante que el contrato fue denominado por las partes como de arrendamiento, luego de revisar el objeto y las cláusulas pactadas en él, se arriba a la conclusión de que dicho contrato corresponde en realidad a un contrato de concesión de servicios públicos, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 de la ley 80 de 1993.

⁷² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

- Que comoquiera que el denominado por las partes “contrato de arrendamiento” realmente correspondía a un contrato de concesión, “en virtud de lo previsto en el artículo 24 del Estatuto de Contratación Estatal, y, por razón de la cuantía, la celebración del contrato mencionado debió adelantarse, previo el trámite de licitación pública establecido en el artículo 30 de la ley 80 de 1993”.

- Como consecuencia de la inobservancia del procedimiento administrativo que se debió haber adelantado - *previo a la celebración del contrato* - correspondiente a la licitación pública, se incurrió en la prohibición legal consagrada en el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, de cuyo texto se extrae que “*las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva...*”.

- Que el hecho de no “haber adelantado los trámites de la licitación pública, para la celebración del contrato de concesión de servicios” constituyó una clara violación de los procedimientos de selección objetiva y del principio de transparencia, de donde surge que el contrato se haya celebrado contra expresa prohibición legal.

- Que el “inciso segundo del artículo 45 establece: ‘En los casos previstos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo anterior⁷³, el Jefe o Representante Legal de la Entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su Liquidación...’.

- Que el artículo 44 del Estatuto de Contratación Estatal, “establece en su numeral 2: ‘... se celebren contra expresa prohibición Constitucional y Legal”.

- Que con sustento en los anteriores supuestos, la alcaldesa del municipio de Ubaté mediante el Decreto No. 058, decidió, además de terminar el contrato, ordenar su inmediata liquidación.

Valga precisar que el Decreto No. 066 del 3 de noviembre de 1998, por medio del cual se desató de manera negativa el recurso de reposición presentado en contra del Decreto No. 058, contiene similares argumentos a los expuestos y relacionados anteriormente, razón por la cual no habrá lugar a referirse nuevamente a ellos.

Ahora bien, en aras de resolver el asunto que ahora se examina, procederá la Sala a analizar la naturaleza jurídica del bien objeto del denominado por las partes contrato de arrendamiento.

7. Naturaleza jurídica del bien objeto del contrato cuya terminación unilateral se dispuso en los actos administrativos demandados.

En primera medida resulta preciso distinguir, conforme lo hace la legislación, los bienes estatales en i) bienes de uso público y ii) bienes fiscales, para señalar que

⁷³ Artículo 44º.- *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.

(...)

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

(...”).

los primeros son aquellos destinados al uso y goce directo o indirecto de la comunidad, y que, por lo mismo, son inembargables, imprescriptibles e inalienables. Los segundos, los bienes fiscales, son aquellos respecto de los cuales el Estado detenta el derecho de dominio como si se tratase de los de propiedad particular; son bienes que están dentro del comercio y que son destinados, por regla general, al funcionamiento del ente estatal al cual pertenecen o a la prestación de un servicio. Con relación a ellos, la Sección ha manifestado⁷⁴:

“Así pues, una caracterización de los bienes fiscales o patrimoniales del Estado pasaría por afirmar que se trata de bienes que (i) pertenecen a una persona jurídica de derecho público; (ii) están destinados a servir como instrumentos materiales para el ejercicio de funciones públicas o para la prestación de servicios a cargo de las entidades estatales; (iii) el Estado los administra de conformidad con el régimen jurídico que al tipo de bien del cual se trate proporciona el derecho común y (iv) son embargables, enajenables e imprescriptibles. Tales características permiten diferenciarlos con claridad de los bienes de uso público, tal como igualmente lo han hecho en otras ocasiones tanto esta Sala como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según se desprende de los siguientes pronunciamientos:

‘Ahora que, si bien es cierto existe alguna similitud entre los bienes de uso público y los fiscales o patrimoniales, comoquiera que ambas categorías forman parte de los bienes públicos y su afectación propende por el desarrollo de los principios y fines del Estado, es claro que se diferencian fundamentalmente por los derechos que se detentan sobre los mismos y por la posición de la comunidad frente a ellos.

Respecto de lo primero, o sea de los derechos que comprenden, debe tenerse en cuenta que los bienes de uso público son de propiedad del Estado, quien los administra, protege y reglamenta su uso, sin que puedan ser objeto de actos o negocios jurídicos que impliquen la limitación de su uso y disfrute por los ciudadanos. En tanto que, por este aspecto, los bienes fiscales se caracterizan porque el Estado es titular del derecho de dominio similar al que se ostenta respecto de los bienes particulares, que implican su uso, goce y disposición.

En cuanto a la situación de la comunidad frente a los bienes públicos, los de uso público están destinados principalmente al disfrute de todas las personas, sin perjuicio de los límites que su naturaleza imponga; en tanto que los bienes fiscales tendrán un uso restringido, puesto que están destinados, fundamentalmente, al funcionamiento del Estado y a la prestación de los servicios públicos a su cargo” (énfasis añadido)⁷⁵.

A su vez, en similar dirección, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

‘Los bienes del Estado son o de uso público o fiscales. A estos últimos se les llama también patrimoniales. Una granja, por ejemplo, es un bien de esta clase. El Estado los posee y administra como un particular. Son fuentes de ingresos, y como propiedad privada están sometidos al derecho común. Los

⁷⁴ Sentencia proferida el 18 de marzo de 2010 por el Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. No. 14390. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁷⁵ Original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2005; Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

primeros, los de uso público, son aquellos cuyo aprovechamiento pertenece a todos los habitantes del país, como los ríos, las calles, los puentes, los caminos, etc. Los bienes de uso público lo son por naturaleza o por el destino jurídico; se rigen por normas legales y jurídicas especiales, encaminadas a asegurar cumplida satisfacción en el uso público. Son inalienables, como que están fuera del comercio, e imprescriptibles “mientras sigan asignados a la finalidad pública y en los términos en que esta finalidad pública lo exija...”.

Ahora bien, con base en los lineamientos que se dejan vistos, procederá la Sala a examinar cuál es la naturaleza jurídica del inmueble objeto del contrato – matadero municipal – por cuya terminación unilateral se demanda.

Antes que nada ha de decirse que el Decreto No. 77 de 1987 en su artículo 1° señala que *“corresponde a los municipios y al Distrito Especial de Bogotá, la prestación de los servicios de agua potable, saneamiento básico, **matadero público**, aseo público y plazas de mercado. Los departamentos, intendencias y comisarías podrán concurrir a la prestación de estos servicios”.*

Por su parte la Ley 9° de 1979 *“por la cual se dictan medidas sanitarias”* y sus Decretos Reglamentarios Nos. 2278 de 1982 y 1036 de 1991 establecen las pautas y requisitos sanitarios que deben ser tenidos en cuenta para que pueda entrar en funcionamiento un matadero.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que el matadero municipal de Ubaté objeto del contrato que las partes denominaron de arrendamiento y por cuya terminación hoy se demanda, se encuentra revestido de las características propias de un bien fiscal, en tanto que i) es el Estado quien detenta el derecho de dominio, b) la razón de ser del matadero es la prestación de un servicio encomendado al Municipio, según lo prevé el ya mencionado Decreto 77 de 1987 que viene de verse y, por último, c) la vocación de dicha instalación no es la de servir al uso y goce de la colectividad sino que exclusivamente – *el uso y goce* - pertenece a la entidad pública que administra el bien, en este caso al municipio de Ubaté.

Precisado que el bien objeto del contrato que se examina es de naturaleza fiscal, se procederá al análisis del tipo del negocio jurídico que celebraron el municipio de Ubaté y la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., en tanto que ello constituye el extremo que ocupa la atención de la Sala, toda vez que los decretos demandados apoyan la decisión de terminar unilateralmente el contrato en el entendimiento de que el mismo se corresponde con un contrato de concesión y no a uno de arrendamiento, para lo cual se hace indispensable estudiar los elementos que estructuran tanto el contrato de arrendamiento como el de concesión.

7.1. Elementos que estructuran el contrato de arrendamiento.

El de arrendamiento es un contrato en el que las partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa o a ejecutar una obra o a prestar un servicio y, la otra, a pagar por ese goce, obra o servicio un precio determinado, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1973 del Código Civil.

De acuerdo con tal definición, puede afirmarse que son características del contrato de arrendamiento su *bilateralidad*, comoquiera que se celebra entre dos sujetos de derecho entre los cuales surgen obligaciones recíprocas que se sirven mutuamente de fundamento: las del arrendador consisten en entregar al arrendatario la cosa arrendada y en procurarle al arrendatario el uso y el goce de

la misma, mientras que las de éste consisten básicamente en conservar la cosa en el estado en el cual la recibió, pagar los cánones pactados y restituir el objeto material del contrato al término del mismo; su *onerosidad*, dado que el precio es uno de sus elementos esenciales y en cuya ausencia el contrato se torna en comodato; su *conmutatividad*, toda vez que las prestaciones a cargo de cada una de las partes se toma como equivalente de las asumidas por la otra y, finalmente, su *carácter de ser de tracto sucesivo*, en la medida en que las obligaciones surgidas del contrato no se cumplen instantáneamente sino que conllevan cierta duración en el tiempo.

El análisis de su regulación legal, como lo ha sostenido esta Sala, permite inferir que son elementos esenciales de esta modalidad contractual, los siguientes: (i) el otorgamiento del goce o uso de un bien; (ii) el precio que se paga por el uso o goce del bien y (iii) el consentimiento de las partes⁷⁶. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que:

“La definición que del contrato de arrendamiento trae el art. 1973 ibídem indica que son de su esencia, de un lado, una cosa, cuyo uso o goce concede una de las partes a la otra o la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, y del otro, el precio que se debe pagar por ese goce, obra o servicio. En el primer caso, que es el que interesa en la litis de que ahora conoce la Corte, la concesión del goce o uso de la cosa y el precio que por ella se paga, amén del consentimiento de las partes que lo celebran, como es obvio, son elementos esenciales del contrato de arrendamiento de cosas”⁷⁷ (Se subraya).

De la amplia regulación legal que el ordenamiento jurídico colombiano realiza de este tipo contractual es esencial referirse a las tres principales obligaciones que del arrendamiento se derivan para el arrendador: (i) *la de entrega material de la cosa*, la cual traslada la tenencia o posesión en nombre ajeno del bien arrendado; (ii) *la de mantenimiento de la cosa en estado de servicio*, es decir, en el mismo estado en el cual la entregó, durante la totalidad del plazo contractual, obligación de la cual se deriva para el arrendador la necesidad de efectuar “*todas las reparaciones necesarias, a excepción de las locativas, las cuales corresponden al arrendatario*” —artículo 1985 C.C. - y, finalmente, (iii) *la obligación de evitar, impedir o hacer cesar turbaciones al derecho de disfrute de la cosa por parte del arrendatario*, corolario de lo cual viene a ser que el arrendador deba garantizar que el arrendatario no sea perturbado en el goce de la cosa arrendada, garantía ésta que se traduce en la regla, de alcance más general, en virtud de la cual la cosa entregada debe servir para el destino natural que se pretende satisfacer, lo cual comprende tanto que la cosa no tenga vicios que la hagan inepta para el fin del contrato, como que el arrendatario no será perturbado en su goce por hechos del arrendador o de terceros⁷⁸.

7.2. Elementos del contrato de concesión.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de marzo de 2001; Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Expediente No. 13352; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del seis (6) de julio de dos mil cinco (2005); Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 25000-23-26-000-1991-07392-01(12249).

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de abril 30 de 1970.

⁷⁸ Al respecto consultar GOMEZ ESTRADA, César, *De los principales contratos civiles*, Temis, Bogotá, 1996, p. 183.

El numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define el contrato de concesión en los siguientes términos:

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

Esta Corporación se ha ocupado de señalar cuales son las características del contrato de concesión⁷⁹ y, en tal sentido, ha indicado que son: i) su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario, ii) es el concesionario quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga, iii) la entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario, iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros) y v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato.

Respecto del objeto sobre el cual puede versar el contrato de concesión, se ha dicho que puede encontrarse referido a la prestación de un servicio público, a la construcción de una obra pública o a la explotación de un bien estatal.

En tratándose de la concesión de un servicio público, la misma tiene lugar cuando se otorga al concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público.

En cuanto a la denominada concesión de obra pública se refiere, aquella se configura cuando el contratista tiene a su cargo la construcción, explotación y conservación, total o parcial, de una obra o bien destinado al servicio o al uso público y, por último, la concesión de bien público, tiene por objeto la explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien de dominio público ya sea fiscal o de uso público.

No obstante lo anterior, esta Corporación ha sostenido que el contrato de concesión no necesariamente debe circunscribirse, en su objeto, a las tres modalidades enunciadas, en tanto que *“el contrato de concesión no sólo se celebra para las prestación de servicios públicos sino también para la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se hayan asignado al Estado o cualquiera de las entidades públicas, porque al fin y al cabo cualquiera*

⁷⁹ Sentencia proferida el 18 de marzo de 2010 por el Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. No. 14390. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

*que sea su naturaleza, siempre tendrá una finalidad de servicio público*⁸⁰.

Otro aspecto fundamental para destacar en los contratos de concesión es el que hace referencia a la vigilancia y control que ejerce la entidad concedente respecto de las actividades desarrolladas por el concesionario, la cual se acrecienta e intensifica en este tipo de contratos por el especial interés público que involucran⁸¹.

Finalmente, una característica que diferencia el contrato de concesión de los demás contratos es el relacionado con la obligación que tiene el concesionario de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su propia cuenta y riesgo. Sobre ese particular la Corporación discurrió en la forma que se transcribe a continuación⁸²:

“Y en lo atinente a (iii) la obligación, a cargo del concesionario, de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su cuenta y riesgo, se ha indicado que en cuanto, por definición legal al concesionario corresponde actuar por su cuenta y riesgo, ello significa que deberá disponer de y/o conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución de la obra o la prestación del servicio, razón por la cual ha de tener derecho a las utilidades, en igual sentido, deberá asumir las pérdidas derivadas de la gestión del bien, de la actividad o del servicio concesionado e, igualmente, tiene la responsabilidad de retribuir al Estado la explotación que realiza de un bien de propiedad de éste o de un servicio cuya prestación normativamente ha sido asignada a una entidad estatal, con una contraprestación económica; tal consideración es la que permite distinguir, con mayor claridad, la naturaleza jurídica o la función económico social del contrato de concesión, respecto de la de otros tipos contractuales, como la ha expresado la jurisprudencia:

*“La diferencia entre el contrato de administración delegada y el contrato de obra pública por el sistema de concesión, consistía en que en el primero el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio y, en el segundo, el concesionario se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, aquel cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas”*⁸³.

Lo dicho pone de presente que la concesión, en cualquiera de sus modalidades, es un contrato que se distingue de otros tipos negociales con los cuales tiene cierta proximidad en punto a su objeto —obra pública,

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998); Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 10217.

⁸¹ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997); Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 9118.

⁸² Sentencia proferida el 18 de marzo de 2010 por el Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. No. 14390. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁸³ Original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del cinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve; Consejero ponente: Javier Henao Hidrón; Radicación número: 1190. Actor: Ministro de Hacienda y Crédito Público.

servicios públicos, etcétera— por razón del factor consistente en quién asume, entre otras responsabilidades, la de la financiación de la ejecución de la obra, de la asunción de la prestación del servicio o de la explotación del bien del cual se trate, toda vez que dicha financiación correrá, en la concesión, por cuenta del concesionario, mientras que el repago de la misma es el que habrá de efectuarse por cuenta del usuario o beneficiario de la obra a largo plazo o por la entidad contratante misma, con el consiguiente margen de riesgo empresarial que asume el concesionario, dado que despliega una gestión directa suya y no a nombre de la entidad concedente; precisamente en la concesión la Administración encarga a un particular, quien se hará cargo de la consecución de los recursos, tanto técnicos como financieros, requeridos para su ejecución, asegurándole el repago de la inversión que él realiza mediante la cesión, por parte de la entidad concedente —o autorización de recaudo o pago directo— de “derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”⁸⁴.

Así pues, es dable concluir que la concesión es un negocio jurídico en el cual el particular contratista destina a la prestación de un servicio público, a la construcción de una obra pública o a la explotación de un bien de dominio público, recursos propios o gestados por él, por su propia cuenta y responsabilidad, mientras que el Estado contratante le otorga al concesionario, además del derecho a construir la obra, explotar el bien o servicio, a obtener la remuneración correspondiente — *la cual usualmente proviene de la explotación económica del objeto de la concesión* —, con el fin de que recupere la inversión del capital destinado y se le garantice la obtención de utilidades, de ahí que a diferencia de los demás contratos, en la concesión la utilidad económica que persigue el concesionario no surge del precio pactado, sino del rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual.

7.3. El tipo de contrato celebrado entre el municipio de Ubaté y la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., por cuya terminación unilateral se demanda.

Hechas las precisiones conceptuales que se dejan vistas, encuentra la Sala que el contrato que celebraron el municipio de Ubaté y la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., el 23 de diciembre de 1997, corresponde ciertamente a un contrato de concesión y no a uno de arrendamiento, tal como, a continuación, pasa a explicarse:

En el presente asunto, se observa que las partes acordaron en las cláusulas primera y segunda del contrato en mención la entrega a título de arrendamiento de las instalaciones, equipos y edificaciones del nuevo matadero en el municipio de Ubaté y se fijó como plazo de duración el término de 6 años contados a partir de la entrada efectiva en operación del matadero.

En la cláusula tercera del contrato, las partes acordaron como “*renta de arrendamiento del inmueble objeto del contrato*” la suma de ochenta y siete millones novecientos sesenta y cuatro mil cuatrocientos pesos (\$87'964.400), monto que el arrendatario se comprometía a pagar de la siguiente manera: a) *la*

⁸⁴ Original de la sentencia citada: Artículo 32, numeral 4°, de la Ley 80 de 1993.

*suma de SESENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS \$67'500.000 en inversiones de **adecuación y complementación** del matadero; los cuales se realizarán el primer año de ejecución del contrato b) la suma fija en efectivo de \$2'750.000 anuales, comenzando el 1 de Enero de 1999, con un incremento del 20% anual hasta completar el plazo de ejecución del contrato...".*

En cuanto a las inversiones que se obligó a efectuar el arrendatario en el primer año se acordaron, en la cláusula cuarta, las siguientes: *"Adecuación salas de oreo, desposte y decomisos; equipos electrónicos de pesaje; equipos de energía para emergencia, Reinstalación de ductos sanitarios, Construcción de baterías sanitarias de servicio, Adecuación área administrativa, dotación de equipos de oficina y comunicaciones; equipos e instalación de reserva de agua; adecuación sala de sacrificio de terneros, Construcción e instalación de un cuarto frio de 40 mtrs² y adecuación de área de cafetería y centro de negocios".*

En la cláusula que sigue, se estipuló que las inversiones que realizara el arrendatario pasarían al municipio de Ubaté al finalizar el contrato.

En lo que se refiere a las obligaciones del arrendatario, acordadas en la cláusula octava del contrato, se pactó que la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., se comprometía a: *"1) **Administrar, operar, mantener por su cuenta y riesgo las instalaciones y equipos objeto del presente contrato.** 2) Prestar de manera eficiente el servicio de sacrificio de ganado y servicios asociados. 3) **Efectuar las inversiones pactadas, en el primer año y revertirlas al Municipio al finalizar el plazo del contrato.** 4) Colaborar y permitir las actuación (sic) y vigilancia de las autoridades sanitarias que ejerzan el control sanitario en el Matadero. 5) Colaborar con el Municipio y autoridades sanitarias en las campañas para la salud animal y en el desarrollo del sector ganadero en el Municipio. 6) Cobrar a nombre del Municipio el Impuesto de Degüello y transferirlo al Municipio, a más tardar dentro de los 15 días, siguientes al me (sic) del correspondiente recaudo. No habrá ningún reconocimiento por esta gestión..."*

De la sola lectura de los apartes transcritos del clausulado del contrato, surge con meridiana claridad que la sociedad contratista asumió la obligación de llevar a cabo y conseguir la financiación para la adecuación, complementación y explotación del matadero municipal por su propia cuenta y riesgo, lo cual se desprende del compromiso que adquirió consistente en realizar las respectivas inversiones en el matadero con dineros propios, así como de la obligación que asumió relativa a la administración, operación y mantenimiento de las instalaciones y equipos objeto del contrato por su propia cuenta y riesgo.

Así pues, comoquiera que el riesgo de conseguir financiación para adecuar y complementar el matadero y, en consecuencia, para ejecutar el objeto del contrato y los riesgos derivados de la explotación del matadero municipal se asignaron al Contratista, es dable concluir que en el presente asunto se configuró el primer elemento esencial del contrato de concesión, al que con anterioridad se ha hecho referencia en esta providencia.

Así mismo, encuentra la Sala que en el asunto que ahora se examina también se configuró otro elemento del contrato de concesión, este es el relacionado con la reversión de los bienes destinados al objeto de la concesión, el cual fue expresamente pactado por las partes en las cláusulas quinta y octava del contrato, tal como viene de verse.

Ahora bien, en cuanto a la vigilancia y control que deben ser ejercidos por la

entidad concedente respecto de la correcta ejecución de la obra o del adecuado mantenimiento o funcionamiento del bien o servicio concesionado, observa la Sala que en la cláusula sexta del contrato y en lo referente a las inversiones de adecuación y complementación del matadero municipal, se acordó que el Municipio designaría una de sus dependencias técnicas para inspeccionar las obras y vigilar la correcta ejecución de las mismas.

Igualmente, en la cláusula octava, la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., se comprometía a colaborar y a permitir la vigilancia de las autoridades sanitarias que ejercían el control en el matadero municipal.

De lo anotado se desprende que en el contrato se acordó que el municipio de Ubaté inspeccionaría y vigilaría la adecuación y explotación del matadero, superando de esa manera las habituales posibilidades de vigilancia que podría desplegar un arrendador respecto de la utilización que del bien arrendado lleva a cabo el arrendatario y cumpliendo con otro de los elementos propios del contrato de concesión.

Por último, encuentra la Sala que en cláusula novena del contrato se estipuló como remuneración en favor del contratista lo siguiente:

“A partir del 1 de Enero de cada año, el ARRENDATARIO tendrá derecho a cobrar una tarifa por los servicios de sacrificio de ganado; la tarifa será reajusta (sic) en un 20% cada año. Reajustes mayores al acordado serán sometidos a consideración del Municipio. Se acuerda para 1998 una tarifa de \$15.000 para ganado mayor y de \$5.750 para ganado menor. Las tarifas para los servicios adicionales serán fijadas por el ARRENDATARIO, de acuerdo con los precios del mercado...”.

En ese contexto, a partir de la cláusula transcrita es posible concluir que en el presente caso las partes pactaron en el contrato que con el producido de la explotación del bien, recuperaría el Contratista las sumas de dinero invertidas, remuneración que corresponde a una de las previstas por el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁸⁵ para la retribución del concesionario, configurándose de esta forma el cuarto elemento esencial del contrato de concesión.

Así las cosas, no hay duda de que el negocio jurídico que celebraron el Municipio de Ubaté y la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., reúne todos los elementos de un contrato de concesión de bien público de dominio fiscal, toda vez que el matadero municipal se encuentra en cabeza del municipio de Ubaté – *entidad concedente*-, el cual ejerce la inspección y vigilancia respecto de las obras y actividades asumidas por el concesionario, mismas que tras la expiración del plazo contractual se habrían de revertir al Municipio, a lo que se agrega que la remuneración para el concesionario provendría de los recursos por él obtenidos como consecuencia de la explotación del matadero municipal.

⁸⁵ “4o. Contrato de concesión

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

Ahora bien, más allá de la denominación que las partes le dieron al contrato, la cual deviene intrascendente cuando no se corresponde con las previsiones incluidas en el clausulado del mismo, lo que interesa a efectos de identificar el tipo contractual celebrado es la presencia de los elementos sin los cuales el negocio no produce efecto alguno o degenera en otro diferente y para la Sala los elementos del contrato celebrado entre el municipio de Ubaté y la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., son los propios de un contrato de concesión.

8. Terminación unilateral del contrato estatal de que trata el inciso 2° del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 y por cuya causa hoy se demanda.

De tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sección ha indicado que la potestad atribuida a las entidades estatales contratantes para que puedan dar por terminados de manera unilateral algunos contratos estatales, de conformidad con las diversas previsiones legales que se ocupan de la materia, es un género dentro del cual, a su turno, pueden distinguirse algunas especies, las cuales, aun cuando participan de ciertas notas comunes, contienen muchos y muy variados aspectos que las diferencian entre sí⁸⁶.

Dentro del aludido género de la terminación unilateral de los contratos estatales por decisión de la entidad contratante, se encuentra la terminación unilateral prevista en el inciso 2° del artículo 45 de la ley 80 de 1993 - *a cuya aplicación hay lugar cuando se configuran alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la citada ley* - y de la cual se ocupará la Sala en esta oportunidad por ser la que se aplicó en el caso del contrato que celebraron el municipio de Ubaté y la Sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., a través de los Decretos Nos. 058 y 066 de 1997, respecto de los cuales se solicita su nulidad.

Esta especie de la terminación unilateral del contrato, comparte con las demás, las siguientes características:

“Como aspectos comunes a todas esas figuras se pueden señalar, entre otros, a) el hecho de que en todos esos casos es la ley la que consagra, de manera expresa, la facultad para que la entidad estatal contratante pueda realizar su declaración; b) cada una de esas figuras produce, en principio, el mismo efecto, consistente en poner fin al respectivo contrato estatal, como quiera que el objeto de todas ellas es, precisamente, el de dar por terminado el contrato estatal en cuestión; c) como corolario obligado de la característica anterior, se impone destacar que la terminación unilateral del contrato en cualquiera de sus modalidades, por razones de lógica elemental, sólo es posible aplicarla en relación con contratos vigentes, puesto que resulta ontológicamente imposible dar por terminado un contrato que ya hubiere finalizado con anterioridad; d) la declaratoria correspondiente, en cuanto debe ser adoptada por una entidad estatal en desarrollo de su actividad

⁸⁶ Al respecto, ver, entre otras, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000030901; Radicación número: 15324; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000033901; Radicación número: 15599; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 25000-23-26-000-1994-00071-01; Radicación número: 14390; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 27001-23-31-000-2000-0033-0; Radicación número: 23361.

contractual, constituye un verdadero acto administrativo de naturaleza contractual; e) como obvia consecuencia de la nota anterior, cabe indicar que en todos esos casos el respectivo acto administrativo que pone fin a un contrato estatal de manera unilateral, será pasible de control judicial en virtud de la acción de controversias contractuales, cuyo ejercicio deberá realizarse dentro del término de caducidad establecido en la ley; f) una vez ejecutoriada la decisión administrativa que dispone o determina la finalización unilateral del correspondiente contrato estatal, será necesario proceder a la liquidación⁸⁷ del contrato estatal en cuestión”⁸⁸.

En tratándose de la terminación unilateral que regula el inciso 2° del artículo 45 de la ley 80 de 1993, se tiene que la norma dispone que el jefe o representante legal de la respectiva entidad estatal contratante debe dar por terminado el contrato, cuando respecto del mismo se hubiere configurado cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1°, 2° y 4° del artículo 44 de la citada Ley.

El mencionado artículo 44 prevé en dichos numerales las siguientes causales de nulidad absoluta:

“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 incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

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

(...)

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten...”.

En ese contexto, observa la Sala que el jefe o representante legal de la entidad contratante, con fundamento en el inciso 2° del artículo 45 de la Ley 80, tiene el deber legal de dar por terminado cualquier clase de contrato estatal, independientemente de su objeto, cuando en la celebración del mismo se hubiese configurado alguna de las causales de nulidad transcritas anteriormente y no podrá ejercer dicha potestad cuando la situación irregular no corresponda a alguno de los tres supuestos – *del artículo 44 de la ley 80* - ya enunciados.

Sobre este particular la Corporación expuso lo que se transcribe a continuación:

“(...)

Desde esta perspectiva resulta claro que el jefe o representante de la entidad estatal contratante se encuentra en el deber legal de declarar la terminación unilateral del contrato, mediante acto administrativo, con el fin de preservar el orden jurídico y el interés público, cuando quiera que se compruebe la existencia de alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1°, 2° y 4° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sin embargo, no podrá ejercer esta facultad, aunque existiere un vicio de nulidad absoluta que afectare la legalidad del contrato, cuando la situación irregular no

⁸⁷ Original de la cita:

Acerca de la liquidación de los contratos estatales y sus diferencias con la terminación de los mismos, así como acerca de las variadas modalidades de liquidación (bilateral, unilateral o judicial), oportunidades para su realización y demás aspectos relacionados con la liquidación de los contratos estatales, se encuentra el pronunciamiento que realizó la Sección Tercera del Consejo de Estado, contenido en la sentencia de diciembre 4 de 2006, proceso número 15239, radicación R-0507, actor DATA BASE SYSTEM LTDA.

⁸⁸ Tomada de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, del 2 de mayo de 2013. Rad. No. 23949.

corresponda a alguno de los supuestos establecidos en los tres numerales antes referidos, sencillamente porque la ley no le ha otorgado competencia para ello y, por tanto, en esos otros eventos la única opción que tendría la entidad sería la de demandar judicialmente la declaratoria de nulidad del contrato.

En virtud del principio de legalidad⁸⁹, principio básico en un Estado de derecho, las competencias de cada uno de los órganos y autoridades de la Administración Pública deben encontrarse asignadas por la Constitución Política o la ley de manera expresa, tal como lo ordena la Carta en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de dichos órganos se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos.

La jurisprudencia de la Sección Tercera⁹⁰ ha enseñado que la competencia constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, asumiendo que la incompetencia configura la regla general mientras que la competencia constituye la excepción, comoquiera que la misma se restringe a los casos en que sea expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo cual se explica si se tiene en cuenta que 'la incompetencia está enronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse'⁹¹.

Igualmente ha puntualizado sobre el vicio de incompetencia lo siguiente⁹²:

'(...) dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina⁹³, ha considerado que '...por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (Art. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador'⁹⁴.

⁸⁹ Nota original de la sentencia citada: La legalidad ha sido definida por Georges Vedel como "la cualidad de lo que es conforme a la ley. La legalidad expresa así la conformidad al derecho y es sinónimo de regularidad jurídica" Cfr. VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, traducción de la sexta edición francesa, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 219.

⁹⁰ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2006; Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Expediente: 13414.

⁹¹ Nota original de la sentencia citada: GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio, *Derecho Administrativo General*, 5ª edición, Editorial Marín Vieco Ltda., Medellín, 1995, p. 59.

⁹² Nota original de la sentencia citada: Nota original de la sentencia citada: Sentencia de 16 de febrero de 2006, Exp. 13414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁹³ Nota original de la sentencia citada: BETANCUR JARAMILLO, Carlos; *Derecho Procesal Administrativo* Señal Editora, 5ª ed.; pág. 209. Afirma el profesor Betancur, que el carácter de orden público que tienen las normas que atribuyen las competencias funcionales, "...permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aunque el demandante no la haya invocado en apoyo de su petición". Por su parte, en la doctrina argentina, la incompetencia en razón de la materia es considerada como un "vicio muy grave", calificación que hace que el acto sea inexistente, lo cual puede ser declarado de oficio en sede judicial (DROMI, Roberto; Ob. cit., Págs. 244 y 245).

⁹⁴ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196. Actor: Sociedad Brogra Ltda.

Con lo anterior, no se trata de desconocer el principio de jurisdicción rogada que distingue a la contencioso administrativa, sino de admitir que existen algunos eventos en los cuales tal característica debe ceder, en virtud de los más altos valores que se hallan en juego y que le corresponde defender al juez contencioso administrativo (...)’ (la negrilla no es del texto original).

La actividad contractual de la Administración no escapa al principio de legalidad, toda vez que en este ámbito sus actuaciones también deben someterse a claras y precisas competencias que se encuentran atribuidas por la ley, normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, máxime cuando se trata del ejercicio de prerrogativas que detenta la entidad estatal contratante; así pues, las facultades que por atribución legal ejercen las entidades del Estado cuando se relacionan con los particulares, mediante la contratación, requieren definición legal previa y expresa de la ley, puesto que es la propia ley la que establece los límites a la autonomía de la voluntad.

Es por ello que la terminación unilateral a cuya aplicación obliga el artículo 45 de la Ley 80, mal podría ejercerse en casos distintos a los expresamente previstos en esa norma legal⁹⁵.

Según la cita jurisprudencial que viene de verse, la terminación unilateral sólo debe ser declarada por el jefe o representante legal de la entidad contratante en aquellos eventos en los cuales, después de haber celebrado el contrato, encontrándose éste vigente, concurra alguna de las tres causales de nulidad absoluta a las que se hizo previamente referencia.

En el presente asunto, se observa que de conformidad con lo consignado en los actos administrativos demandados, el municipio de Ubaté, invocando el ejercicio de la facultad consagrada en el inciso 2° del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, resolvió terminar unilateralmente el negocio jurídico celebrado con la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., con sustento en la causal de nulidad absoluta contenida en el numeral 2ª del artículo 44 de la mencionada ley, disposición en virtud de la cual, los contratos del Estado son absolutamente nulos cuando **“se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”**.

En cuanto al alcance de la causal de nulidad absoluta de que trata el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia de la Corporación⁹⁶ ha sostenido que para que dicha causal se configure se requieren los siguientes presupuestos: 1) la violación al régimen de prohibiciones consagrado en normas constitucionales o legales o en cualesquiera otras con fuerza de ley y, 2) la prohibición respectiva sea expresa, *“bien sea en relación con i) el tipo contractual, como cuando las normas no permiten que el Estado haga donaciones a los particulares –art. 355 CP⁹⁷-, o en relación con ii) la celebración de un contrato,*

⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000030901; Radicación número: 15324; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000033901; Radicación número: 15599.

⁹⁶ Tomada de la sentencia proferida el 18 de marzo de 2010 por el Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. No. 14390. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁹⁷ Nota original de la sentencia citada: *“Art. 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.*

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida

dadas ciertas condiciones, como cuando no se autoriza que una concesión portuaria supere 20 años –ley 1 de 1991-, o un comodato supere 5 años –ley 9 de 1989”.

Sostuvo la Corporación en esa oportunidad, lo que a continuación se transcribe:

“(…)

De modo que no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato ‘... contra expresa prohibición constitucional o legal.’ Es necesario analizar, en cada caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente⁹⁸ (negrillas fuera del texto original).

Bajo esta perspectiva, se tiene que si con la celebración de un contrato estatal se violan normas constitucionales o legales, ello acarrea como consecuencia la nulidad absoluta del respectivo contrato, por cuanto toda vulneración del ordenamiento jurídico en asuntos de orden público dará lugar a la ilegalidad del acto correspondiente; pero no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos dará lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que se han dejado señalados: violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa y explícita.

A lo anterior se agrega que las normas que imponen sanciones o establecen prohibiciones, al igual que ocurre con las que consagran nulidades, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, por consiguiente, en relación con ellas no cabe su interpretación extensiva o su aplicación por vía de analogía, es decir que esa clase de disposiciones no puede aplicarse a casos, situaciones o hipótesis diferentes de aquellos que se encuentren expresamente regulados por las mismas.

(…)”.

Del contenido de los actos administrativos demandados se observa que las razones que adujo la alcaldesa del municipio de Ubaté para dar por terminado el contrato, obedecen al vicio de nulidad contemplado en la causal 2° del artículo 44 de la ley 80 de 1993 – *Se celebren contra expresa prohibición legal* -, que, según se expuso en el texto de los actos demandados, se habría configurado al adelantarse la selección del contratista sin acatar el procedimiento administrativo de licitación pública exigido para la celebración de un contrato de concesión y, en consecuencia, se habría incurrido en la prohibición legal consagrada en el numeral 8° del artículo 24 de la ley 80 de 1993, norma que, a la letra, dispone:

“las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley.

idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

⁹⁸ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006; Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Expediente: 31480.

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

En cuanto a la prohibición contenida en el numeral 8° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación ha sostenido que la misma no reúne los requisitos para ser catalogada como una “expresa prohibición legal” a la que se refiere la causal de nulidad absoluta contenida en el numeral 2° del artículo 44 de la citada ley.

Sobre ese particular discurrió así la Sección Tercera de esta Corporación:

Ahora bien, resulta pertinente establecer si la prohibición general que en materia contractual contiene el numeral 8° del artículo 24 de la Ley 80, enmarca dentro de la causal de nulidad absoluta consagrada en el citado numeral 2° del artículo 44 de la misma Ley 80.

El artículo 24-8 de la Ley 80 reza así:

‘Las autoridades no actuarán con abuso o desviación de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en esta ley. Igualmente les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos establecidos en el presente estatuto’ (subrayas fuera del texto original).

(...)

La conclusión a la cual ha arribado la Sala encuentra apoyo adicional en una consideración más, consistente en destacar que las prohibiciones expresas que, de manera imperativa, recoge el numeral 8° del artículo 24 de la Ley 80, según las cuales las autoridades administrativas no actuarán con desviación o abuso de poder y no podrán eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el Estatuto de Contratación Pública, por su contenido genérico y abstracto no están prohibiendo, de manera expresa y concreta, la celebración de un determinado contrato como se requeriría para su violación o desconocimiento configure la causal de nulidad absoluta establecida en el aludido numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80.

Lo anterior no significa, en modo alguno, que puedan considerarse válidas o lícitas las conductas de las autoridades administrativas mediante las cuales se desconozcan las prohibiciones expresas que trae la Ley 80 de 1993 en su artículo 24-8, puesto que es evidente que la pretermisión de las mismas también ha de viciar de nulidad absoluta el correspondiente acto o contrato; lo que aquí se examina y discute dice relación, exclusivamente, con la identificación de la causal específica que habrá lugar a invocar y a aplicar en cada caso particular, cuestión que cobra importancia en atención a las facultades que la ley ha otorgado a la Administración, según que se configure una u otra causal.

En efecto, cuando el hecho constitutivo de nulidad enmarca dentro de la causal prevista en el numeral 2° del artículo 44, la propia ley impone al Jefe de la Entidad Estatal el deber de dar por terminado el contrato, de manera unilateral, en el estado en que se encuentre, mientras que si tales hechos resultan constitutivos de la causal prevista en el numeral 3° ibídem, la Administración no podrá ejercer esta facultad y tan solo podrá acudir por vía

*judicial a demandar la nulidad absoluta del contrato*⁹⁹.

Según pone de presente la jurisprudencia en cita, es claro que si bien, tal como se indicó, en virtud del numeral 2° del artículo 45 de la ley 80 de 1993 el jefe o representante de la entidad contratante tiene el deber legal de terminar unilateralmente el contrato, cuando en la celebración del mismo se hubiese configurado alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1°, 2° y 4° del artículo 44 de la mencionada ley, observa la Sala que la omisión del procedimiento legalmente previsto para la selección del contratista no es constitutiva de la causal de nulidad absoluta contemplada en el numeral 2°, de suerte que no reúne los requisitos para ser catalogada como una expresa prohibición legal.

Así las cosas, viene a ser claro para la Sala que la alcaldesa del municipio de Ubaté no tenía competencia para dar por terminado el contrato, bajo el supuesto de *“haberse eludido el procedimiento de selección objetiva”* impuesto por la ley, esto es por no haberse adelantado el procedimiento administrativo de selección del contratista conforme la modalidad – *licitación pública* - que correspondía según la naturaleza del contrato – *de concesión* -, con lo cual los decretos demandados, en efecto, se encuentran viciados de nulidad por falta de competencia funcional, toda vez que los decretos apoyan la decisión de terminar unilateralmente el contrato por fuerza de la circunstancia anotada.

9. La nulidad absoluta del contrato suscrito el 23 de diciembre de 1997, por el municipio de Ubaté y la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda.

En el presente asunto, tal como se ya se dijo, el contrato que celebraron el municipio de Ubaté y la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., correspondía a un contrato de concesión y no a uno de arrendamiento, razón por la cual, y de conformidad con dispuesto en el numeral 1° del artículo 24 de la ley 80 de 1993 vigente para la época de celebración del contrato por cuya terminación unilateral se demanda¹⁰⁰, la selección del contratista debió haberse efectuado a través de

⁹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000030901; Radicación número: 15324; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000033901; Radicación número: 15599.

¹⁰⁰ *“Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:*

1. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

a) Modificado. D. 2150/95, art. 38; Modificado. D. 62/96, art. 1°. Menor cuantía para la contratación. Para efectos de la contratación pública se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos legales mensuales.

(...)

b) Empréstitos;

c) Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro;

d) Para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas;

e) Arrendamiento o adquisición de inmuebles;

f) Urgencia manifiesta;

g) Declaratoria de desierta de la licitación o concurso;

h) Cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación;

i) Bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional;

j) Cuando no exista pluralidad de oferentes;

licitación pública.

Sobre ese particular ha de precisarse que la mencionada ley estableció, como regla general, la realización de licitación pública o el concurso de méritos, según el caso y, como excepción, la contratación directa en aquellos contratos que taxativamente la norma la previera, como en el caso del contrato de arrendamiento; no obstante, en dichas excepciones el legislador no incluyó el contrato de concesión, mismo que, por lo tanto, ha de entenderse comprendido en la regla general de la aludida disposición y, por consiguiente, es dable concluir que el contrato suscrito por las partes debía acatar el procedimiento de licitación pública exigido de conformidad con lo previsto en la ley.

En ese sentido, si bien es cierto que no le era posible a la alcaldesa del municipio de Ubaté dar por terminado unilateralmente el contrato por fuerza de la mencionada circunstancia, no lo es menos que nada impide que, en aquellos casos en los cuales se demuestre la ocurrencia de alguna de las causales de nulidad absoluta del contrato, el juez, de oficio, proceda a declararla.

En efecto, el inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 estableció que *“la nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público y, por cualquier persona o declarada de oficio, ...”*; por su parte, el artículo 87 del C.C.A., en la forma en que fue modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 dispuso que *“[E]l juez administrativo queda facultado para declarar de oficio [se refiere a la nulidad absoluta] cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”*. En cuanto a las causales de nulidad absoluta de los contratos del Estado, el artículo 44 de la ley 80 de 1993 prescribe:

“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”*.

Ha de precisarse que no sólo se han adoptado como causales de nulidad absoluta los casos determinados en el artículo transcrito, sino también aquellos eventos

k) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas;

l) Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios, y

m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley.

(...)

8. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto” (subraya la Sala).

establecidos en el Código Civil como constitutivos de nulidad absoluta de los actos o contratos - según las previsiones de sus artículos 6 y 1741-.

Así las cosas, forzoso resulta concluir que los contratos estatales serán nulos de manera absoluta *i)* en los eventos previstos en los artículos 6 y 1741 del Código Civil y, *ii)* en los casos específicamente determinados en los numerales del transcrito artículo 44 de la Ley 80.

En ese contexto, al integrar en un solo y único listado todas las causales de nulidad absoluta, resulta posible señalar que las siguientes son las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales:

- a).- Los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley;*
- b).- Ilícitud en el objeto;*
- c).- Ilícitud en la causa;*
- d).- Falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes;*
- e).- Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración;*
- f).- Celebración del contrato con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley;*
- g).- Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal;*
- h).- Celebración del contrato con abuso o desviación de poder;*
- i).- Declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y*
- j).- Celebración del contrato 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 la propia Ley 80.*

Precisado lo anterior, a continuación la Sala procederá a examinar si en la celebración del ya mencionado contrato se eludió, o no, el procedimiento de licitación pública previsto para la escogencia del contratista y, en consecuencia, si en efecto se incurrió en alguna de las causales de nulidad absoluta atrás anotadas.

Antes que nada ha de decirse que la licitación pública es “*el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable*”, de ahí que dicha modalidad tenga por objeto escoger al contratista más idóneo y que ofrezca condiciones más favorables para la Administración y para los fines de interés público perseguidos con la contratación estatal.

El artículo 30 de la ley 80 de 1993 vigente para la época de celebración del contrato por cuya terminación unilateral se demanda, previó las reglas y etapas que rigen el procedimiento de selección del contratista bajo la modalidad de la licitación pública, las cuales resultan vinculantes tanto para la Administración como para los participantes de la convocatoria, así pues, dicha norma, por contener y reglar un procedimiento, participa del carácter de orden público y de obligatorio cumplimiento, con lo cual la Administración está en el deber de acatar sus mandatos, so pena de afectar la validez de la actuación, incluso del propio contrato.

Dice así – *textualmente* - el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 en ese entonces

vigente:

“Artículo 30º.- De la Estructura de los Procedimientos de Selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:

1o. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado.

De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta Ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.

2o. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta Ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.

3o. Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad, o a falta de estos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.

En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberán incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.

Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso.

4o. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia.

(...)

7o. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.

8o. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

9o. Los plazos para efectuar la adjudicación y para la firma del contrato se señalarán en los pliegos de condiciones o términos de referencia, teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y cuantía.

El jefe o representante de la entidad podrá prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la administración así lo exijan.

Dentro del mismo término de adjudicación, podrá declararse desierta la licitación o concurso conforme a lo previsto en este estatuto.

(...)

En el presente asunto se reitera que el contrato que celebraron el municipio de Ubaté y la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., era de concesión, razón por la cual se hacía indispensable adelantar el procedimiento administrativo de selección del contratista bajo la modalidad de licitación pública, según las reglas establecidas en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, la Sala procederá a analizar, de conformidad con el material probatorio que reposa en el expediente, si en efecto la Administración adelantó, o no, el procedimiento de selección del contratista según lo previsto en el artículo 30 de la ley 80:

En el caso que ahora se examina, encuentra la Sala acreditado que mediante la Resolución Administrativa No. 1447 – 97 del 18 de noviembre de 1997, el alcalde de Ubaté ordenó abrir “INVITACION PUBLICA, para obtener propuestas para el respectivo Contrato de arrendamiento”.

En comunicación del 28 de noviembre de 1997, dirigida a los señores “RADIO MELODIA”, se solicitó ordenar la publicación “en el espacio de mayor sintonía durante los días 29 de Noviembre, 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de Diciembre del presente año dos veces diarias”, de la invitación pública para arrendar las instalaciones del nuevo matadero municipal.

Se probó también que a través del documento contentivo del “ADENDO No. 1” se modificaron los términos de referencia en cuanto al plazo máximo para la entrega de las propuestas.

Mediante Acta No. 002 del 12 de diciembre de 1997, se llevó a cabo el cierre de la invitación pública y se dio apertura a la urna, la cual arrojó como resultado que se presentaron dos propuestas, la primera por el “CONSORCIO PRODUCTORA DE CARNES UBATE – P.C.U” y la segunda por la unión temporal UNITEMA.

Se encuentra acreditado, según “ACTA DE EVALUACION DE PROPUESTAS”, que el día 22 de diciembre de 1997, el Comité Evaluador, luego de estudiar las ofertas, recomendó adjudicar el contrato de arrendamiento del Nuevo Matadero de Ubaté al “Consortio PRODUCTORA DE CARNES UBATE, P.C.U.”.

Que mediante la Resolución Administrativa No. 1567A del 22 de diciembre de 1997, el Alcalde de Ubaté decidió “Adjudicar el Contrato de Arrendamiento del Nuevo Matadero de Ubaté al Consortio Productora de Carnes Ubaté, PCU”.

Se acreditó que el día 23 de diciembre de 1997, la “Sociedad PRODUCTORA DE CARNES UBATE PCU. LTDA” y el municipio de Ubaté celebraron el contrato de arrendamiento de las instalaciones, equipos y edificaciones del nuevo matadero del Municipio.

Así mismo, se encuentra probado que la decisión adoptada por la alcaldesa del municipio de Ubaté de terminar unilateralmente el contrato celebrado con la sociedad demandante, se sustentó en el hecho de haberse adelantado el procedimiento administrativo de selección eludiendo los requisitos propios de la licitación pública.

Sobre ese particular, a continuación se transcriben algunos apartes del decreto demandado No. 066 del 3 de noviembre de 1998¹⁰¹. Se dijo en él:

“(…)

“A juicio de la Administración Municipal, el proceso de selección objetiva previsto para este tipo de contratos de concesión por razón de la cuantía debió adelantarse por el procedimiento de la licitación pública, previsto en el artículo 30 del Estatuto de Contratación Administrativa. Del adelantado por la Administración Municipal en su oportunidad, se observa que omite gran parte de los requisitos, entre ellos: El aviso a la Cámara de Comercio y a Confecámaras conforme lo establece el Decreto 2125 de 1994, el acto administrativo por el cual se ordena la apertura de la Licitación Pública, previo los estudios sobre conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes y al presupuesto, los avisos en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción del Municipio de Ubaté, o constancia de su lectura por bando, o de su fijación en lugares públicos en los términos del numeral 3 del artículo en comentario, la audiencia de precisión al contenido y alcance de los pliegos de condiciones, la puesta a disposición de los oferentes de los informes de evaluación de las propuestas para que éstos presentarán las observaciones que estimaran pertinentes, etc.”.

¹⁰¹ El Decreto 066 del 3 de noviembre de 1998, confirmó la decisión de terminar unilateralmente el contrato, tomada en el Decreto 058 del 16 de octubre de 1998.

Ahora bien, en el presente asunto observa la Sala que, luego de cotejar el procedimiento administrativo que adelantó el municipio de Ubaté para la selección del contratista con el previsto por el artículo 30 de la ley 80 de 1993 antes transcrito, se tiene que el procedimiento adelantado por el Municipio, en efecto, omitió gran parte de las reglas a las que hace referencia el mencionado imperativo legal, tal como a continuación se muestra:

i) En primer lugar, ha de decirse que el acto administrativo que dio apertura a la invitación pública para el *“arrendamiento del Nuevo Matadero Municipal”* no se encontraba precedido de un estudio en el cual se hubiese analizado la conveniencia y la oportunidad del contrato, como tampoco la adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras y al presupuesto de la entidad, omitiendo de esa forma la exigencia prevista en el numeral 1° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

ii) Así mismo, no obra prueba en el expediente de que se hubiese cumplido con la exigencia establecida en el numeral 3° del mencionado artículo, relacionada con la publicación de los avisos, en tanto que no hay ningún elemento probatorio que dé cuenta de la publicación de la citada invitación pública en un diario de amplia circulación u otro medio de comunicación que posea la misma difusión o al menos de su lectura por bando; lo anterior, habida cuenta de que en el proceso sólo obra un oficio enviado a los señores *“RADIO MELODIA”*, a través del cual se les solicitó la publicación de la invitación pública para *“arrendar las instalaciones del nuevo matadero municipal”*, no obstante lo cual, no se acreditó que, en efecto, la mencionada emisora hubiese realizado la publicación pedida, incluso, no hay constancia de que la Administración hubiere efectuado pago alguno por ese concepto.

iii) No se observa prueba acerca de que se hubiese solicitado o la Administración hubiere celebrado la audiencia de precisión del contenido y alcance de los pliegos de condiciones a la que se refiere el numeral 4° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

iv) En lo que tiene que ver con el numeral 8° del mencionado artículo, que hace referencia a la posibilidad que tienen los oferentes de formular observaciones a los informes de evaluación de las propuestas, encuentra la Sala que no obra prueba en el expediente de que dichos informes hubiesen permanecido en la secretaría de la entidad por el término de cinco (5) días hábiles - *según lo prevé el numeral señalado* -, en aras de que los oferentes pudieran conocer su contenido y realizar, en caso de que lo consideraran necesario, las observaciones que estimaran convenientes.

Así pues, no cabe duda de que en el presente asunto se pretermitieron los requisitos de que trata el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, lo que lleva a concluir que, en efecto, se eludió el procedimiento administrativo de selección del contratista que debía haberse seguido, habida consideración de la naturaleza del contrato - *de concesión* -.

Adicional a lo anterior, encuentra la Sala probado que en el procedimiento de selección para la escogencia del contratista, participaron la unión temporal *“UNITEMA”* y el *“CONSORCIO PRODUCTORA DE CARNES UBATE – P.C.U”*¹⁰²,

¹⁰² Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera del 13 de mayo de 2004. Rad. No. 15321: *“Si bien un consorcio no constituye, en nuestro ordenamiento jurídico, una persona jurídica distinta a las partes que lo conforman, es indudable que sí es un ente de existencia temporal, distinto a quienes lo conforman y debe*

este último al que se le adjudicó el contrato mediante la Resolución Administrativa No. 1567A y, respecto del cual, valga precisar, no hay prueba que permita determinar quiénes lo conformaban, puesto que no obra ningún documento que dé cuenta de ello, toda vez que no se allegaron las propuestas y tampoco reposa en el expediente prueba acerca de la comunicación dirigida a la entidad respecto de la participación a título de Consorcio o de su representación en los términos exigidos por el artículo 7° de la Ley 80 de 1993¹⁰³.

Igualmente, se encuentra acreditado en el proceso, que si bien se le adjudicó el contrato al mencionado Consorcio, luego de revisar el texto del contrato, no figura el Consorcio como Contratista, sino la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., respecto de quien - *ha de precisarse* - no obra prueba de que hubiese integrado el Consorcio adjudicatario y tampoco de que estuviese facultada para representarlo y menos aún de que hubiere participado en el tan mencionado procedimiento administrativo de selección del contratista.

De ahí que resulte para la Sala razonable concluir que el contrato por cuya terminación unilateral se demanda, se celebró con un sujeto procesal distinto a aquel al que se le adjudicó el contrato, respecto del cual, se reitera, ni siquiera se cuenta con prueba acerca de que hubiese participado en el procedimiento administrativo de selección, circunstancia que claramente evidencia que el procedimiento administrativo de selección del contratista que adelantó el Municipio en ese entonces, se apartó completamente de la finalidad y propósito de la licitación pública, que no es otro que los interesados en contratar con el Estado puedan presentar en igualdad de oportunidades sus ofertas y se seleccione entre ellas la más favorable para la entidad.

Así las cosas, comoquiera que en el procedimiento que llevó a cabo el municipio de Ubaté para contratar la concesión de las instalaciones, equipos y edificaciones del matadero municipal, se pretermitieron las reglas del procedimiento administrativo de licitación pública que la ley –*artículo 30 de la ley 80 de 1993*– imponía para la selección del contratista, razonable resulta concluir que dicha circunstancia da lugar a que se configure la causal de nulidad prevista en el artículo 6 del Código Civil - *incorporada en el Estatuto Contractual* -, consistente en la vulneración de normas legales de orden público, en este caso, de las que condicionan el procedimiento de formación del contrato.

En ese orden de ideas, habida cuenta de que se halla demostrado que el contrato

actuar, durante su vigencia, debidamente representado por el representante voluntario, designado por las propias partes en el contrato de consorcio”.

¹⁰³ Artículo 7°.- *De los Consorcios y Uniones Temporales. Para los efectos de esta Ley se entiende por:*

1. Consorcio: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

(...)

Parágrafo 1°.- Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

(...)”.

que suscribieron las partes de la referencia se encuentra viciado de nulidad absoluta, la Sala procederá a efectuar la correspondiente declaratoria oficiosa.

10. Restituciones mutas.

Llegados a este punto corresponde precisar que el contrato en torno al cual gira la presente controversia, se celebró el 23 de diciembre de 1997, es decir en vigencia de la Ley 80 de 1993, de ahí que se hace imperioso examinar el alcance de dicha normatividad en cuanto tiene que ver con los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta de un contrato de ejecución sucesiva, como es el contrato de concesión.

Sobre el particular el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, prevé lo que se transcribe a continuación:

“Artículo 48º.- 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”.

De conformidad con la norma en cita se tiene que la nulidad absoluta de un contrato, además de hacerlo desaparecer de la vida jurídica desde el mismo momento de su celebración, también genera otros efectos, consistentes en el reconocimiento y pago de las prestaciones que hubieren sido ejecutadas hasta el momento en que se ordene la declaratoria judicial de nulidad.

En ese orden de ideas, la regla contenida en el artículo 48 de la Ley 80 constituye una regla especial y diferente frente a aquellos que en punto a los efectos de la declaratoria de nulidad establecen los artículos 1746 y 1525 del Código Civil, por virtud de los cuales la declaración de nulidad tiene entre las partes un efecto retroactivo, en la medida en que da lugar a la retroacción de los efectos producidos por el acto o contrato antes de su exclusión del mundo jurídico por parte del juez, salvo en el caso en el cual la causa de la anulación la hubiere constituido la ilicitud del objeto o de la causa con el conocimiento de las partes. Ése, precisamente, es el alcance de lo dispuesto por el inciso primero del artículo 1746 C.C., a cuyo tenor *“la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”*; y en relación con esta última frase, el artículo 1525 C.C. establece que *“no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”*.

El contenido de las dos precitadas disposiciones es aquel cuya aplicación a la contratación estatal inhibe el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, en cuanto tiene que ver con el rubro que de las restituciones mutuas aborda este último precepto, cuales son *“las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria”* de nulidad del contrato; sin embargo, las prestaciones contractuales no son el único concepto que debe tomarse en consideración al momento de adoptar las decisiones que correspondan en punto a las restituciones que han de sobrevenir a la anulación de un acto o contrato, pues igualmente debe resolverse lo que

corresponda en lo atinente a rubros como los frutos y las mejoras de los bienes comprometidos en la relación contractual, elementos éstos que no necesariamente deben formar parte de las prestaciones a las cuales se habían comprometido las partes en el negocio posteriormente anulado.

En relación con esos otros rubros, diversos de *“las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria”* de nulidad, nada prevé el plurimencionado artículo 48 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual cuando quiera que los anotados conceptos — intereses, frutos, mejoras — no se hayan incluido en el contenido de las prestaciones del negocio jurídico, en defecto de regulación expresa de la materia en el Estatuto de Contratación Estatal, ha de darse aplicación a lo normado en el inciso segundo del artículo 1746 del Código Civil, el cual dispone lo siguiente:

“En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles y voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”.

De frente al caso concreto encuentra la Sala que el contrato que se impone anular se celebró bajo la modalidad de tracto sucesivo, por lo cual, en relación con las restituciones mutuas y de conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, se debe determinar el valor de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

Para esos efectos, sea lo primero señalar que el denominado por las partes contrato de arrendamiento, correspondía realmente a un contrato de concesión, respecto del cual se acordó un plazo de duración de 6 años *“contados a partir de la entrada efectiva en operación del matadero, la cual se acordó como fecha máxima el 15 de febrero de 1998”*.

Así mismo, en la cláusula quinta del mencionado contrato se pactó la cláusula de reversión propia de los contratos de concesión, en los siguientes términos:

“(…)

QUINTA.- Las inversiones que realice el ARRENDATARIO, pasarán a la propiedad del Municipio al finalizar el contrato...”

Se probó también que las partes de común acuerdo liquidaron el contrato el 11 de noviembre de 1998, acto en virtud del cual, el municipio de Ubaté se comprometió a pagar la suma de ciento veintiocho millones quinientos once mil quinientos sesenta y dos pesos con cuarenta centavos (\$128'511.562,40), monto que correspondía al pago de las inversiones y prestaciones ejecutadas por la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., suma que, de acuerdo con los comprobantes de pago que se arrimaron al proceso, fue cancelada por el Municipio:

“El Municipio se obliga a:

<i>El pago de las inversiones efectuadas en El matadero Municipal, conforme los ítems analizados y revisados por la comisión técnica,</i>	<i>\$83'599.737,64</i>
---	------------------------

<i>que se discriminan en el documento denominado relación de inversiones efectuadas – ajuste a 11 de Noviembre de 1998, presentado por la Sociedad Productora de Carnes Ubaté,</i>	
<i>El pago del suministro e instalación de oficina de acuerdo con la discriminación establecida en el documento presentado por el Contratista</i>	\$41'911.052
<i>El pago de la adecuación y equipos de oficina de acuerdo con la discriminación establecida en el documento presentado por el Contratista</i>	\$730.800
<i>El pago por Montaje operativo de acuerdo con la discriminación establecida en el documento presentado por el Contratista</i>	\$2'270.000
<i>TOTAL.....</i>	<i>\$128'511.562,4</i>

Igualmente, de la liquidación se desprende que la sociedad Productora de Carnes Ubaté se comprometió a entregarle al Municipio el día 14 de noviembre de 1998 las “*instalaciones del matadero municipal, los equipos, anexidades y demás*”, lo cual ocurrió en la fecha dispuesta para ello.

Así mismo, del texto del mismo documento se desprende que el Contratista dejó, entre otras, las siguientes salvedades:

“(..)

d) Que en la liquidación no hubo acuerdo, conciliación o transacción respecto de los siguientes aspectos:

A.- La parte del Montaje Operativo, no reconocida en esta liquidación.

B.-Responsabilidad civil del Municipio de conformidad con el Artículo 50 de la Ley 80 de 1993.

e) Que como consecuencia respecto de los aspectos no conciliados, quedan los Contratistas en libertad de que ellos se diriman ante la jurisdicción competente a través de las acciones ordinarias o especiales a que hubiere lugar”.

Ahora bien, valga precisar que en tratándose de la reversión en los contratos de concesión, la misma implica que “*al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados y colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio..., pasarán ipso-facto a ser propiedad de la Nación - o de la entidad oficial contratante - como accesorios a ésta y a título de reversión, sin pago de indemnización alguna a favor del contratista. En relación con el contrato de concesión, cuando opera la reversión, no se consolida derecho a compensación alguna en favor del concesionario, existiendo en cabeza de éste una remuneración que se ha ido produciendo en la medida en que el contrato se encuentra en vía de ejecución y desarrollo, lo que le permite amortizar los costos de la inversión*”¹⁰⁴.

En ese orden de ideas, en principio, las obras y bienes que se ejecuten por parte del Contratista para la prestación del objeto de la concesión, tras la expiración del

¹⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia C-250 de 96; Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

plazo contractual pasarían a ser de propiedad de la entidad contratante y cuyo costo, así como la correspondiente utilidad para el concesionario, derivarían de los recursos por el Contratista obtenidos como consecuencia de la explotación del objeto concesionado, durante el termino de duración del contrato - pactado por las partes -.

No obstante lo anterior, encuentra la Sala que en el presente asunto si bien es cierto que se trataba de un contrato de concesión, en cuyo caso operaba la reversión, no lo es menos que el mismo se encuentra viciado de nulidad absoluta, con lo cual la cláusula de reversión pactada en el contrato no estaría llamada a producir los efectos jurídicos propios de esa figura, máxime que, según se observa, el contrato sólo alcanzó a ejecutarse por aproximadamente diez (10) meses, siendo que el plazo de duración pactado en el contrato era de seis (6) años, con lo cual no es posible aseverar que en este caso el costo de la inversión realizada por el Contratista se amortizó con la explotación del objeto concesionado, requisito indispensable para que pueda operar la figura de la reversión, de ahí que en el caso que ahora se examina, las inversiones realizadas por el contratista no serán tenidas en cuenta como bienes sujetos a reversión por las razones acabadas de exponer.

Ahora bien, precisado lo anterior, observa la Sala que las partes liquidaron bilateralmente el contrato en mención, consignando de esa forma su aprobación y acuerdo respecto de las prestaciones e inversiones ejecutadas por el Contratista y los valores adeudados por la entidad contratante por ese concepto.

Es del caso precisar que si bien la liquidación bilateral se realizó respecto del contrato que se impone anular y, en ese orden de ideas, la consecuencia es que opere el fenómeno del decaimiento respecto de ese acto¹⁰⁵, no lo es menos que éste ya surtió sus efectos, en tanto que, según se desprende de su propio texto, las partes acordaron unos valores por concepto de las prestaciones e inversiones ejecutadas por la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., que ya fueron cancelados por el municipio de Ubaté.

Así pues, comoquiera que en la liquidación se refleja el acuerdo al que llegaron las partes respecto de las inversiones y prestaciones ejecutadas por la sociedad en desarrollo del referido contrato y habida cuenta que no hay elementos probatorios que permitan determinar las inversiones y prestaciones y, menos aún, el valor de las mismas, la Sala le otorgará pleno valor a lo zanjado por las partes en la liquidación y, en consecuencia, no ordenará restituir suma alguna por esos

¹⁰⁵ “El decaimiento de un acto administrativo, entre otras circunstancias, se produce cuando las disposiciones legales o reglamentarias sobre las cuales se sustenta o se fundamenta su expedición desaparecen del ordenamiento jurídico, como consecuencia, bien de la declaratoria de inexecutable o de la nulidad de la norma en la cual se sustenta el acto administrativo, lo cual genera su decaimiento; este fenómeno también se presenta si los actos administrativos son anulados o suspendidos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa; una vez ocurre el decaimiento de un acto administrativo, la consecuencia jurídica que se produce es impedir que hacia el futuro siga produciendo efectos.

(...)

El artículo 66 del Código Contencioso Administrativo dispone:

“Artículo 66. Pérdida de fuerza ejecutoria. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

(...)

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho (...).”

La jurisprudencia de esta Corporación¹⁰⁵ ha señalado que “... todos los actos administrativos, ya que la ley no establece distinciones, en principio, son susceptibles de extinguirse y, por consiguiente, perder su fuerza ejecutoria, por desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico...”.

conceptos, en tanto que el municipio de Ubaté ya canceló el valor de las prestaciones ejecutadas por el Contratista.

De otro lado, observa la Sala que si bien en la liquidación bilateral existió un acuerdo en relación con las inversiones y prestaciones ejecutadas por la Contratista relacionadas anteriormente, no se logró arreglo respecto de la suma correspondiente al montaje operativo, no obstante lo cual, no encuentra la Sala ningún elemento demostrativo en el proceso que permita tener por acreditado que la suma que por ese concepto le fue cancelada a la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., era inferior a la que realmente le correspondía, de ahí que no será procedente condenar al Municipio a pagar suma alguna por ese ítem.

Ha de precisarse que si bien obra en el expediente un dictamen pericial, el cual arrojó unos valores superiores a los reconocidos y acordados por las partes en la liquidación bilateral por concepto de "*inversiones en obra civil, costos financieros y montaje empresarial y operativo*", observa la Sala que dicha prueba pericial se encuentra sustentada en meras afirmaciones de los peritos, carentes de explicación de los fundamentos que permitieron establecer esos valores y sin que se allegaran los soportes necesarios que los llevaron a esa conclusión, afirmaciones que, por lo demás, corresponden únicamente a lo dicho por el Contratista, por lo que, bajo esas circunstancias, la prueba pericial no pueda conducir al convencimiento sobre la veracidad de las conclusiones a las que llega¹⁰⁶.

Por último, ha de señalarse que no hay lugar a ordenar restitución alguna por concepto de frutos, toda vez que no sólo no existe prueba de que la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., hubiese procedido de mala fe, sino que, además, se encuentra acreditado que el bien objeto del contrato – *el matadero municipal* - fue restituido al citado Municipio.

Así mismo, tampoco hay lugar a condenar al pago de mejoras, en tanto que no existe prueba en el expediente que permita tener por acreditada la existencia de mejoras diferentes a las reconocidas en la liquidación bilateral.

11. No hay lugar a condena en costas.

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2003, por el

¹⁰⁶ El artículo 241 del Código de Procedimiento Civil señala que al valorar o apreciar el juez el dictamen de los peritos, el juez tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Con esto se quiere significar que el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está obligado a aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, y en su lugar:

1.- DECLARAR la nulidad de los Decretos Nos. 058 del 16 de octubre de 1998 y 066 del 3 de noviembre de la misma anualidad, proferidos por la alcaldesa del municipio de Ubaté.

2.- DECLARAR la nulidad absoluta del contrato celebrado el día 23 de diciembre de 1997, entre el municipio de Ubaté y la sociedad Productora de Carnes Ubaté Ltda., por las razones expuestas en la parte motiva de este pronunciamiento.

SEGUNDO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda

TERCERA.- Sin condena en costas.

CUARTA.- En firme esta providencia expídanse las copias auténticas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

HERNAN ANDRADE RINCON

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA