



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B**

Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C., 2 de mayo de 2016
Expediente: 31430
Radicación: 68001-23-15-000-2002-00265-01
Actor: Clemente Gómez Araque
Demandados: Municipio de Oiba
Naturaleza: Controversias contractuales

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia del 11 de marzo del 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se declaró la nulidad de los actos administrativos enjuiciados y se condenó a la parte demandada al pago de perjuicios materiales. La sentencia será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

El señor Clemente Gómez Araque solicita la declaratoria de nulidad de los actos administrativos proferidos por el municipio de Oiba que declararon la terminación unilateral del contrato de concesión del servicio de matadero (Resoluciones 259 del 3 de octubre de 2001 y 276 del 26 de octubre de 2001), motivados en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley 80 de 1993.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1. Mediante escrito presentado el 19 de diciembre de 2001 ante el Tribunal Administrativo de Santander (f. 76-89 c. 1), el señor Clemente Gómez Araque presentó oportunamente, y a través de apoderado judicial, demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra el municipio de Oiba, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERO: *Que son Nulas las Resoluciones núms. 259 de octubre 3 de 2001 y 276 de octubre 26 de 2001, expedida (sic) por el Alcalde Municipal de Oiba, mediante las cuales, respectivamente, se declaró por una parte, la terminación unilateral del Contrato de Concesión del Matadero Municipal suscrito entre el Municipio de Oiba y el señor Clemente Gómez Araque el 26 de diciembre de 2000 y, por la otra, se resuelve el recurso de reposición interpuesto confirmándose lo anterior.*

SEGUNDO: *Que como consecuencia de la anterior declaración se decrete el incumplimiento por parte del Municipio de Oiba, a partir del día 26 de octubre de 2001, del Contrato de Concesión del Matadero Municipal suscrito entre el Municipio de Oiba y el señor Clemente Gómez Araque el 26 de Diciembre de 2000.*

TERCERO: *Que el Municipio de Oiba es responsable de la totalidad de los perjuicios de orden material causados al señor CLEMENTE GÓMEZ ARAQUE, como consecuencia del incumplimiento al Contrato de Concesión del Matadero Municipal suscrito entre el Municipio de Oiba y el señor Clemente Gómez Araque el 26 de diciembre de 2000.*

CUARTO: *Condénase al MUNICIPIO DE OIBA al reconocimiento y pago a favor del señor CLEMENTE GÓMEZ ARAQUE, del valor de los perjuicios de orden MATERIAL –daño emergente y Lucro cesante- que le fueron ocasionados por el incumplimiento contractual aludido, monto que debe ser actualizado en su valor conforme a lo previsto en el artículo 178 del C.C.A.*

así:

4.1.-PERJUICIOS MATERIALES: *Los siguientes aspectos*

-El daño emergente:

4.1.1. *De una parte, la suma de SETENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS, los cuales equivalen al dinero que ha dejado de percibir el demandante como consecuencia de la terminación unilateral e intempestiva de su contrato de concesión de fecha 26 de diciembre de 2000. Este comprende las sumas dejadas de recibir por todo el tiempo transcurrido desde el día 26 de octubre de 2001, al momento de la ejecutoria de resolución de terminación unilateral al resolverse el recurso de reposición interpuesto contra dicho acto; y, hasta el momento en que se tenía prevista la terminación del contrato de concesión que se encontraba en normal ejecución, esto es el 28 de febrero de 2003.*

4.1.2. *Se solicita indemnización por el dinero perdido por el demandante en la contratación con la Firma INAC Ltda., esto es la suma de TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$3.500.000.00), suma que el señor Clemente Gómez tuvo que transar con ocasión del incumplimiento del contrato de obra celebrado con la firma INAC LTDA. para la construcción de un horno crematorio, como consecuencia de la terminación anticipada del contrato; obra que el demandante había quedado obligado a construir según el contrato de concesión celebrado*

con la entidad demandada.

4.1.3. El dinero que el señor CLEMENTE GÓMEZ ARAQUE tuvo que cancelar a los faenadores de carne: HERIBERTO CAGUA CORREDOR, DORA MIREYA PEÑUELA, JOSÉ GERARDINO SANABRIA, MARCOS ANÍBAL ACEVEDO, LUIS ALBERTO CAGUA CORREDOR, MARÍA EUGENIA CORREDOR y al administrador de personal HAMILTON RODRÍGUEZ ESPINOSA a título de transacción con ocasión de la terminación intempestiva de sus contratos de prestación de servicios por un valor total de CUARENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$45'200.000.00).

4.1.4. El dinero que el señor CLEMENTE GÓMEZ ARAQUE tuvo que cancelar con ocasión de la publicación de su contrato, esto es la suma de SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$743.850.00)

4.1.5. Valor sufragado para constituir la póliza del contrato, esto es la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$252.425.00)

- El lucro cesante:

Al no haber percibido el dinero de contraprestación del contrato esto es la suma de \$75'600.000.00 en la oportunidad contractual establecida, produce un interés comercial [legal y moratorio] que debe resarcirse por la entidad contratante desde la fecha de la declaratoria de caducidad del contrato hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia. [la tasa de interés será la corriente bancaria, pero deberá aplicársele la fórmula prevista en el inciso segundo del numeral 8 del art. 4 de la Ley 80 de 1993). Igualmente dichos intereses deberán liquidarse sobre todos los montos que el accionante deberá pagar con ocasión de los acuerdos transaccionales a que ha llegado con ocasión del incumplimiento de los contratos respectivamente, con la firma INAC LTDA., con los faenadores de carne HERIBERTO CAGUA CORREDOR, DORA MIREYA PEÑUELA, JOSÉ GERARDINO SANABRIA, MARCOS ANÍBAL ACEVEDO, LUIS ALBERTO CAGUA CORREDOR, MARÍA EUGENIA CORREDOR, y con el señor HAMILTON RODRÍGUEZ ESPINOSA. De ser necesario el Tribunal ordenará la liquidación de estos montos con posterioridad a la sentencia mediante incidente.

1.1. La demanda presentó como sustento de sus pretensiones lo siguiente:

1.1.1. El 26 de diciembre de 2000, el municipio de Oiba y el señor Clemente Gómez Araque celebraron un contrato de concesión cuyo objeto era la

explotación del sistema de operación y la prestación del servicio de sacrificio de ganado bovino y porcino en el matadero municipal.

1.1.2. Previo a serle adjudicado el contrato al señor Gómez Araque, la entidad aquí demandada determinó la necesidad de entregar en concesión la administración del matadero porque, siendo manejado por el municipio, éste arrojaba pérdidas. Por ello, previa recomendación de la secretaría de hacienda de Oiba, el municipio inició el respectivo procedimiento de selección en donde resultó favorecido el demandante.

1.1.3. Para el demandante, los motivos en que se sustentó el acto administrativo endilgado se basan en suposiciones. Según el libelista, la administración fundamentó su determinación en que ***“se podría sobrevenir el incumplimiento del contratista pudiendo llegar a verse afectado el interés general y a afectar gravemente la prestación del servicio público”***¹ (Negrillas originales de la demanda).

1.1.4. Expone el escrito que en la decisión administrativa se *“pronosticó simplemente la posibilidad de que el contrato en el futuro pudiera ser incumplido por el Concesionario”*². Así mismo se señala que en los actos reprochados se confundió la figura de terminación unilateral con la de caducidad.

1.1.5. La parte actora sostiene que el incumplimiento en la construcción de un horno crematorio para incinerar desechos no se produjo. Manifiesta que *“si bien es cierto que dicha obligación a cargo del concesionario se consignó en el texto contractual también lo es que para el cumplimiento del mismo se concedió el término de un año a partir de la suscripción del contrato, término que a la fecha de la declaratoria de terminación unilateral se encontraba vigente pues dicho plazo debía vencer el 26 de diciembre del año 2001”*³. Añade que la demandada confunde el incumplimiento contractual con la necesidad del servicio público, que ocasiona la terminación unilateral.

1.1.6. Aduce el demandante que el municipio responsabilizó al contratista de no efectuar *“otras adecuaciones locativas”*, cuando en realidad la cláusula sexta del contrato señalaba *“la atribución de efectuar obras que se requieran para una mejor prestación del servicio de manera potestativa y no obligatoria”*⁴, por lo que no se configura el incumplimiento.

1.1.7. Indica que el municipio le endilgó al contratista el incumplimiento contractual basado en el deficiente manejo de desechos líquidos y sólidos, siendo una circunstancia imputable a la entidad territorial que le entregó al concesionario unas instalaciones sin una planta para el tratamiento de agua ni acabados, pisos, muros y áreas de cuarentena para el sacrificio.

1.1.8. Señala que el municipio argumentó la pérdida de *“la oportunidad de prestar un mejor servicio al público (...) y que igualmente está dejando de*

¹ F. 78 – c.1.

² Ibíd.

³ Ibíd.

⁴ Ibíd.

*percibir una mejor ganancia*⁵, circunstancia que contradice los estudios realizados por la propia entidad y que no le permite la invocación de exigencias del servicio público para justificar la decisión adoptada.

1.1.9. Como el contrato *“tenía por objeto tan solo la explotación del matadero y en las obligaciones consignadas a cargo del contratista no estaba la de dotarlo*⁶, según el demandante el acto demandado contiene un motivo *“falso y amañado*⁷ que ignora la posibilidad del municipio de realizar otras acciones (como dotar el matadero para mejorar el servicio) en lugar de terminar unilateralmente el contrato.

1.1.10. De acuerdo con la demanda, la administración motivó el acto acusado en *“algunas supuestas manifestaciones de interés por parte de la CAS, de convertir el matadero municipal en uno regional, en las que se preveía la recomendación de que el matadero estuviera bajo la responsabilidad directa del municipio.”*⁸

1.1.11. Dice la demandante que su contraparte argumentó la restricción al ingreso de los funcionarios municipales encargados de la inspección sanitaria y ambiental del matadero por parte del contratista. Indica la actora que esta afirmación es falsa y que, de haber sido cierta, existían otras medidas que no fueron tomadas por la entidad territorial distintas a la terminación unilateral (v. gr. la aplicación de sanciones policivas y administrativas, o la declaratoria de caducidad del contrato).

1.1.12. En contra de la Resolución nº 259 de 2001 donde se tomó la decisión de terminar unilateralmente el contrato de concesión se interpuso el recurso de reposición. La decisión de la administración municipal fue confirmada mediante Resolución 276 de 2001.

1.1.13. El contrato de concesión terminado unilateralmente no fue liquidado por la administración municipal.

1.2. Como fundamento jurídico de las pretensiones, el demandante indicó que las circunstancias descritas eran violatorias de los artículos 2, 6, 25, 83 y 124 de la Constitución Política; 23, 26 numerales 1, 2 y 4, 27, 28, 50 y 51 de la Ley 80 de 1993; y 1602, 1603 y 1613 del Código Civil.

II. Trámite procesal

2. El 26 de septiembre de 2002 el Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda (f. 92 c. 1). Posteriormente, la parte actora presentó adición a la demanda el 20 de noviembre de 2002 (f. 93-94 c. 1), que fue admitida por el mencionado tribunal el 16 de diciembre de 2002 (f. 100 c. 1)

3. El municipio de Oiba, a través de apoderado judicial, **contestó la demanda** de forma oportuna el 27 de marzo del 2003 (f. 105-113 c. 1).

⁵ F. 79 – c.1.

⁶ Ibíd.

⁷ Ibíd.

⁸ F. 79 - 80 – c.1.

3.1. En su escrito de contestación, el municipio se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda alegando que actuó conforme a derecho, y en procura de finalidades superiores.

3.2. Asegura la entidad territorial demandada que no le imputó al contratista *“un incumplimiento, lo que se adujo es que sobrevendrían circunstancias atribuibles al contratista que afectarían gravemente la prestación del servicio público y atentaría contra el interés general”*⁹.

3.3. Aludiendo a las motivaciones contenidas en los actos administrativos cuya nulidad se reclama, la defensa sostuvo que no son ciertas las afirmaciones contenidas en la demanda y expuso las razones para llegar a la determinación de terminar el contrato:

3.3.1. El requerimiento que hiciese la Corporación Autónoma de Santander al municipio, mediante Resolución nº 02927 del 25 de octubre de 2000, para que la autoridad diera cumplimiento a la construcción de un horno crematorio para la incineración de residuos sólidos, y la adopción de un plan de manejo para mitigar, compensar y solucionar las alteraciones que produce la actividad del matadero municipal.

3.3.2. La construcción del mencionado horno crematorio, que según la parte demandada, le correspondía al señor Gómez Araque, en virtud del párrafo de la cláusula sexta del contrato de concesión, carga que al momento de la expedición del acto no había sido satisfecha por el contratista. Ello hacía *“inminente la sanción de la autoridad ambiental al Municipio de Oiba”*; condujo a la afectación del servicio, y causó *“un perjuicio a la salubridad y bienestar de la comunidad”*¹⁰.

3.3.3. La administración municipal estaba *“perdiendo la oportunidad de prestar un mejor servicio al público”* a pesar de *“la excelente ubicación y la posibilidad de crecimiento”*. En esa medida, refiere que un estudio de abril de 2001 sobre el funcionamiento y estado del matadero indicó que, cotejando las cifras de ingresos del matadero y las utilidades del contratista, ello no traería beneficios al municipio. Por lo tanto, considerando las recomendaciones de dicho estudio, estas conducían a que si la entidad administraba directamente el establecimiento *“podría generar ingresos propios mensuales aproximadamente de tres millones de pesos en esa vigencia”*¹¹.

3.3.4. Las *“políticas del gobierno central”* que tenían como finalidad la racionalización del gasto público y la reducción del déficit fiscal. Bajo esas condiciones, la administración de la época no encontraba *“razonable ni conveniente presupuestalmente que se siga manteniendo un contrato que a todas luces está generando una pérdida (sic) económica para la entidad”*¹².

⁹ F. 106 – c.1.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ F. 107 – c.1.

¹² *Ibíd.*

3.3.5. La manifestación del interés por parte de la Corporación Autónoma de Santander de “convertir el matadero de Oiba en uno de categoría sub-regional”, medida que reportaría beneficios para el municipio, pero que requería, como circunstancia indispensable, que el matadero estuviera bajo la responsabilidad directa de la administración municipal.

3.4. El ente municipal adujo que no son ciertos los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos por la parte actora, y afirmó que la administración aplicó la figura de terminación unilateral del contrato estatal y no la de caducidad, “cuando encontró que no solamente el servicio se encontraba gravemente afectado, sino que además las condiciones económicas del mismo no eran (sic) precisamente las mejores para el Municipio”.¹³

3.5. La demandada fundamentó jurídicamente sus afirmaciones en los artículos 3, 14 y 17 de la Ley 80 de 1993; la Ley 617 de 2000; y los artículos 2 y 209 de la Constitución Política de Colombia.

4. Mediante auto del 9 de noviembre de 2004, el Tribunal Administrativo de Santander corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (f. 243 c.1), oportunidad que únicamente utilizaron las partes. El Ministerio Público guardó silencio.

4.1. La demandante manifestó (f. 244-247 c.1), en esta etapa, que: (i) se produjo la ruptura del equilibrio contractual en su contra; (ii) se violó el principio “*pacta sunt servanda*” y; (iii) se produjo un “daño cierto y especial” en contra de la parte actora.

4.2. Por su parte, la demandada (f. 248-249 c.1) sostuvo que en el proceso se demostró el incumplimiento contractual del señor Gómez Araque, en donde se ocasionaron graves problemas sanitarios en la zona, y que justificaron la medida tomada por el municipio de Oiba a través de los actos acusados.

5. A través del fallo calendado el 11 de marzo de 2005, el Tribunal Administrativo de Santander (f. 278-308 c. principal) declaró la nulidad de las Resoluciones n°. 259 del 3 de octubre de 2001, y n°. 276 del 26 de octubre de 2001, expedidas por la alcaldía municipal de Oiba; y condenó en abstracto al ente territorial demandado por concepto de lucro cesante vencido o consolidado:

“PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de los siguientes actos administrativo (sic) expedido por el Alcalde Municipal de Oiba: Resolución No. 259 del 3 de octubre de 2001 y Resolución No. 259 de octubre 26 de 2001, por las cuales se dio por terminado de manera unilateral el contrato de concesión del matadero municipal celebrado entre el municipio de Oiba y el demandante CLEMENTE GOMEZ ARAQUE en fecha 26 de diciembre de 2000.

¹³ *Ibíd.*

SEGUNDO: CONDÉNASE EN ABSTRACTO al MUNICIPIO DE OIBA, a pagar por concepto de PERJUICIOS MATERIALES, en la modalidad de LUCRO CESANTE VENCIDO o CONSOLIDADO a favor del demandante CLEMENTE GÓMEZ ARAQUE la suma que resulte del trámite incidental que deberá iniciarse a tenor de lo dispuesto en los artículos 172 del Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta las bases señaladas en la parte motiva de esta providencia.

*TERCERO: DENIÉGANSE las restantes súplicas de la demanda. (...)*¹⁴

5.1. La sentencia de primera instancia estima, en líneas generales, que en desarrollo de la relación contractual existente entre el municipio de Oiba y el señor Clemente Gómez Araque, *“el contratista cumplió a cabalidad con el objeto pactado y (...) pese a ello la entidad municipal contratante dio por terminado de manera unilateral el contrato”*¹⁵

5.2. En ese orden de ideas, para el tribunal las razones que dieron lugar a la terminación unilateral fueron *“razones futuras (...) elucubraciones, invenciones y previsiones que en realidad no se concretaron durante la ejecución del objeto contractual y por las cuales no puede atribuírsele responsabilidad al contratista.”*¹⁶ Contrario a lo señalado por el municipio, el órgano de primera instancia encontró que el concesionario nunca quebrantó sus compromisos contractuales, y que su actividad siempre se desplegó sin quejas ni problemas de salubridad, quedando desvirtuadas las motivaciones de la administración para terminar el contrato.

5.3. De la lectura que el *a quo* hizo de las pruebas recaudadas, dedujo que la obligación del párrafo de la cláusula sexta del contrato de concesión para la construcción de un horno crematorio no fue incumplida por el contratista, porque en su texto señalaba que tenía un año para cumplirla a partir de la suscripción del negocio jurídico, y el acto de terminación unilateral se produjo con antelación a que concluyera dicho término. De manera que el tribunal, en su decisión, *“concluye sin mayor excitación (sic) que el contratista se encontraba dentro del término acordado y que mal podría imputársele un incumplimiento por este aspecto”*¹⁷.

5.4. En relación con otras adecuaciones locativas, el tribunal señaló que *“dentro del contrato no fueron establecidas obligaciones diferentes a la mera construcción del horno incineratorio por parte del contratista”,* y adicionalmente señaló como *“fue la administración la que dejó la salvedad para realizar construcciones y mejoramientos, para lo cual el concesionario asumió el compromiso de permitir el ingreso de los empleados de la administración que fueran a realizar tales obras”*¹⁸. Por lo tanto, indica este

¹⁴ Fl. 308 c. principal.

¹⁵ Fl. 291 c. principal.

¹⁶ Fl. 291 c. principal.

¹⁷ Fl. 296 c. principal.

¹⁸ *Ibíd.*

órgano colegiado que *“la potestad para la construcción de obras de mejoramiento a cargo del concesionario (...) no puede ser tomada como una obligación estricta a cargo del contratista”*¹⁹ circunstancia que imposibilita – conforme a esta óptica- la estructuración de un incumplimiento contractual.

5.5. La afectación del servicio público y los perjuicios a la salubridad de la población, alegados por el municipio, no hallaron asidero alguno en el plenario, manifestó el tribunal. En su lugar, se encontró una adecuada y eficiente prestación del servicio, acorde con las normas sanitarias. Incluso, se afirma en el fallo que *“resulta contradictorio que la administración aduzca preocupación por la prestación del servicio en forma adecuada, por la salubridad y el bienestar de la comunidad, y luego de terminado el contrato, por decisión de la administración, haya desmejorado el servicio y no se hayan realizado las obras de adecuación necesarias para la apropiada prestación de ese servicio público esencial, y para la construcción del horno incineratorio...”*²⁰

5.6. Menciona el tribunal que los argumentos de inconveniencia económica en los que fue motivado el acto no son sostenibles a la luz de los análisis que se efectuaron antes de la suscripción del contrato, que recomendaron la concesión como la alternativa más idónea para administrar el matadero. En ese sentido, la sentencia anota que la administración no podía, válidamente, cambiar las condiciones del contrato sin estudios que así lo concluyeran, *“perjudicando de manera injusta los intereses del contratista de buena fe”*²¹.

5.7. El tribunal no consideró válida la motivación donde se sostenía que la Corporación Autónoma de Santander pretendía cambiar la entidad responsable del matadero. E igualmente halló que los requerimientos formulados por la mencionada corporación sobre el cumplimiento de normas sanitarias del matadero, al ser anteriores a la suscripción del contrato, no podían sustentar la terminación unilateral del vínculo jurídico.

5.8. En síntesis, el fallo de primera instancia indicó que ninguna de las situaciones de deficiente prestación del servicio público, o de infracción de normas sanitarias y afectación de la comunidad, con las que el municipio justificó la aplicación de la cláusula exorbitante de terminación unilateral del contrato de concesión celebrado con el demandante fueron probadas en el proceso.

5.9. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal condenó en abstracto al municipio de Oiba al pago de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante vencido o consolidado, por cuanto *“no existe dentro del proceso prueba alguna que permita cuantificar o determinar la suma de dinero que como beneficio económico le resultaba al demandante por la explotación del matadero municipal que le fue dado en concesión”* (f. 301 – c. ppl)

¹⁹ Fl. 297 c. principal.

²⁰ Ibíd.

²¹ Fl. 298 c. principal.

6. El 7 de abril de 2005, el apoderado de la parte demandada interpuso oportunamente recurso de **apelación** (f. 310-313 c. principal) en contra del fallo proferido en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Santander, en donde expuso las siguientes discrepancias con la decisión:

6.1. De acuerdo con la postura del recurrente, en su fallo, el tribunal efectuó una *“indebida apreciación del material probatorio recaudado”*²² al no tener en cuenta las *“constancias de las visitas realizadas por los órganos de control, (Personería Municipal de Oiba, Contraloría General de la República), que demostraban el grave incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista”*²³.

6.2. El apelante considera que cuando el tribunal hizo énfasis en el término con el que contaba el contratista para construir el horno incinerador, ignoró el detalle de que el demandante suscribió el contrato de obra apenas el 15 de septiembre de 2001, *“faltando tan solo tres (3) meses para el vencimiento del término que tenía el contratista para implementar el horno”*.²⁴ En estas condiciones, manifiesta el escrito de alzada, que *“resulta un imposible físico, que se pretendiera en el término de tres (03) meses, cumplir con una obligación que demanda entre siete (7) y nueve (9) meses aproximadamente, pues de no haber sido así, muy seguramente se habría otorgado en el contrato un término inferior a tal obligación”*²⁵.

6.3. Así mismo, manifiesta que la primera instancia erró en entender que los informes de los órganos de control fueron anteriores a la suscripción del contrato de concesión. Indica que la misma providencia impugnada *“señala que existe un requerimiento de fecha diciembre 11 de 2001, fecha para la cual apenas se habían adelantado las diligencias pertinentes para la terminación unilateral del contrato respectivo”*²⁶.

6.4. Cuestiona que el tribunal haya condenado a la entidad territorial por no hacer lo que el contratista no realizó en el contrato. En su parecer, si se razona de este modo, *“jamás resultaría debidamente motivada la terminación o caducidad de un contrato, ya que siempre existiría justificación del contratista en la actuación de la entidad con posterioridad a la terminación del contrato respectivo.”*²⁷

6.5. En conclusión, le extraña al recurrente que el tribunal no haya aplicado en debida forma el principio de sana crítica al momento de apreciar el material probatorio. Indica que en el fallo no se analizó en conjunto la prueba recaudada, apreciando las pruebas documentales que –en su opinión– daban lugar a demostrar el incumplimiento del contratista, y que debió restársele credibilidad a la prueba testimonial *“de los trabajadores contratados por el concesionario, dada su parcialidad y subordinación”*.²⁸

²² Fl. 310 c. principal.

²³ *Ibíd.*

²⁴ Fl. 311 c. principal.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ Fl. 311-312 c. principal.

²⁸ Fl. 312 c. principal.

7. El 1º de junio de 2005, el Tribunal Administrativo de Santander concedió el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Oiba (f. 314 c. ppl), y fue admitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera del Consejo de Estado el 20 de enero de 2006 (f. 319 c. ppl).

8. El 10 de marzo del 2006 se corrió traslado a los extremos procesales y al Ministerio Público para **alegar de conclusión** (f. 321 c. ppl), oportunidad en la que todos guardaron silencio (f. 322 c. ppl).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

9. La Sala es competente para decidir el caso por ser un asunto contractual en el que es parte una entidad estatal de las enunciadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, según lo dispone el artículo 75²⁹ del mismo estatuto; y por cuanto se trata de un recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en un proceso que, por su cuantía³⁰, tiene vocación de doble instancia.

II. Valoración de copias simples. Reiteración jurisprudencial.

10. Antes de analizar las situaciones probadas en el presente asunto, observa la Sala que algunas piezas documentales recolectadas en el plenario fueron aportadas en copia simple.

Siguiendo la pauta hermenéutica fijada por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia del 28 de junio de 2013,³¹ esta Subsección valorará los documentos allegados en copia simple porque fueron aportados en las oportunidades adecuadas para tales efectos, y no fueron tachados de falsedad durante las etapas del proceso.

III. Hechos probados

11. A renglón seguido, la Sala relacionará el material probatorio válidamente practicado y recaudado, y el contenido del mismo, en lo que resulta pertinente para la resolución del presente asunto:

²⁹ “Artículo 75.- 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 administrativo (...)”.

³⁰ Siguiendo la regla del artículo 20 – numeral 2ª del Código de Procedimiento Civil, vigente para el momento de la interposición de la demanda (es decir, sin haber entrado en vigencia la Ley 1395 de 2010) tenemos en cuenta que la pretensión de mayor valor formulada por el demandante fue de \$75’870.000. Por ser un proceso iniciado en el año 2001 (anterior a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998), se aplica en este punto el numeral 8º del artículo 2o del Decreto 597 de 1988 “por el cual se suprime el recurso extraordinario de anulación, se amplía el de apelación y se dictan otras disposiciones”, que modificaba el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, y que disponía que la cuantía necesaria para que un proceso de controversias contractuales iniciado en el 2001 fuera de doble instancia, debía ser superior a \$26’390’000.

³¹ Expediente 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022). C.P. Enrique Gil Botero.

11.1. La Corporación Autónoma de Santander (en adelante, CAS) emitió requerimientos a la administración municipal de Oiba, relacionados con la administración y manejo de residuos del matadero municipal:

11.1.1. Mediante Resolución 01584 del 20 de octubre de 1999 (f. 68-71 c.1), esta entidad resolvió:

ARTÍCULO PRIMERO: Requerir al señor, Alcalde Municipal de Oiba, para que suspenda de inmediato la quema y cocción de los residuos sólidos provenientes del sacrificio del ganado, el cual se está realizando a una distancia aproximada de (10) metros de la corriente hídrica que por este sector desciende.

ARTÍCULO SEGUNDO: Requerir al ALCALDE Municipal de Oiba, para que realice la canalización de las aguas servidas provenientes del lavado de los corrales, las cuales deberían conducirse hacia la planta en donde se les dará el respectivo tratamiento (...)

ARTÍCULO TERCERO: Requerir al señor ALCALDE Municipal de Oiba, para que suspenda de inmediato el lanzamiento del rumen (sic), el cual se esta depositando en la parte baja de la planta de tratamiento de aguas residuales.

ARTÍCULO CUARTO: Requerir al señor ALCALDE Municipal de Oiba, para que de cumplimiento a las actividades contenidas en el plan de manejo ambiental y plan de contingencia, propuestos en el estudio de impacto ambiental, presentado por la Administración Municipal, a esta Corporación.

ARTÍCULO QUINTO: Requerir al señor ALCALDE Municipal de Oiba, para que de cumplimiento a las obligaciones establecidas en los artículos cuarto y noveno de la resolución 1362 del 15 de Diciembre de 1998, emanada por la Corporación.

ARTÍCULO SEXTO: Requerir al señor ALCALDE Municipal de Oiba, para que construya un horno crematorio o incinerador de los productos que no son comercializados: la cerca de cerramiento del lote del matadero, la siembra de un surco de Sunglia (sic) para crear barreras de protección y de esta forma evitar el peligro a que están expuestos los niños y transeúntes que se desplazan por las vías adyacentes a dicho matadero.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Requerir al señor ALCALDE Municipal de Oiba, para que estudie la posibilidad (...) de adelantar proyectos

en donde se utilicen los desechos como el estiércol para la producción de abono orgánico y los subproductos (sangre y huesos), para la obtención de suplementos alimenticios (...), contribuyendo a la disminución de costos y posible contaminación ambiental, generada por el uso de insumos químicos que se requieran para la labor.

ARTÍCULO OCTAVO: Requerir al señor ALCALDE Municipal de Oiba, para que le exija al administrador del matadero municipal, una limpieza diaria y desinfección del lugar con el objeto de evitar la proliferación de moscas, roedores, que afecten a la comunidad del área. (...)

11.1.2. A través de la Resolución nº. 02927 del 25 de octubre de 2000 (f. 72-75 c.1) la CAS encontró que el municipio de Oiba incumplió parcialmente la Resolución 01584 anteriormente reseñada, en sus artículos primero, cuarto, quinto y sexto. En consecuencia, dispuso requerir a la mencionada entidad territorial al cumplimiento de estas órdenes administrativas, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de ejecutoria de dicha determinación.

En esta oportunidad, adicionalmente resolvió:

ARTÍCULO SEGUNDO: Requerir al señor Alcalde Municipal de Oiba, para que (...), ejecute y ponga en marcha el plan de manejo y de contingencia propuesto en el E.I.A., teniendo en cuenta que estos contemplan las medidas que se deben aplicar con fines a mitigar, compensar, y solucionar las alteraciones que se produzcan por dicha actividad.

ARTÍCULO TERCERO: Requerir al Municipio de Oiba Representado Legalmente por su Alcalde, para que cumpla con las siguientes recomendaciones:

- La PTAR se encuentra recibiendo parte de las aguas lluvias y de escorrentía del predio, para tal fin se recomienda que en la primera caja de captación de las aguas provenientes de los corrales, se adecúe con un sistema de compuertas, las cuales sean accionadas cuando se necesitan disponer aguas servidas a la planta de tratamiento, y las aguas lluvias y de escorrentía, deberán discurrir libremente hasta desembocar a la quebrada la Charca, con esto se asegura un correcto funcionamiento de la PTAR.*

- *En cuanto a las cajas recolectoras de aguas, trampas de grasas y pozos de inspección deberán ser provistas de tapas o rejas metálicas con el fin de dar seguridad y evitar que los gallinazos ingresen a las mismas.*
- *En cuanto a la construcción del horno incinerador, este puede ser construido en ladrillo, en forma de campana, provisto de una chimenea de mínimo 15 metros de altura.*
- *No se deberán dejar residuos producidos por la actividad que se efectúe a la intemperie, con el fin de evitar contaminación ambiental.*

11.2. En similar sentido, la Secretaría de Salud de Santander, mediante oficio n°. 09408 del 12 de octubre de 1999 (f. 150 - c.1.) emitió concepto desfavorable para el funcionamiento del matadero municipal de Oiba, al encontrar que dicha planta de sacrificio no contaba con los requisitos sanitarios de: tratamiento de agua potable, disposición de aguas residuales, línea aérea para bovinos, y sistema adecuado para el aturdimiento de cerdos.

11.3. El 14 de noviembre de 2000, la Secretaría de Hacienda del municipio de Oiba (f. 38 – c.1) emitió un “ESTUDIO DE FACTIBILIDAD” en donde afirma que *“es oportuno y recomendable que se estudie la posibilidad de dar en concesión la explotación del Matadero Municipal”*.

De acuerdo al documento, al estudiar los ingresos y egresos del fondo rotatorio del matadero municipal de Oiba entre los meses de enero y octubre del año 2000, se constataba la viabilidad mensual del matadero *“sin que se demuestre (sic) “rendimientos económicos para el Municipio”*. Advierte el informe que en las cifras analizadas no se encuentran las cargas laborales y prestacionales de los trabajadores del matadero, situación que se aborda de esta manera:

... es sabido que personas que han labordo (sic) en el Matadero Municipal durante el año dos mil (2000), van a solicitar se les reconozca prestaciones sociales por el tiempo que laboraron allí y el Municipio no cuenta con los recursos disponibles para cancelarlas. (...) Agrego que deb (sic) tener cuenta (sic) que un trabajador que devenga un salario mínimo, se le incrementa el 1.8% de prestaciones sociales y en el caso particular que son diez (10) empleados se genera una alta carga prestacional que el Municipio no esta (sic) en condiciones de asumir.

Adicionalmente, el estudio se refiere a los requerimientos de la CAS para que el municipio de Oiba *“... construya varias obras en el Matadero*

Municipal, entre ella la mas (sic) importante la Construcción de un Horno Crematorio par (sic) incinerar los residuos sólidos (sic) producidos por el sacrificio de ganado, sin que se cuente con los recursos para dicho fin”.

11.4. A través de la Resolución No. 243 del 17 de noviembre de 2000 (f. 59-60 c. 1) la Secretaría General de la alcaldía municipal de Oiba *“autoriza la apertura de la invitación pública No. 001 de 2000”*. Del contenido de este acto administrativo, es pertinente extraer lo siguiente:

11.4.1. En sus considerandos se leen, entre otros aspectos: (i) que el 7 de noviembre de 2000 la junta de gobierno municipal aprobó *“dar en Contrato de arrendamiento o Concesión el Matadero Municipal de Oiba, a fin de evitar la alta carga Prestacional y de mantenimiento que implica la administración directa de dicho matadero”*; (ii) que de acuerdo al informe financiero del matadero municipal de Oiba, *“se consideró la necesidad de dar la administración de dicho inmueble en Contrato de Concesión conforme a la reglamentación de la ley 80 de 1993”*.

11.4.2. En la parte resolutive, se indicó la autorización de la apertura de la invitación pública nº. 001 de 2000 *“cuyo objeto es contratar mediante Concesión la Administración tanto Operacional, Mantenimiento y de Personal que requiere el Matadero Municipal de Ganado Porcino y Bovino para un mejor servicio a la población Oibana, de acuerdo con las especificaciones que para tal fin se insertan en la Invitación Pública”*³².

11.5. El 26 de diciembre de 2000 se celebró el contrato de concesión del matadero municipal entre el municipio de Oiba y el señor Clemente Gómez Araque (f. 39-44 c.1). En el texto del contrato, además de reiterarse que el propósito de celebrar dicho negocio jurídico es *“evitar la alta carga prestacional y de mantenimiento que implica la administración directa de dicho Matadero y que le generará al Municipio una mayor y mejor rentabilidad económica”*, se establecen los siguientes aspectos:

11.5.1. El objeto del contrato, plasmado en la cláusula primera del acuerdo:

CLÁUSULA PRIMERA – OBJETO: EL MUNICIPIO DE OIBA DA EN CONCESIÓN EL MATADERO MUNICIPAL AL SEÑOR CLEMENTE GOMEZ ARAQUE Y ESTE RECIBE BAJO EL MISMO TÍTULO PARA LA EXPLOTACION DEL SISTEMA DE OPERACIÓN Y DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SACRIFICIO DE GANADO BOVINO Y PORCINO LAS INSTALACIONES QUE CONSTA DE PLANTA FÍSICA, EQUIPOS Y MAQUINARIA PREVIO EL INVENTARIO QUE HACE PARTE INTEGRAL DE ESTE CONTRATO.

³² Advierte la Sala que no obran el expediente el acto de adjudicación del contrato de concesión al demandante, ni los documentos contentivos del pliego de condiciones o términos de referencia con las especificaciones del mencionado contrato.

11.5.2. La “contraprestación”, formulada de esta manera en la cláusula segunda del texto contractual:

CLÁUSULA SEGUNDA: CONTRAPRESTACIÓN: El Municipio de Oiba recibirá del concesionario a partir de la suscripción del acta de iniciación y una vez cumplidas por parte de éste las formalidades legales exigidas para el perfeccionamiento del contrato, mensualidades de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS (\$1.500.000.00), que deberá cancelar en la Secretaría de Hacienda Municipal durante los cinco (5) días de cada mes y por el tiempo estipulado en el contrato.

11.5.3. La duración del contrato, pactada por treinta y ocho (38) meses “a partir del acta de iniciación”, de acuerdo con la cláusula tercera del acuerdo.

11.5.4. Las obligaciones de las partes, enlistadas en la cláusula quinta del contrato, y organizadas en dos acápite:

11.5.4.1. El literal A) contiene las obligaciones del concesionario:

CLÁUSULA QUINTA. OBLIGACIONES DE LAS PARTES. A) DEL CONCESIONARIO: El concesionario estará obligado a: 1) A mantener en buen estado las instalaciones tanto en la parte interior como exterior de la edificación; 2) Responderá por todos los elementos, equipo y maquinaria que reciba por parte del Municipio para el cumplimiento del objeto del contrato y relacionados en el inventario adjunto, los cuales empleará con el mayor cuidado para la conservación y mantenimiento, salvo los daños o deterioros que sobrevengan por fuerza mayor o caso fortuito. Igualmente deberá asumir todos los gastos que demanden su conservación y mantenimiento durante el plazo contractual. 3.) El concesionario se obliga a restituir en buenas condiciones el vehículo de PICK UP, marca Isuzu, modelo KB20L, año 1980, salvo el deterioro normal por el uso y el goce. Además de las anteriores obligaciones se tendrán en cuenta las siguientes: a) Prestar el servicio del Matadero Público, que implica la recepción del ganado en los corrales, faenamiento, sacrificio, procesamiento y entrega de la carne en el sitio de faenamiento, todo de acuerdo a las disposiciones del Decreto 2278 de 1982 sobre sacrificio de animales bovino y porcino para el consumo humano y el procesamiento y entrega de la carne en el sitio. b) Cumplir con todas las disposiciones de las Autoridades civiles, militares y de policía, en relación con la administración y operación del matadero. c) Emplear con plena autonomía y mantener a su cargo, bajo su absoluta responsabilidad laboral y prestacional a todo el personal necesario para la normal operación del Matadero y la prestación del servicio, cumpliendo

con la planta de personal proyectado, acreditando la experiencia en faenamiento. d) Asumir bajo su absoluta responsabilidad todos los costos de operación, mantenimiento y reparación de los equipos e instrumentos relacionados en el inventario y ocasionados para el funcionamiento normal del Matadero. e) Las tarifas por faenamiento tanto de bovino como de porcino serán las que rigen actualmente y se incrementarán a partir del primero (01) de Enero de 2001 de acuerdo con el índice de precios al consumidor. f) Permitir al Municipio la eventual construcción de obras adicionales, o la instalación de nuevos equipos, caso en el cual el Municipio dará aviso al concesionario con anterioridad a la iniciación de la obra determinada. g) El concesionario debe velar por el embellecimiento y cuidado de las zonas verdes pero no podrá apropiarse no considerarse (sic) dueño de dichas zonas. h) El concesionario tiene prohibido retirar parcial o totalmente los elementos que se encuentren allí de acuerdo al inventario. i) El concesionario tiene prohibido permitir el acceso al Matadero Municipal de personas diferentes a la planta de personal que allí labora.

11.5.4.2. Las obligaciones contractuales de la entidad estatal se precisan en el literal B):

B) DEL CONCESIONANTE (sic): a) El concesionante (sic): se obliga a entregar en buenas condiciones de funcionamiento las instalaciones del Matadero Municipal para la normal explotación del sistema de de operación y de la prestación del servicio de sacrificio de ganado bovino y porcino. b) El concesionante se obliga para con el concesionario a respetarle la exclusividad del servicio descrito en el objeto del contrato y permitirle el ofrecimiento del servicio a los Municipios y particulares que lo requieran siempre y cuando no menoscabe el servicio para la comunidad Oibana.

11.5.5. En la cláusula sexta del contrato se pactó la cláusula de reversión de este modo:

CLÁUSULA SEXTA. REVERSIÓN: El concesionario podrá efectuar obras que se requieran para una mejor prestación del servicio de operación del Matadero previa autorización del Municipio y éstas pasarán a ser parte de las instalaciones una vez concluya el término del contrato sin que represente compensación alguna para el concesionario. PARÁGRAFO: Teniendo cuenta (sic) que el Municipio de Oiba fue requerido por la C.A.S. mediante resolución No 01584 del 20 de octubre de

1999 para que construya un horno crematorio para la incineración de los residuos sólidos que se producen en el Matadero Municipal, el concesionario se obliga para con el Municipio a construir en el término de un (1) año a partir de la fecha de suscripción del presente contrato, el horno crematorio de acuerdo con las especificaciones dadas por la C.A.S. en la citada resolución, las cuales contempla que puede ser construido en ladrillo, en forma de campana, provisto de una chimenea.

11.6. Las partes suscribieron el acta de iniciación del contrato el 29 de diciembre de 2000 (f. 55 - c.1).

11.7. Durante la etapa de ejecución del contrato, se emitieron los siguientes pronunciamientos en torno a las condiciones del matadero municipal:

11.7.1. La división de acreditación, vigilancia y control de la secretaría de salud de la gobernación de Santander, emitió un “CONCEPTO TÉCNICO” (f. 134 - 135 – c.1) con fecha del 8 de mayo de 2001 en donde se señaló:

INFRAESTRUCTURA FÍSICA

ÁREA DE CORRALES

- No posee área aislada de cuarentena para animales tales (sic):

** ganado vacuno*

** ganado porcino*

- En estas áreas se hace necesario tener cuenta (sic) las normas dispuestas para la correspondiente infraestructura tales como:

**bebederos*

**comedero*

**vertimiento y tratamiento de las aguas para su limpieza y desinfección.*

ÁREA DE SACRIFICIO

- No cumple con lo correspondiente a los acabados de pisos y muros para darle aplicabilidad a las normas básicas de bioseguridad, por lo anterior se deben ajustar a estas.

- El proceso se encuentra interrumpido en las áreas de clasificación (sic), este debe ser continuo y unidireccional.

ÁREAS DE PROCESO DE DESCONTAMINACION

- No existe un proceso de eliminación de los residuos sólidos. Se recomienda para activar cualquier tipo de proceso presentar el planteamiento para la aprobación del proyecto, haciendo de este un proceso rentable y que contribuya al mejoramiento de la comunidad.

- Se hace necesario determinar el grado de contaminación de las aguas residuales que son vertidas al cauce de la quebrada, cantidad, flujo o columna de agua. De esta manera se podrán obtener las variables de diseño si el estudio así lo demuestra.

11.7.2. El 14 de septiembre de 2001, el director general de la CAS envió un oficio dirigido al entonces alcalde municipal de Oiba (f. 143 – c.1) en donde se manifestó que, en el marco del diagnóstico efectuado por esta institución sobre los mataderos municipales “*buscando la Regionalización del servicio*”, encontraba que el matadero de Oiba:

... presenta algunas cualidades que permitirían convertirlo en matadero Subregional con algunas adecuaciones en cuanto a instalaciones y manejo.

Con respecto a posibles inversiones y cofinanciación, sería indispensable que este estuviera bajo responsabilidad directa de la Administración Municipal, puesto que sería importante que la misma administración respondiera por los posibles trabajos a ejecutar, así como un eficiente manejo de las instalaciones.

11.7.3. El 27 de septiembre de 2001, la secretaría de salud de Santander notificó el contenido del acta de visita al matadero municipal, realizada el 25 de septiembre de 2001 (fl. 154-160 – c.1), en donde se emitió un concepto desfavorable sobre la operación del matadero, y se enlistaron 12 exigencias para que éste se ajustara a las normas sanitarias, en un plazo de 30 días para su cumplimiento.

11.7.4. La CAS, en Resolución 00002922 del 11 de diciembre de 2001 (f. 95-97 – c.1), decidió el recurso de apelación interpuesto por la alcaldía municipal de Oiba contra la Resolución 02927 del 25 de octubre de 2000. De acuerdo con este acto administrativo, en su recurso el ente territorial alegó que “*ha cumplido en casi su totalidad los requerimientos*” de la autoridad, que ha instruido al administrador del matadero sobre la aplicación del plan de manejo ambiental, y que la orden de construir un horno incinerador “*no ha sido posible por carencia de presupuesto (...) sin embargo se ha proyectado dicha obra...*”

En sus consideraciones, la autoridad ambiental anota que su Subdirección de Gestión Ambiental practicó una visita al matadero en compañía del concesionario, e indicó que, en relación con el cumplimiento de la

Resolución 01584 del 20 de octubre de 1999 encontró que: (i) se *“suspendió la quema y cocción de los Residuos Sólidos provenientes del sacrificio de ganado”* y; (ii) se verificó el cumplimiento del *“Plan de Manejo Ambiental y Plan de Contingencia”*, en donde *“las personas encargadas de la administración y manejo”* mantienen el matadero *“en buenas condiciones de asepsia y desinfección”*.

En esta ocasión, dicha Corporación dispuso ampliar el plazo otorgado en el acto recurrido para que la entidad territorial diera cumplimiento a lo anteriormente dispuesto por el acto impugnado. Además, se requirió al municipio a presentar el plan de tratamiento de aguas residuales vertidas a la quebrada *“La Charca”*; a mantener *“limpias y libres de cualquier residuo sólido”* producto de la actividad del matadero, con el fin de evitar la propagación de enfermedades en los habitantes del sector, y a incrementar la desinfección de las instalaciones.

11.8. Con fecha del 15 de septiembre de 2001, el concesionario Clemente Gómez Araque subcontrató la obra del horno incineratorio con el señor Erwin Sánchez Tarazona (f. 26 – c.1.) con un plazo de 90 días a partir de la fecha de celebración del contrato.

11.9. La administración municipal de Oiba terminó unilateralmente el contrato de concesión celebrado entre la entidad territorial y el señor Clemente Gómez Araque, a través de la Resolución n°. 259 del 3 de Octubre de 2001 (f. 2-5 c.1), confirmada por la Resolución n°. 276 del 26 de Octubre de 2001 (f. 13-18 c.1).

11.9.1. De la motivación de la Resolución n°. 259 del 3 de Octubre de 2001, se destacan los siguientes apartes:

3. Que en la actualidad el mencionado contrato esta (sic) en proceso de ejecución, no obstante se observa la necesidad de declarar su terminación unilateral anticipada, como quiera que de mantenerse sobrevendrían circunstancias, algunas de ellas imputables al contratista, que afectarían gravemente la prestación de (sic) servicio público y atentaría contra el interés general, conforme a las razones que se exponen a continuación:

4. La Corporación Autónoma Regional de Santander mediante Resolución 02927 del 25 de octubre del 2000, se requirió al Municipio de Oiba a que en el termino de 60 días contados a partir de la ejecutoria del acto, de cumplimiento a lo ordenado en la Resolución 01584 de octubre de 1999, esto es la construcción de un Horno Crematorio para la incineración de los residuos sólidos, la puesta en marcha de un plan de manejo y contingencia para mitigar, compensar y solucionar las alteraciones que producen (sic) dicha actividad, entre otras.

5. El Contratista CLEMENTE GÓMEZ ARAQUE, se comprometió según el parágrafo de la cláusula sexta del Contrato, a construir el Horno crematorio necesario para incinerar los desechos y así evitar la contaminación de las corrientes hídricas, así mismo hacer otras adecuaciones locativas para mitigar el impacto ambiental negativo, situación que a la fecha no se ha cumplido y que hace inminente la sanción de la Autoridad Ambiental al Municipio de OIBA y lo más grave que como consecuencia de se (sic) ello se afecte la prestación del servicio público en forma adecuada y consecuentemente se cause un perjuicio a la salubridad y Bienestar de la comunidad.

6. Igualmente según estudios hechos por la Administración y el concepto técnico de la División de Acreditación Vigilancia y Control de la Secretaria de Salud del Departamento del 8 de mayo del año en curso, se observa que el deficiente manejo de los desechos sólidos y líquidos, entre ellas las aguas residuales, por la carencia de una planta de tratamiento de agua en el matadero y las inadecuadas instalaciones e infraestructura física al no poseer áreas de cuarentena para el sacrificio y la inexistencia de acabados de pisos y muros, están contaminando el medio ambiente del lugar, entre ellas las fuentes hídricas como la quebrada LA CHARCA y el río oibita, poniendo en grave riesgo a la comunidad, por detectarse en la población el contagio de enfermedades infecciosas, circunstancias todas ellas imputables al contratista y sobre las que no ha aplicado medidas correctivas, pese a los varios requerimientos que sobre el particular han efectuado diversas autoridades.

7. Aunado a lo anterior, el Municipio de Oiba con la concesión del matadero está (sic) perdiendo la oportunidad de prestar un mejor servicio al público, con el sacrificio y manejo carmico (sic) del ganado vacuno y porcino, no solo de la localidad sino de la región, no obstante la excelente ubicación y su posibilidad de crecimiento, al no dotarse con los equipos necesarios para lograr gradualmente su tecnificación por el particular y no contando además con las mínimas normas de seguridad industrial para el personal que allí labora, dejando el riesgo de amparo por accidentes de Trabajo o Enfermedades Profesionales al ente Territorial contratante.

8. Según un estudio realizado el pasado mes de abril del año en curso, sobre el funcionamiento y estado actual del matadero, se pudo verificar que aun con la subutilización que del mismo se

está haciendo, genera unos ingresos totales que superan los ocho millones de pesos sobre los cuales descontando gastos de arrendamiento, operativos y de personal el contratista obtiene una utilidad libre de más de dos millones cuatrocientos mil pesos, que necesariamente se incrementará año a año de acuerdo a las tarifas y que muy por el contrario no benefician en nada al Municipio al no pactar un incremento en el pago siquiera del IPC.

9. Que en este orden de ideas y teniendo en cuenta las recomendaciones efectuadas por el estudio en el sentido de considerar que no es necesaria la figura del administrador y que el Municipio podría cambiarla por la de supervisor operativo y así reducir los gastos de funcionamiento, todo ello conduciría a que el municipio administrando directamente el matadero podría generar ingresos propios mensuales aproximadamente de tres millones de pesos (\$3'000.000) en la actual vigencia.

10. Teniendo en cuenta que las recientes políticas del gobierno central están encaminadas a buscar la racionalización del gasto público y a reducir el Déficit fiscal se obligan las entidades territoriales a incrementar sus rentas e ingresos propios de libre destinación, como única alternativa para su viabilidad y el pago de gastos de funcionamiento y que además la ley 617 de 2000 establece una (sic) metas fiscales muy rigurosas para los Municipios de sexta categoría, como son disponer para la próxima vigencia fiscal solo del 90% de los Ingresos propios para el pago de los gastos de funcionamiento, porcentaje que irá en descenso en el periodo de transición hasta alcanzar en el 2004 solo un 80%, haciendo que la actual administración no encuentre razonable ni conveniente presupuestalmente que se siga manteniendo un contrato que a todas luces está generando una pérdida económica para la entidad.

11. Que igualmente la Corporación Autónoma Regional de Santander el pasado 14 de septiembre hizo saber al Municipio a través de su Director general, el interés que tiene tal entidad en convertir el matadero de Oiba en uno de categoría Sub-regional, con todos los beneficios que ello reportaría para el Municipio desde el punto de vista del manejo ambiental y presupuestal, no obstante anota en dicho comunicado que para que sean posibles las inversiones y cofinanciación del proyecto del matadero, "SERÍA INDISPENSABLE QUE ESTE ESTUVIERA BAJO LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA ADMINISTRACIÓN

MUNICIPAL”, lo cual no se puede cumplir actualmente por estar en manos de particulares.

12. Que todas y cada una de las anteriores razones dejan ver claramente la inconveniencia e improcedencia para el Municipio en la continuidad del aludido contrato de concesión, toda vez que con la ejecución del mismo se está causando un grave perjuicio al interés general al afectarse el Medio Ambiente con la contaminación de las fuentes hídricas y se está causando un detrimento al erario público al no percibir la Administración siquiera la tercera parte de la ganancia en la explotación de la actividad económica del Matadero situación que afecta los ingresos corrientes de libre destinación que hacen parte del presupuesto Municipal y que deben ser invertidos no solamente en financiar el gasto sino inclusive en la inversión social.

11.9.2. El 10 de octubre de 2001, el contratista interpuso recurso de reposición en contra de la resolución mencionada en el numeral anterior (f. 6-12 – c.1), que fue decidido desfavorablemente para los intereses del recurrente mediante la Resolución 276 del 26 de octubre de 2001. En dicha oportunidad, la administración desestimó las argumentaciones del concesionario, reafirmó lo manifestado en el acto recurrido y confirmó lo decidido, añadiendo estos argumentos:

11.9.2.1. Aludió que el deficiente manejo sanitario y ambiental derivado de la actividad del matadero, advertido por la CAS, es una circunstancia que compromete el interés general de la comunidad, y adicionalmente:

... si bien es cierto esta falencia se evidenció de tiempo atrás, incluso antes de la suscripción del contrato de concesión, no constituye un obvio (sic) de justificación y menos aún cuando en la actualidad el contratista no ha desplegado ninguna actividad tendiente a corregir las deficiencias pese a los requerimientos oficiales y por otra parte tampoco se le haya permitido a la administración subsanarlas, como quiera que no se le permite el acceso de sus funcionarios al inmueble para el control y la adecuación de dichos correctivos, o para la cofinanciación de los mismos con otras entidades públicas o privadas, haciendo imperiosa la intervención del municipio a través de la terminación del contrato para corregir, mitigar y compensar los daños al ecosistema circunvecino...

11.9.2.2. En relación con los costos del contrato, la administración municipal sostuvo lo siguiente:

... resulta fundamental desvirtuar por completo la afirmación del recurrente en el sentido que su propuesta era la más favorable para los intereses del Municipio y por tanto no exista alternativa distinta, por el contrario estudiando los antecedentes administrativos que rodearon el proceso de adjudicación se pudo verificar que el Señor CARLOS GUALDRON PARRA en su propuesta daba al Municipio una participación de \$2.611.000.oo cifra muy superior a la del Contratista y que no obstante, inexplicablemente, no fue considerada en su oportunidad por la administración.

11.10. Los señores María Eugenia Corredor, Luis Alberto Cagua Corredor, Marcos Anibal Acevedo, José Gerardino Sanabria Castañeda, Dora Mireya Peñuela Corredor, Heriberto Cagua Corredor celebraron individualmente contratos de transacción con el señor Clemente Gómez Araque (f. 19 – 24 c. 1).

Los contratos aquí señalados fueron suscritos el 23 de noviembre de 2001. Su clausulado fue redactado en términos idénticos. El arreglo transaccional pactado en cada uno de ellos fue de cuatro millones doscientos mil pesos (\$ 4.200.000, oo).

En cada acuerdo de voluntades las partes establecieron como consideraciones:

(i) Que para ejecutar el contrato de concesión del matadero municipal entre el municipio de Oiba y el señor Gómez Araque necesitaba *“personal, para la administración y actividad del mismo”*;

(ii) Que cada una de las mencionadas personas, calificadas como contratistas, fueron vinculadas *“mediante contrato de Prestación de Servicios para ofrecer -a Gómez Araque- sus servicios personales en el faenamiento del ganado mayor y menor, por un contrato por valor total de ONCE MILLONES CUATROCIENTOS PESOS (sic) (\$ 11.400.000.oo) el cual comenzó a ser ejecutado a partir del 26 de diciembre de 2000”*;

(iii) Que el señor Gómez Araque decidió *“dar por terminado unilateralmente el contrato de prestación de servicios (...) aduciendo la terminación del contrato de Concesión unilateral y obligatoria por parte del Municipio de Oiba”*;

(iv) Que *“el CONTRATISTA se siente lesionado en sus derechos patrimoniales con la terminación anticipada de su contrato y ha solicitado (...) el pago de las sumas dejadas de percibir con ocasión de su contrato y de los perjuicios ocasionados con esta terminación”*;

En cada uno de estos pactos, se manifiesta que el contratista *“hace constar que el pago que aquí se estipula lo recibe de manera voluntaria y a satisfacción (...)”*

11.11. Igualmente, el señor Clemente Gómez Araque celebró un contrato de transacción con el señor Hamilton Rodríguez Espinosa (f. 25 – c. 1), por valor de veinte millones de pesos (\$ 20'000.000), para zanjar los eventuales conflictos emanados de un contrato “de Prestación de Servicios” celebrado entre ellos. La única diferencia con los contratos reseñados en el punto anterior, es que en este se indica que el valor del pacto que antecedió a la transacción” era de un valor de “\$ 30.400.000.00” y su duración era de 38 meses.

11.12. Los señores Guillermo Martínez, Julio Alberto Gamboa, Carlos Alberto Cuadros Álvarez, Gerardo López Ardila, Ricardo Martínez Ríos, Wilson Sánchez, Alonso Martínez Ríos, Pedro David Cuadros Álvarez, Agustín Noguera y José Antonio Noguera a través de documentos (f. 28-37 c.1), afirmaron que se dedicaban al expendio de carne, y que en tal virtud, recibieron “a entera satisfacción los servicios de faenamiento de ganado mayor”, y obtuvieron “la prestación” de dichos servicios “de una manera adecuada tanto técnica como honestamente (sic)”.

11.13. Luego de la expedición de los actos administrativos demandados, aparecen en el plenario las siguientes actuaciones de los organismos de control:

11.13.1. El 30 de enero de 2002, la personería municipal de Oiba realizó una visita especial al matadero (f. 202. c.1.), practicada para “determinar las posibles irregularidades denunciadas en el escrito de queja del señor CLEMENTE GÓMEZ ARAQUE y de llamadas anónimas que manifiestan que se está sacrificando ganado mayor hurtado”.

11.13.2. El procurador judicial agrario de Santander se dirigió a la alcaldía municipal de Oiba mediante el oficio nº 0324 del 9 de julio de 2003 (f. 204 – c.1), en la que solicita información sobre las partidas presupuestales para subsanar las deficiencias encontradas por la personería municipal de Oiba, en una visita practicada “en el mes de mayo” de dicho año. Allí encontró:

... deficiencias dentro de las áreas higiénicas y snitarias (sic) tales como oficina de inspección veterinaria, falta de zona de bañado del ganado en pie, falta de elementos de aislamiento contra vectores, área de recepción o matadero sanitario, carencia de canaletas y la descarga de aguas residuales al río oibita, como también la intención de la administración municipal de mejorar las instalaciones.

11.13.3. El 5 de diciembre de 2002, delegados de la Contraloría General de la República – gerencia departamental de Santander, de la CAS, de la administración municipal, del gremio “de los peseros” (entre ellos el señor Clemente Gómez Araque), del “Comité del CIVIGEP”, y representantes del Ministerio Público, efectuaron visita especial e inspección ocular a la planta de sacrificio del municipio de Oiba (f. 209 – 210. c.1). Allí se señaló:

Nos dirigimos al pabellón de sacrificio podemos observar que las poleas están en desaseo y presentan peligro, encontramos unas escaleras metálicas oxidadas en mal estado, las cuales ofrecen peligro al personal que labora en el área, los sifones de bajar las pieles, viseras blancas y viseras rojas, presentan desportilladuras les falta mantenimiento, las tapas de los sifones rotas y oxidadas. Pasamos al primer pabellón de carnes el lavamanos de metal en precarias condiciones y desaseo, el pabellón de carnes No 2 igual (sic) condiciones, el pabellón de carnes No 3 pésimas condiciones de aseo con presencia de ternillas, canecas con residuos de contenido ruminal El pabellón de sacrificio de cerdos, se observa que no sé (sic) esta utilizando, parece ser que el cerdo se sacrifica en el cuarto y se pela en el pasillo, hay mal olor, pocilga con 4 cerdos el aseo pésimas condiciones se observa estiércol en contacto con los animales a sacrificar, continuamos a la estiercolera presencia de moscas no se observa ninguna aplicación de cal sobre ella, ubicados en la planta de tratamiento de aguas negras se observa desaseo y mal olor y aguas estancadas, presencia de un ave de rapiña muerta y de aves de Rapiña vivas. Revisando toda la infraestructura de planta de sacrificio no se observa construcción del horno crematorio.

11.13.4. La Personería Municipal de Oiba realizó una visita especial el 21 de octubre de 2003 (f. 206 c. 1), con el objetivo de “*verificar si a la fecha el Municipio dio cumplimiento a lo ordenado en la resolución emanada de la Corporación Autónoma Regional CAS*” en relación con la construcción del horno incinerador. En el acta que da cuenta de dicha diligencia, esta entidad dejó constancia que en el lugar no hubo quién diera razón de la obra, encontraron “*la inasistencia (sic) del horno*”, y que los residuos “*se siguen enviando al relleno sanitario para ser enterrados en el mismo*”.

11.14. El contrato de concesión celebrado entre el municipio de Oiba y Clemente Gómez Araque fue liquidado unilateralmente el 21 de febrero de 2002 (f. 117-118. c.1). De acuerdo con este acto, la administración no encontró saldo o reconocimiento alguno a favor de la entidad o del concesionario.

11.15. El 10 de noviembre de 2003, el municipio de Oiba certificó los ingresos percibidos por el servicio del matadero (f. 177 - c.1) de este modo:

... revisadas las ejecuciones de Ingresos del año 2003, se recaudó en el Fondo Matadero el siguiente valor:

- *Recaudo Municipio directamente de
Enero a Septiembre de 2003 (9 meses): \$
59.591.680, 00*

- Si fuera el Contrato del Sr. Clemente Gómez Araque(\$1.500.000*9 meses) \$ 13.500.000,00

Por arrendamiento del contrato (sic) del señor Clemente Gómez mensualmente cancelaba \$1.500.000.

El Municipio directamente empezó a cobrar el servicio de faenamiento a partir de Noviembre 02 de 2001.

Durante los años de 2001 (Noviembre 02) 2002 y 2003 el Municipio por servicio de faenamiento ha mantenido estándar la tarifa por este servicio.

11.16. En el plenario obran los testimonios de:

11.16.1. Ricardo Arteaga Gómez, alcalde municipal de Oiba para la época de suscripción del contrato (f. 192 - c.1). En su declaración, el entonces mandatario sostuvo que el matadero tenía en aquel momento problemas económicos, puesto que se encontraba *“por debajo del punto de equilibrio financiero, lo cual lo llevaba a un punto deficitario”*.

De allí que, de acuerdo con el testigo *“se tomó la decisión de hacer una invitación pública para darlo en concesión y trasladar esta responsabilidad a particulares y que el municipio tuviera una utilidad neta, un ingreso (sic) mensual fijo y de esta forma que no acumulara cargas prestacionales”*.

Por último, el deponente sostuvo que la concesión celebrada *“representaba un ingreso neto para el municipio”*, que de este modo se eximía de erogaciones laborales y prestacionales, favorables a las rentas propias de la entidad territorial *“en cuanto al aumento de recaudo y que a la postre lo podría favorecer con recompensas por eficiencia fiscal y administrativa por parte de planeación nacional y el ministerio de hacienda”*.

11.16.2. María del Pilar Duarte Viviescas, secretaria de hacienda municipal para el momento de suscripción de la concesión (f. 185 - c.1). Refirió que el contrato de concesión *“que tenía una duración de tres años en el cual se comprometía a pagar la parte administrativa y del personal que laboraba en el matadero, servicios, un canon de arrendamiento al municipio y algunas mejoras”*.

Manifestó que participó del estudio financiero y económico que evaluó la situación del matadero, realizado *“con base en la carga prestacional del matadero de los empleados, sueldos, prestaciones sociales, servicios y lo que se recaudaba o lo que ingresaba por este concepto, no alcanzaba a cubrir los gastos”*, motivo por el cual se decidió entregar en concesión el

matadero. Igualmente, dijo haber integrado el comité evaluador de las ofertas.

Indicó que desconoce si el señor Clemente Gómez Araque cumplió las obligaciones pactadas en el contrato, salvo la de cancelar a la entidad demandada *“el canon de arrendamiento”* correspondiente a \$ 1'500.000 mensuales libres, suma que –de acuerdo con su versión- era recibida por el Municipio con puntualidad, de acuerdo a los plazos pactados³³.

11.16.3. Nohora Alexandra Calderón Beltrán, secretaria de gobierno del municipio de Oiba entre los años 1998 y 2000 (f. 193 - c.1). Describió la crisis económica del matadero, y señaló que *“Al darse en concesión el matadero a Clemente Gómez el municipio empezó a percibir al mes como que millón y medio y de esta forma se alivió la crisis que el municipio estaba asumiendo ya que los gastos de mantenimiento y la carga prestacional eran altos y aseguro que con Clemente Gómez administrando el matadero fue notoria (sic) el mejoramiento tanto ara (sic) el municipio como para los particulares que tomaban el servicio de faenamamiento”*. Igualmente, manifestó que el concesionario cumplió con sus obligaciones contractuales en condiciones *“eficientes”* de higiene y salubridad.

11.16.4. Alberto Camargo Almeyda, personero municipal de Oiba (f. 199 – c.1). Afirmó que participó en la entrega del matadero, que visitó en varias oportunidades las instalaciones –principalmente en horas de faenamamiento-, y las ocasiones en las que realizó las diligencias halló que para el momento en que terminó el contrato con Gómez Araque *“siempre las condiciones fueron óptimas, tanto en el aseo de las instalaciones como en el manejo de las carnes e igualmente los desechos (sic) orgánicos tales como cascós, cachos y pieles se les daba el tratamiento adecuado para evitar la contaminación de las aguas del río Oibita”*.

En relación con las condiciones del servicio después de la terminación unilateral de la concesión celebrada con Gómez Araque, el declarante indicó que encontró irregularidades en el sacrificio del ganado, en tanto las marcas de *“las pieles de los semovientes sacrificados (...) no correspondían con las guías que poseen las autoridades de policía y sanitarias del municipio, es decir, se estaba sacrificando un ganado mayor diferente al que se reportaba ante las autoridades sanitarias y de policía”*. Además, refirió que efectuó visitas posteriores, en compañía de otras autoridades, en donde siempre observó *“situaciones de desaseo y antihigiene”*.

Concluyó su relato diciendo que, durante los años 2002 y 2003 *“no se cumplieron con las obligaciones de mantener el matadero municipal en condiciones que no afectaran el medio ambiente, no se cumplieron con las exigencias impartidas por la CAS mediante resoluciones...”*.

11.16.5. Erwin Sánchez Tarazona, con quien el demandante contrató la construcción del horno incinerador (f. 226 – c.1). Manifestó que celebró dicho contrato de obra, pero que nunca pudo satisfacerse porque la

³³ Fl. 186-187. C.1.

“mandaron a parar”. Atestiguó que, dadas las circunstancias, pactó una transacción con el señor Clemente Gómez, en donde –junto con el anticipo– se cubrió tanto el monto del contrato como “el material que había ahí en la obra”.

11.16.6. De los expendedores de carne: Pedro David Cuadros Álvarez (f. 194 – c.1); Gerardo López Ardila (f. 194 anverso – c.1); Luis Guillermo Martínez Murillo (f. 195 – c.1); Carlos Alberto Cuadros Álvarez (f. 195 anverso – c.1) y José Antonio Noguera Osorio (f. 197 – c.1). Todos estos testigos coincidieron en afirmar que los servicios del matadero municipal de Oiba eran deficientes antes de que el señor Clemente Gómez lo administrara; que durante su desempeño como concesionario las condiciones de salubridad y aseo mejoraron; y que luego de terminado el contrato dichas condiciones desmejoraron.

11.16.7. De quienes contrataron la prestación de servicios personales para el demandante: Dora Mireya Peñuela Corredor (f. 197 anverso – c.1); José Gerardino Sanabria Castañeda (f. 198 – c.1); Marcos Anibal Acevedo Cortés (f. 198 anverso – c.1). Estas personas declararon haber sido contratadas por el señor Clemente Gómez Araque para prestar sus servicios en el matadero, haber sido perjudicadas por la terminación del contrato de concesión, y celebrado un arreglo con el aquí demandante.

11.16.8. Hamilton Rodríguez Espinosa (f. 199 anverso - 200 – c.1), además de declarar su vinculación contractual con Clemente Gómez Araque para prestar sus servicios en el matadero, sostuvo que durante la concesión realizaban “tratamientos a los pozos sépticos” y desinfectaban la planta de sacrificio, de tal suerte que mantenían las instalaciones en condiciones de aseo y salubridad. Igualmente, declaró que asistió a una visita practicada posteriormente a la terminación, en donde encontró “desechos en descomposición en la planta, los pozos sépticos no funcionaba (sic), la planta de tratamiento no funcionaba, el estierco (sic) en pésimas condiciones...”.

11.17. Por último, la parte demandante aportó un video en formato VHS en el que, según su escrito de adición de demanda, mostraba el momento en que el contratista hizo entrega del matadero, y pretendía demostrar el “estado de higiene, sanidad, orden, funcionamiento y en general, cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista.”³⁴

Si bien la jurisprudencia de esta Subsección ha valorado este tipo de elementos como documentos privados,³⁵ ello no puede ignorar que un documento únicamente posee el carácter de tal cuando tiene la capacidad de representar un hecho o manifestación de pensamiento, y solo puede valorarse cuando hay constancia de su autenticidad.³⁶

³⁴ Fl. 94 – c. 1

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “B”. Sentencia del 3 de septiembre de 2015. Rad. 08001-23-31-000-1997-012523-01(34255). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

³⁶ Parra Quijano, Jairo. “Manual de Derecho Probatorio”. 15ª ed. Librería Ediciones del Profesional. Bogotá D.C. 2006, p. 532 y ss.

Observado el video, no encuentra la Sala que este elemento sea capaz de aportar a los propósitos buscados por la actora. Las imágenes y el audio tienen una calidad defectuosa; no se conoce la ubicación precisa, ni la fecha de su filmación; no se identifican las personas que participan en él, y en líneas generales no relata adecuada y ordenadamente un acontecimiento ocurrido en el pasado (en este caso, la entrega del matadero a las autoridades municipales tras la terminación unilateral del contrato). Por lo anterior, este documento no será tenido en cuenta en este fallo.

Cabe aclarar que el acta de entrega supuestamente suscrita no fue aportada por ninguna de las partes al expediente.

III. Problema jurídico

12. Conforme lo expuesto en los actos procesales de las partes (demanda, contestación y alegatos de conclusión), lo decidido por la sentencia de primera instancia, y los argumentos de la apelación, corresponde a la Sala responder al siguiente problema jurídico: ¿Es válida la terminación unilateral del contrato de concesión celebrado entre el Municipio de Oiba y el señor Clemente Gómez Araque, adoptada por la entidad territorial contratante mediante las Resoluciones 259 y 276 de 2001 o, como lo alega la parte demandante, estos actos administrativos incurrieron en falsa motivación?

IV. Análisis de la Sala

13. Antes de estudiar el caso concreto, esta Subsección estima pertinente realizar algunos comentarios sobre los siguientes aspectos puntuales para proferir el presente fallo. Ello sin perjuicio de que, al referirnos al asunto particular, se añadan otros elementos dirigidos a fundamentar la resolución del presente conflicto.

14. Se advierte que el régimen sustancial del contrato de concesión cuya terminación unilateral provoca este pronunciamiento está compuesto por la Ley 80 de 1993, y los decretos reglamentarios de esta norma legal que estuvieron vigentes al 26 de diciembre de 2000, fecha de su celebración, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887³⁷.

V. Las cláusulas excepcionales de terminación unilateral de los contratos estatales. Énfasis en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley 80 de 1993

15. El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 indica las potestades de la administración pública en desarrollo de su actividad contractual. *In extenso*, este precepto señala lo siguiente:

ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL

³⁷ Ley 153 de 1887 - Artículo 38 “*En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.*”

OBJETO CONTRACTUAL. *Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

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

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

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

PARÁGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

16. Al tratarse de una característica generalmente distintiva de los contratos celebrados por la administración pública, las cláusulas o potestades excepcionales (o también denominadas exorbitantes) han tenido un especial y amplio tratamiento en la jurisprudencia y en la doctrina.

De acuerdo con la posición mayoritariamente aceptada es la primacía del interés público³⁸ implícita en la actividad contractual de las entidades públicas, la que justifica la existencia de estas prerrogativas³⁹, entendiendo que los fines perseguidos por las personas jurídicas de derecho público al celebrar cualquier tipo de negocio jurídico de esta naturaleza son idénticos a los que busca en cualquiera de sus actividades: el interés general, la satisfacción de las necesidades de la población, la constante y adecuada prestación de los servicios públicos, entre muchas otras (Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2 y 209); y que resultan –de acuerdo con esta línea de pensamiento- diferentes a los procurados por los particulares cuando efectúan este clase de acuerdos. En opinión de la doctrina española:

... la verdadera razón de fondo que justifica la aplicación de esta prerrogativa está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas o, si se prefiere, con los <<servicios públicos>>, cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la Administración, y cuyo gobierno, por consiguiente, debe ésta atender con todas sus facultades específicas, sobre todo en evitación de retrasos, que serían ineludibles si la Administración

³⁸ De Laubadère. André. “Manual de Derecho Administrativo”. 11ª ed. Versión traducida al español. Temis. 1984, p. 191.

³⁹ Así, por ejemplo, la Corte Constitucional se manifestó en esta dirección: “El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general.” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

tuviese ella misma que demandar ejecutorias judiciales o si su actuación pudiese ser paralizada por el simple expediente de un proceso.⁴⁰

En idéntica dirección, esta Sala ha manifestado en una de sus múltiples providencias sobre este tema:

... en materia de contratación estatal no se puede perder de vista el hecho de que en la misma se manejan intereses distintos a los que motivan los negocios entre particulares, puesto que siempre, aunque sea indirectamente, a la Administración la mueve una finalidad de interés general, que es la que justifica en últimas su propia existencia; y por ello, “Tampoco puede ésta celebrar contratos ni públicos ni privados, donde la finalidad de utilidad pública o de la propia Administración estén ausentes porque estaría fuera de su razón jurídica de ser”⁴¹, mientras que para el particular, el móvil siempre lo constituirá el ánimo de lucro y las ventajas personales, individuales, en su propio provecho, que pueda derivar de esa actividad lícita.

En virtud de los mayores intereses que persigue la Administración Pública, le corresponde ejercer poderes de control y dirección de los contratos que celebra, con miras a obtener su efectiva y oportuna ejecución, tomando medidas de corrección, vigilando la calidad técnica y material de la obra, asegurando el cumplimiento oportuno mediante la adopción de medidas compulsivas, ejecutando la obra directamente cuando el contratista suspende la misma, etc. etc..

Como parte de esos poderes, el legislador le ha otorgado expresamente algunos que son propios de los contratos estatales regidos por las normas de derecho público -antes, Decreto Ley 222 de 1983 y hoy la Ley 80 de 1993-, denominados cláusulas exorbitantes o facultades excepcionales al derecho común, por cuanto resultan ajenos a las facultades que los contratantes pueden ejercer dentro de un contrato corriente sujeto a las normas del derecho privado y le otorgan a la Administración prerrogativas que rompen el principio de igualdad entre las partes.⁴²

⁴⁰ García de Enterría. Eduardo, y Fernández. Tomás-Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. 4ª ed. Civitas. Madrid, 1983, p. 636.

⁴¹ [2] “PEREZ HUALDE, Alejandro; *Contratos Administrativos (dirigido por ISMAEL FARRANDO (h)) LexisNexis Abeledo Perrot Buenos Aires, 1ª. Ed., 2002; pg.442.*”

⁴² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2004. Rad. 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342). C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

17. Con todo, la consideración de la suprema finalidad de las cláusulas exorbitantes no puede pasar por alto el carácter eminentemente imperativo que estas decisiones poseen; se trata de una prerrogativa propia del poder público de la entidad contratante, y por ende sometida estrictamente a la ley que faculta su aplicación. En otro pronunciamiento, esta Sala tuvo ocasión de profundizar este aserto:

... los poderes exorbitantes son facultades regladas que emanan del poder público y se originan en la ley, con fundamento en las cuales la Administración puede dirigir, controlar, interpretar, modificar, terminar, sancionar y caducar, en forma unilateral, el contrato, los cuales deben ejercerse mediante actos administrativos motivados, de conformidad con un procedimiento establecido y dentro de ciertos límites fijados por el orden jurídico.

En este sentido, los poderes excepcionales al derecho común, únicamente pueden ser ejercidos en los eventos y con las condiciones que la ley autoriza a las entidades públicas, habida cuenta de que está por fuera de discusión que todas las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley, conforme a lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política.

En efecto, esta Corporación, en su jurisprudencia, ha manifestado que el principio de legalidad, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta, le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la Constitución Política, por la ley o el reglamento y, por lo mismo, defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculden en sentido contrario, razones todas éstas que tienen plena aplicación en materia de contratación estatal⁴³.

Y, como corolario del principio de legalidad, ha señalado también que los poderes exorbitantes se fundamentan en el interés

⁴³ [14] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 14.579, Sentencia de 20 de octubre de 2005.”

público, en tanto no persiguen objetivo distinto a la protección, prevalencia o predominio general⁴⁴; son excepcionales pues no son de uso habitual; irrenunciables por estar contemplados en normas de orden público; de interpretación restrictiva⁴⁵; y finalmente, no se refieren a derechos sino a potestades que se encuentran claramente determinadas y delimitadas material y temporalmente.

De manera pues que el ejercicio de un poder excepcional en un contrato celebrado por la Administración requiere de una consagración y determinación legal en relación con su modalidad, competencia, contenido, requisitos y condiciones de viabilidad, so pena de ilegalidad del acto en el que ella aplique un poder no conferido por la legislación que pueda afectar a su colaborador cocontratante; así, el servidor público responsable de la gestión del contrato conoce la órbita de competencia funcional en tratándose de su control, dirección y coerción para el debido cumplimiento del mismo y el contratista la capacidad de las autoridades y el alcance de las decisiones que éstas pueden adoptar durante su ejecución, como las consecuencias que le puede acarrear el desconocimiento de los postulados y estipulaciones que rigen la actividad que le ha sido confiada.⁴⁶

Puntualiza la Sala, en el pronunciamiento citado, que las facultades excepcionales de la administración en el contrato estatal se rigen por las siguientes notas características:

- i) La primera, como ejercicio del poder público, que se materializa en actos administrativos reglados en desarrollo de función administrativa, para el debido seguimiento, control y vigilancia del cumplimiento del contrato, con el objeto de garantizar la prestación y continuidad de los servicios a cargo de los distintos entes del Estado;*
- ii) La segunda, como restricciones a la libertad negocial en los contratos que celebran el Estado y los particulares, con fundamento en los conceptos de orden público e interés general*

⁴⁴ [15] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de mayo de 1990, Exp. 4217 y Sentencia de 11 de diciembre de 1989, Exp. 5334.”

⁴⁵ [16] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de noviembre de 1994, Exp. 8449. Providencias en Igual sentido: Sentencia de 29 de enero de 1988, Exp. 3615.”

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Rad. 50422-23-31-000-1992-01369-01(17031). C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido, de la misma Corporación y Sala, ver: Subsección “B”. Sentencia del

que sustentan los contratos estatales, dado que no es posible prescindir o renunciar a esas potestades y menos aún desconocerlas por voluntad de las partes en aquellos contratos en los que son obligatorios; y

iii) La tercera, como expresión del principio de legalidad, en tanto encauzan en las relaciones contractuales del Estado las facultades que por antonomasia le corresponden a la Administración para el cumplimiento de su misión a través de la actividad contractual y habida cuenta de que ésta habrá de ejercerlas en el marco de la juridicidad de la función administrativa que involucra la contratación pública, so pena de que en caso de inobservancia del mismo se incurra en un vicio de ilegalidad que afecte el acto que la contenga y, por ende, sea éste susceptible de declaratoria de nulidad por el juez contencioso administrativo.⁴⁷

18. Luego, el marco de la motivación fáctica y jurídica del acto administrativo que decide adoptar una de estas medidas está fijado expresamente por las normas que reglamentan la potestad de proferirla, sin que sea posible que la administración obvie este requisito de validez, o sencillamente aluda a las causales sin desarrollar explícitamente las razones de su aplicación, o lo haga sin brindar mayores explicaciones sobre el por qué de su disposición. Lo contrario, además de significar una afrenta contra la legalidad del acto, puede traer consigo el desconocimiento de los derechos del contratista y el alejamiento del postulado de buena fe⁴⁸ (Constitución Política de Colombia – Artículo 83; Código Civil – Artículo 1603; Ley 80 de 1993 – Artículo 28) que rige las distintas actividades estatales⁴⁹.

19. En relación con este último tema, es notable el estrecho ligamen entre el respeto a la relación bilateral existente entre el particular y la administración, la buena fe, y el ejercicio legal de potestades unilaterales:

Si bien la finalidad de realización de una obra o servicio público a

29 de octubre de 2015. Rad. 25000-23-26-000-2002-00657-01. Exp. 32436. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ Sobre algunas particularidades de este principio, ver: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de septiembre de 2001. Rad. 25000-23-26-000-1995-1324-01(14582). C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴⁹ En relación con la terminación unilateral del contrato, esta Sala sostuvo en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, lo siguiente: “*Cuando la administración termina un contrato en forma unilateral debe explicar claramente el por qué. Sólo así el contratista podrá defender sus derechos, si considera que esos motivos no se dieron o fueron irrelevantes, y si lo hace por motivos de conveniencia, orden público o interés general tendrá que indicar en qué consisten tales motivos cuál es su alcance. No podrá limitarse a afirmar la entidad contratante en forma genérica que la medida obedece a "razones de orden público" o "se estima conveniente" o "el orden público así lo exige", porque éste equivale a no decir nada.*” (CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso

que responden los contratos administrativos, determina la necesidad de otorgar a la Administración una serie de facultades exorbitantes de Derecho común, que en esencia constituyen una situación de desigualdad jurídica a favor del organismo público y entre las que sobresale, como muy importante, la de declarar unilateralmente la resolución del contrato, ello no significa que pierden su naturaleza de relación jurídica bilateral que exige no sólo el respeto a lo pactado, sino también que el ejercicio de estas facultades exorbitantes se acomode a las normas jurídicas por las que se rigen...⁵⁰

20. Una de las potestades excepcionales de la contratación estatal establecidas por el legislador es la terminación unilateral. Su sustrato jurídico se encuentra en la Ley 80 de 1993, artículos 14 (ya citado) y 17, cuyo texto es el que sigue:

ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución

Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de septiembre de 1990. Rad. 3106. C.P. Antonio José de Irisarri Restrepo).

⁵⁰ González Pérez, Jesús. “*El principio general de la Buena fe en el derecho administrativo*”. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1983. p. 97-99. Cita sentencia del Tribunal Supremo Español del 17 de mayo de 1973.

se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.

21. De acuerdo a los diversos pronunciamientos que esta Corporación ha destinado al entendimiento de este precepto, se trata de una de los múltiples modos de terminación del contrato estatal, específicamente una de sus formas anormales de extinción.⁵¹ Mediante esta decisión administrativa finaliza el vínculo contractual sin que sean ejecutadas en su totalidad las prestaciones pactadas en el negocio jurídico, siempre que se presente alguna de las causales indicadas en la norma.

22. La terminación unilateral del contrato, dispuesta por el artículo citado anteriormente no constituye un acto sancionatorio que signifique un reproche para alguno de los extremos contractuales⁵² sino *“una herramienta cuyo fin exclusivo, lejos de fungir como un acto represivo contra el contratista o en contra de la ejecución del contrato mismo, es el de lograr el cabal cumplimiento de los cometidos estatales y, en ese sentido, impedir que se frustre la realización del objeto contractual.”*⁵³ Ello, sin desconocer que con el ejercicio de esta potestad la administración deba reconocer la

⁵¹ Dice la doctrina que desarrolla esta clasificación, que los modos anormales de terminación del contrato se califican de ese modo porque *“se deben a hechos o circunstancias sobrevinientes”* en donde *“no se produce el agotamiento del objeto del contrato, su cumplimiento total, sino que la relación contractual se ve interrumpida, rota antes del momento correspondiente...”* (Escola, Héctor Jorge. *“Tratado Integral de los Contratos Administrativos”*. Vol. I. Parte General. Depalma. Buenos Aires. 1977, p. 472). En pronunciamientos de esta Corporación, ver entre otros: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Rad. 76001-23-31-000-1994-00507-01(15239). C.P. Mauricio Fajardo Gómez; y Subsección “A”. Sentencia del 9 de mayo de 2012. Rad. 85001233100020000019801. Exp. 20968. C.P. Mauricio Fajardo Gómez y; Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2150 del 30 de octubre de 2013. C.P. William Zambrano Cetina.

⁵² *“La terminación unilateral sólo tiene como propósito y efecto la finalización anticipada de un determinado contrato estatal, sin que ello signifique ni pretenda desconocer y mucho menos deshacer todo lo que hasta ese momento se hubiere ejecutado con base en dicho contrato, amén de que tal decisión de terminación anticipada tampoco comporta reproche alguno para las partes o al menos para una de ellas, así sea implícito, respecto de los elementos existentes al momento del perfeccionamiento del respectivo contrato.”* (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007. Rad. 85001-23-31-000-1997-00339-01(15599). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.) Así mismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación ha señalado: *“La Administración provista de esta competencia por el ordenamiento jurídico, en caso de extrema gravedad, no busca un efecto punitivo contra el administrado que le colabora en la consecución de los fines del Estado, sino que es un medio de control para evitar que las entidades públicas tengan obstáculo jurídico que les imponga interrupción, retardo o paralización en la continuidad de la actividad, función o servicio público, para defensa del interés común y a su vez en beneficio del patrimonio público ya que impide la violación del principio de la economía susceptible de afectarse por las circunstancias que le dan origen a su declaratoria.”* (Concepto 1293 del 14 de diciembre de 2000. C.P. Luis Camilo Osorio Isaza).

⁵³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “A”. Sentencia del 11 de junio de 2014. Rad. 76001233100020000176401. Exp. 34169. C.P. Hernán Andrade Rincón.

indemnización de los perjuicios ocasionados, tal como lo señala el numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

23. Ahora, tratándose de una potestad excepcional investida de poder coercitivo, también ha advertido la jurisprudencia su carácter reglado, su uso extraordinario y su interpretación restrictiva, ceñida exclusivamente a los supuestos previstos por la Ley⁵⁴, de modo que la terminación unilateral debe reunir estos requisitos: *“i) que la manifestación de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo, ii) que dicho acto debe ser el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato, es decir, debe estar debidamente motivado y iii) que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley ha dispuesto.”*⁵⁵

24. En este orden de ideas, y en dirección a resolver el asunto *sub judice* interesa tener presente el alcance de la causal primera prevista en el citado artículo 17 de la Ley 80 de 1993, que condensa la terminación unilateral por motivos de interés público a través de dos situaciones diferentes: la exigencia del servicio público, o la presencia de circunstancias de orden público que impongan la extinción del contrato.

24.1. La primera de ellas tiene lugar *“cuando con la ejecución del objeto pactado se afecte alguna de las necesidades propias de los administrados que deben ser satisfechas por el Estado, de forma tal que: de una parte afecte la actividad administrativa que se quiere realizar con la celebración del negocio o, de otra, la consecución de aquello encargado por la Administración a su contratista, no obstante permitir la cabal prestación del servicio público propio del contrato, perjudica la actividad estatal en su conjunto”*⁵⁶.

24.2. Mientras que la segunda *“alude a ese orden material y exterior considerado como una situación fáctica que está llamada a mantener la autoridad en orden a garantizar las condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad y cuyos elementos constitutivos son la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas”*⁵⁷.

25. Nótese que, lejos de ser una causal propicia para que la administración la invoque a su antojo, y disponga ante cualquier evento la terminación unilateral de un contrato, tiene estrictas condiciones para su empleo. En efecto, en el acto que dispone el ejercicio de la potestad debe quedar claramente establecido, además de la existencia de la situación, (i) que la ocurrencia de este hecho efectivamente altera la prestación normal del

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de junio de 2007. Rad. 25000-23-26-000-1996-02482-01(17253) C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “B”. Sentencia del 6 de abril de 2011. Rad. 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Reiterada por la Subsección “C” de la mencionada Sala en Sentencia del 15 de febrero de 2012. Rad. 85001-23-31-000-2000-00202-01 (19730). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵⁶ Expósito Vélez. Juan Carlos. *“Forma y contenido del contrato estatal”*. Serie Derecho Administrativo nº 19. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013, p. 204-205.

⁵⁷ Sentencia del 6 de junio de 2007. Rad. 17253, ya citada.

servicio público, es decir, que existe una relación inescindible entre los hechos motivadores y las exigencias propias del servicio que no se verían correspondidas –desde la óptica del interés general- con la ejecución del contrato y; (ii) que se acudió o fue imposible acudir a otros mecanismos menos gravosos para superar la coyuntura que afectó tales exigencias, en tanto es una medida de aplicación restrictiva.

26. De otra parte, la Sala también ha resaltado –siguiendo la doctrina autorizada en la materia⁵⁸- la necesidad de que esta determinación se ajuste a criterios de razonabilidad y de proporcionalidad. Es decir, que una decisión de terminación unilateral de un contrato estatal no solo debe acoplarse a lo señalado específicamente por la ley, igualmente debe ser razonable en relación con los principios y valores dispuestos por normas superiores,⁵⁹ ser adecuada con los hechos que la preceden, y con las finalidades que persigue⁶⁰, de manera que estos criterios (legalidad, racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad) son el derrotero simultáneo tanto de la actuación de la administración como del control efectuado por el juez de lo contencioso administrativo sobre este tipo de actos.⁶¹

27. Todo lo anterior guarda absoluta relevancia con el cargo que ha entablado la parte actora contra las resoluciones demandadas. La prosperidad del cargo interpuesto por la demandante depende de si la motivación fáctica y jurídica de los actos administrativos de terminación unilateral del contrato de concesión halla asidero en la realidad y en las normas superiores.

Así las cosas, conforme a la jurisprudencia de la Sala, la falsa motivación será exitosa en tanto se produzca una de estas situaciones: “i) se presenta

⁵⁸ “El ejercicio de una potestad tan importante debe ser convincente y razonablemente usado, pues de lo contrario se generará la imagen de un accionar arbitrario o caprichoso, justamente en un campo en que no puede admitirse ni siquiera la sospecha de un proceder de tal tipo”. (Escola. Ob. cit. p. 406).

⁵⁹ “Una evaluación de razonabilidad, busca encontrar razones y argumentos fundados no sólo en las reglas de ‘racionalidad’, sino también en reglas de carácter valorativo. Es decir, con la racionalidad se busca evitar las conclusiones y posiciones absurdas, en tanto que con la razonabilidad se busca evitar conclusiones y posiciones que si bien pueden ser lógicas, a la luz de los valores constitucionales no son adecuadas.” (Corte Constitucional. Sentencia T-212 del 15 de marzo de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa).

⁶⁰ “... el juez -e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. Por tanto, se debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. Lo anterior se resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general.” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009). C.P. Enrique Gil Botero)

⁶¹ “Las razones de orden público o de interés general, genéricamente conocidas como de conveniencia, esgrimidas por la administración deben tener entidad y relevancia y son controlables jurisdiccionalmente. Como lo ha dicho la jurisprudencia esas razones están envueltas en el control de legalidad y no en el simple control del mérito. Control de legalidad que se extiende no sólo a constatar la veracidad de los motivos expuestos, sino también a evaluar la seriedad, la pertenencia (sic) de estos y la proporcionalidad con la medida tomada.” (Consejo de Estado. Sentencia del 7 de septiembre de 1990. Rad. 3106, ya citada.)

*inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas; iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión*⁶².

VI. Las competencias administrativas municipales en torno a los mataderos públicos, y la concesión como tipo contractual habilitante para su prestación por un particular.

28. La Corporación ha tratado en numerosas oportunidades⁶³ la actividad de los mataderos, las diversas competencias de los municipios en torno la prestación del servicio y su posible impacto ambiental cuando este no se presta adecuadamente.

28.1. En primera medida, la ley asigna la responsabilidad de la prestación de los servicios públicos de matadero a los municipios. El artículo 1º del Decreto Ley 77 de 1987 señala a este respecto:

Artículo 1º.- 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 comisarias podrán concurrir a la prestación de estos servicios.

28.2. En líneas generales, los municipios tienen competencia para ejercer **vigilancia y control** sobre la operación de los mataderos, el saneamiento ambiental y los factores de riesgo del consumo, conforme al artículo 2 – numeral 3 de la Ley 60 de 1993, aplicable al presente caso por ser la norma vigente tanto al momento de la celebración del contrato cuya terminación unilateral se juzga, como de las resoluciones aquí demandadas:

ARTÍCULO 2º - COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS. Corresponde a los Municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a

⁶² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de febrero de 2009. Rad. 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797). C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

⁶³ Particularmente en decisiones de acción popular ver, entre otras: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencias del 15 de febrero de 2007. Rad. 15001-23-31-000-2001-01930-01(AP). C.P. Camilo Arciniegas Andrade; del 18 de abril de 2007. Rad. 19001-23-31-000-2003-01062-01(AP). C.P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta; del 14 de junio de 2007. Rad. 63001-23-31-000-2003-01100-01(AP) C.P. Martha Sofía Sanz Tobón; del 5 de julio de 2007. Rad. 73001-23-31-000-2002-02043-01(AP). C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; del 17 de abril de 2008. Rad. 41001-23-31-000-2005-00782-01(AP). Martha Sofía Sanz Tobón.

las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales así:

(...)3. *En el sector de agua potable y saneamiento básico, asegurar la prestación de los servicios de agua potable, alcantarillado, soluciones de tratamiento de aguas y disposición de excretas, aseo urbano, y saneamiento básico rural, directamente o en asociación con otras entidades públicas, comunitarias o privadas, o mediante contratación con personas privadas o comunitarias. Ejercer la vigilancia y control de las plazas de mercado, centros de acopio o mataderos públicos o privados; así como ejercer la vigilancia y control del saneamiento ambiental, y de los factores de riesgo del consumo, las cuales podrán realizarse en coordinación con otros municipios y con el departamento.*

28.3. La **construcción** de los mataderos en lugares adecuados para su funcionamiento, donde no afecten el medio ambiente ni la salubridad pública; y en condiciones infraestructurales que garanticen la correcta prestación del servicio⁶⁴. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación⁶⁵ las normas que han regulado esta labor son la Ley 9 de 1979 (artículos 300 a 363), y el Decreto 2278 de 1982⁶⁶. La primera, fija los requisitos de funcionamiento con que deben contar los mataderos; el segundo, encargado de reglamentar la Ley “*en cuanto al sacrificio de animales de abasto público o para consumo humano y el procesamiento, transporte y comercialización de su carne*”.

Esta norma, a la luz de la Constitución Política de 1991, permite atribuir las competencias relacionadas con este tema a los municipios. De acuerdo con el artículo 311 superior:

Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.

Estas competencias fueron desarrolladas a través de la Ley 136 de 1994, en

⁶⁴ Cabe decir que, en la actualidad, este deber halla una expresión más concreta en el artículo 76 – numeral 12 de la Ley 715 de 2001: “76.12. *Equipamiento municipal. Construir, ampliar y mantener la infraestructura del edificio de la Alcaldía, las plazas públicas, el cementerio, el matadero municipal y la plaza de mercado y los demás bienes de uso público, cuando sean de su propiedad.*”

⁶⁵ Sentencia del 15 de febrero de 2007, referenciada en la cita n° 63.

⁶⁶ Modificado por el Decreto 1036 de 1991, ambos vigentes para el momento de la celebración del contrato. Posteriormente fue derogado por el Decreto 1500 de 2007.

su artículo 3⁶⁷:

ARTÍCULO 3. FUNCIONES. Corresponde al municipio.

1. Administrar los asuntos municipales y prestar los servicios públicos que determine la ley.

2. Ordenar el desarrollo de su territorio y construir las obras que demande el Progreso municipal.

3. Promover (...) el mejoramiento social y cultural de sus habitantes.

4. Planificar el desarrollo económico, social y ambiental de su territorio, de conformidad con la ley y en coordinación con otras entidades.

5. Solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, servicios públicos domiciliarios, vivienda recreación y deporte, (...).

6. Velar por el adecuado manejo de los recursos naturales y del medio ambiente, de conformidad con la ley.

7. Promover el mejoramiento económico y social de los habitantes del respectivo municipio.

(...) 9. Las demás que le señale la Constitución y la ley.

28.4. Además, en consonancia con el deber de vigilar y controlar la actividad de estos establecimientos, la Ley 99 de 1993 – artículo 63 fija como competencia municipal, extensible –claro está- a los mataderos: “9) *Ejecutar obras o proyectos de descontaminación de corrientes o depósitos de agua afectados por vertimientos del municipio, así como programas de disposición, eliminación y reciclaje de residuos líquidos y sólidos y de control a las emisiones contaminantes del aire*”.

28.5. En suma, la Sala encuentra que las diversas dimensiones que acarrea la instalación, puesta en funcionamiento, requisitos mínimos, y prestación del servicio de los mataderos, así como la garantía de los derechos “*de quienes concurren al desarrollo de dicha actividad, bien sea en condición de productores, comerciantes o de consumidores finales*”⁶⁸ no son, en absoluto, ajenos a las competencias municipales asignadas por la Constitución, la ley

⁶⁷ Vigente para la época de celebración del contrato. Actualmente, modificado por la Ley 1551 de 2012 – artículo 6.

⁶⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2015. Rad. 73001233100020030063401 (37566). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

y el reglamento a estas autoridades locales. Entiende la Sala que esta es una de las múltiples expresiones concretas de la estimación del municipio en la división político-administrativa del poder público como la entidad fundamental llamada a ser la primera en satisfacer las necesidades fundamentales de la comunidad⁶⁹ lo que da cuenta, no solo de la importancia de dichas facultades, sino de la fuerza vinculante de estos deberes, capaces de prevalecer sobre cualquier convención que fije lo contrario.

29. Así mismo, al resolver asuntos contractuales, esta Sección se ha referido a los mataderos públicos en varias ocasiones,⁷⁰ en las que ha puntualizado que:

29.1. Los mataderos públicos son bienes fiscales, porque *“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.”*⁷¹

29.2. Teniendo en cuenta que este tipo de establecimientos desarrolla *“un servicio público en cuento (sic) lleva consigo una típica actividad de prestación efectiva a la colectividad, cuya titularidad está en cabeza de las personas públicas municipales, debidamente regulada en la ley y que puede ser prestada por la entidad pública y por particulares habilitados por la ley, como se prevé en el artículo 365 constitucional”*⁷² ha estimado esta Sección que **el contrato de concesión, aludido por el artículo 32 – numeral 4 de la Ley 80 de 1993⁷³, es el tipo contractual apto para que un particular preste los servicios de abasto público en un establecimiento de orden territorial.**⁷⁴

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁷⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “A”. Sentencias del 27 de marzo de 2014 Rad. 25000-23-26-000-1998-02814-01(26939). C.P. Hernán Andrade Rincón; y del 16 de septiembre de 2013. Rad. 855001-23-31-000-1998-00118-01(19705). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Y de la Subsección “C”. Sentencia del 4 de junio de 2015, ya citada.

⁷¹ Sentencia del 27 de marzo de 2014, ya citada.

⁷² Sentencia del 4 de junio de 2015, ya citada.

⁷³ Dispone la norma: *“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.”*

⁷⁴ Cabe recordar que el contrato de concesión se distingue por las siguientes características: *“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*

Dicho lo anterior, la Sala procede a estudiar el asunto traído a su conocimiento.

VII. El caso concreto

30. Dejando claro que el contrato celebrado entre el señor Clemente Gómez Araque y el municipio de Oiba es, en efecto, un contrato de concesión, en tanto posee los elementos esenciales que caracterizan este tipo de contratos,⁷⁵ la Sala encuentra acreditada la falsa motivación de los actos administrativos impugnados (punto 11.9.) respecto de los hechos acontecidos en torno a la ejecución de este contrato estatal, y de las normas que facultan la aplicación de la potestad exorbitante de terminación unilateral.

En otros términos, la administración municipal de Oiba aplicó indebidamente la mentada cláusula excepcional, contrariando el ordenamiento jurídico, desconociendo las situaciones fácticas que giraron en torno al devenir de la concesión, e irrespetando los derechos del particular contratista – ahora demandante-. Veamos por qué:

31. **En relación con la construcción del horno crematorio.** Como fundamento de sus decisiones, la Administración hizo énfasis en que el concesionario no construyó el horno crematorio para disponer de los residuos sólidos provenientes de la actividad del matadero, como se lo obligaba el parágrafo de la cláusula sexta (punto 11.5.5.) del contrato.

31.1. Basta con ver los artículos 14 y 17 de la Ley 80 de 1993 arriba reseñados para saber que, en Colombia, la terminación unilateral del contrato estatal no procede ante un incumplimiento contractual, situación que evidencia que los actos demandados adolecen del vicio alegado por la parte actora.

31.2. Aunado a lo anterior, ni siquiera se demostró que el contratista hubiera incumplido esta obligación. Es más, la autoridad no posibilitó su cumplimiento, porque los actos de terminación unilateral fueron emitidos antes de que se cumpliera el término de un (1) año a partir de la suscripción del contrato, que la mencionada cláusula disponía para la construcción de dicha infraestructura. Los actos se emitieron el 3 y el 27 de octubre de 2001, respectivamente, mientras que el plazo señalado por el contrato se cumplía

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.” (Ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 27 de marzo de 2014 y del 4 de mayo de 2015, ya citadas).

⁷⁵ Es decir: el objeto del contrato (la prestación y explotación del servicio público de sacrificio de ganado), la transferencia de los bienes muebles e inmuebles que hacen parte del matadero, la estipulación de la cláusula de reversión, y la asunción exclusiva de los riesgos de la prestación del servicio. (Ver: puntos 11.5.1, 11.5.4.1. y 11.5.5. del presente fallo).

el 26 de diciembre del 2001.

31.3. En este sentido, que se haya suscrito un contrato de obra con un tercero en una fecha próxima al cumplimiento de este plazo no era suficiente para configurar el incumplimiento contractual del concesionario. Y en todo caso, se insiste, la vía para remediar esta circunstancia no era la terminación unilateral de la concesión entera: el posible o eventual incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato estatal no es una causal para ejercer esta potestad excepcional, tal como lo entendieron los actos juzgados en este proceso, falsamente motivados.

31.4. De otra parte, observa la Sala que la construcción del horno crematorio era una obligación previa impuesta a la administración municipal por la CAS antes de la suscripción del contrato, circunstancia que –por supuesto- era conocida por la entidad concedente, y si bien era posible que en el marco de la concesión el particular se encargue de la obra, haciendo de ésta una obligación contractual para el contratista, ello no permitía que el municipio se desentendiera completamente de sus deberes constitucionales y legales en relación con el servicio público concesionado.

31.5. En ese orden de ideas, es apenas lógico que la terminación unilateral del contrato no pueda tener fundamento en circunstancias previas a la celebración del negocio jurídico, o en situaciones eventuales que no se han producido. Tampoco es concebible que la Administración deje de ejercer vigilancia y control sobre la prestación del servicio público desarrollado en el matadero, y se desprenda de los deberes que le atañen a la entidad territorial sobre la infraestructura de los bienes públicos de su propiedad, en este caso, un bien fiscal.

31.6. Agrega la Sala que el contrato de concesión no es, ni podrá ser considerado, como una vía que las entidades públicas utilicen para abandonar las responsabilidades que les asigna el ordenamiento jurídico. Por el contrario, como lo ha puntualizado esta Sección, lejos de restarse la vigilancia y control sobre el servicio público, con el contrato de concesión esta se vuelve mayor:

Las características de estos contratos, que de suyo implican una delegación de las facultades de la administración pública al concesionario (concesión de servicio público) y el otorgamiento de derechos y prerrogativas sobre el uso de bienes públicos (concesión de bien público), hacen que las facultades de la administración de dirección y control del contrato no sean simplemente las mismas que se ejercen en los demás contratos estatales sino que en éstos por el especial interés público que involucran, el control del Estado sobre la actividad del concesionario se acrecienta e intensifica no sólo para saber si el contratista cumple, sino también para establecer si puede cumplir mejor, en condiciones de mejoramiento de cantidad, calidad y precio del servicio para los usuarios, en cuyo beneficio se otorga

*la concesión, lo que justifica la previsión contemplada en los pliegos de condiciones sobre las condiciones de la prórroga.*⁷⁶

31.7. Extrañamente, el contrato de concesión del matadero municipal no ignoraba esta circunstancia, como si lo hacen los actos demandados. En las obligaciones del concesionario (punto 11.5.4.1.), el literal f) señaló que el contratista debía: “f) Permitir al Municipio la eventual construcción de obras adicionales, o la instalación de nuevos equipos, caso en el cual el Municipio dará aviso al concesionario con anterioridad a la iniciación de la obra determinada.” No existe prueba alguna de que la entidad, antes de terminar unilateralmente el contrato, hubiera obrado, en relación con la construcción del susodicho horno crematorio, como se lo indicaba el mismo contrato.

En consecuencia, este supuesto de hecho argüido por la Administración no podía sustentar la potestad excepcional ejercida, y carece del alcance que la entidad le concedió para justificar la terminación unilateral del contrato estatal de concesión.

32. La situación medioambiental y las condiciones del servicio prestado por el matadero. Los actos administrativos motivan su decisión en la carencia de elementos e infraestructura para tratar los desechos sólidos y líquidos generados por el matadero, hecho remarcado por la CAS en sus resoluciones 01584 de 1999 (punto 11.1.1.) y 02927 de 2000 (punto 11.1.2.).

32.1. Sin embargo, esta situación también se produjo antes de que el demandante fuera el concesionario del establecimiento.

32.2. Adicionalmente, la CAS mediante Resolución 00002922 del 11 de diciembre de 2001 (punto 11.7.4.) reconoció los avances en la adopción de las medidas impuestas por dicha entidad en el año 1999, encontró las instalaciones “en perfecto estado de aseo y limpieza”, sin “malos olores, ni moscas”⁷⁷. Luego, contrariamente a lo señalado por la entidad demandada, la autoridad ambiental, en su labor de seguimiento a la orden impartida inicialmente, destacó la mejora en el servicio, y no hizo cosa distinta que instruir tanto al municipio como al contratista en medidas que hicieran progresar las buenas condiciones higiénicas y sanitarias observadas, sin demeritar lo realizado hasta el momento. A tal punto que la CAS aceptó la ampliación del plazo solicitada por el propio municipio para cumplir con lo

⁷⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de septiembre de 1997. Rad. 9118. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Este razonamiento se sustenta en la doctrina argentina, que sostiene lo siguiente “La concesión implica en favor del concesionario una delegación de las respectivas facultades por parte de la Administración Pública, quien conserva la dirección y el control. La delegación convencional de atribuciones no significa un traspaso definitivo de las mismas.” Y agrega: “En relación al control, la prerrogativa de particular alcance en este contrato se explica por el interés público que persigue y en cuyo mérito se otorga esta clase de concesiones. (...) El control no se ejerce sólo para saber si el cocontratante cumple, sino también para establecer si puede cumplir mejor, es decir, hasta dónde puede mejorar el servicio que presta, en cantidad, calidad o precio.” (DROMI. José Roberto. “Derecho Administrativo”. Tomo I. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1992, p. 490 y 496.)

⁷⁷ Fl. 96 – c.1.

ordenado por las decisiones anteriores.

32.3. Cabe anotar que estas consideraciones de la CAS tuvieron lugar luego de los conceptos negativos de la secretaría de salud de Santander, en donde se señalaban deficiencias en las condiciones del matadero, calificándolo de forma desfavorable (puntos 11.7.1. y 11.7.3.). Estos conceptos, unidos con la resolución de la CAR anotada en el párrafo anterior, muestran que el contratista, quien en determinados momentos fuera advertido de los imperfectos del servicio, atendió las recomendaciones de la autoridad departamental y mejoró las condiciones de limpieza y aseo del matadero municipal, hecho recalcado por la CAS en la resolución mencionada.

32.4. En el mismo sentido, el testimonio prácticamente unánime de los expendedores de carne de la época (puntos 11.12 y 11.16.6.) en donde referían una prestación del servicio adecuada, en condiciones de aseo y salubridad, da cuenta de la ausencia de veracidad en los motivos alegados por la Administración para finiquitar unilateralmente su vínculo contractual con Clemente Gómez Araque.

32.5. En todo caso, se insiste en que los deberes de vigilancia y control sobre las condiciones del servicio, en el cuidado de las condiciones de medio ambiente conforme al ordenamiento jurídico y a los requerimientos de las autoridades en la materia, y en la construcción de obras que permitieran cumplir con dichas condiciones no se desprendieron del todo de la órbita competencial del municipio de Oiba, a pesar de haber depositado válidamente estas labores en el particular, a través contrato de concesión celebrado con el aquí demandante.

33. La “oportunidad” de prestar un mejor servicio, la posibilidad de percibir mejores ingresos por la explotación del bien para el municipio, la existencia de pérdidas económicas, el cumplimiento de las metas fiscales a nivel nacional, y la formulación de los posibles beneficios que traería asumir directamente la administración del matadero, no son motivos admisibles para disponer la terminación unilateral del contrato estatal en el ordenamiento jurídico colombiano.

33.1. Se itera que es contraria a derecho la simple mención de motivos de conveniencia en los actos administrativos de terminación unilateral del contrato estatal, sin acreditar en qué consisten estos ni qué relación concreta tienen con su ejecución, o agotar otros escenarios –que la misma Ley permite- para remediar las situaciones que resulten contrarias a los propósitos del contrato celebrado, y menos lesivas para el contratista que la terminación unilateral de su vínculo con el Estado (v.gr. terminación bilateral del contrato⁷⁸, interpretación unilateral del contrato, modificación unilateral, etc.) .

33.2. Por el contrario, la administración municipal de Oiba a través de sus

⁷⁸ Sobre este medio de terminación de los contratos del Estado, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “B”. Sentencia del 26 de julio de 2012. Rad. 1300123310001998034301 (23605). C.P. Danilo Rojas Betancourth.

actos distorsionó el alcance y el propósito que la Ley ha concedido a esta potestad excepcional. Los hechos meramente alegados no corresponden a las causales que la Ley permite para expedir un acto de esta estirpe, siendo improcedente la mera alusión al *“interés general”* como se explicó renglones atrás. Además, la medida adoptada no muestra un mínimo de razonabilidad o proporcionalidad con la situación presentada en ese momento; y se acudió a esta potestad unilateral directamente, obviando que este poder tiene un carácter eminentemente restrictivo.

33.3. Aunado a lo anterior, y ante la observación del apelante en el sentido de que el fallo de primera instancia no tuvo en cuenta los pronunciamientos de los organismos de control, esta Sala observa que las actuaciones de la Personería municipal de Oiba, de la Procuraduría Judicial Agraria de Santander, y de la Contraloría General de la República, que fueron aportadas al expediente (punto 11.13.) fueron: (i) posteriores a la terminación unilateral del contrato de concesión del matadero municipal celebrado con el señor Gómez Araque y; (ii) todas enfáticas en las deficiencias higiénicas, sanitarias y medioambientales que tuvo la prestación del servicio.

33.4. Lo anterior, agregado a los testimonios de los faenadores de carne, demuestra que la terminación unilateral del contrato no condujo a una mejora del servicio, y que dicha circunstancia, además de no ser autorizada por el derecho colombiano para justificar una terminación unilateral, es contraria a la realidad.

33.5. Del mismo modo, alegar el cumplimiento de las metas fiscales a nivel local para terminar el contrato de concesión es abiertamente desproporcionado con los derechos del contratista. Más allá de una corta alusión a este tema, la administración solo apuntó a señalar este aspecto como uno más de los que fundamentaron la terminación unilateral, desconociendo la conducta esperada por el concesionario: que no le terminen el contrato por motivos desconocidos o confusos, y en todo caso, excesivos en la aplicación de la potestad excepcional en comento. Y, contrario a lo efectuado por la administración una norma de este tenor no puede significar el uso automático, irrazonable e ilegal de las potestades excepcionales de la administración, obviando el respeto por lo pactado, y por la garantía de buena fe.

34. Estas razones son suficientes para mantener el sentido de la sentencia de primera instancia de declarar la nulidad de las resoluciones 259 del 3 de octubre de 2001, y 276 del 26 de octubre del 2001, emitidas por el municipio de Oiba, al constatar la falsa motivación alegada por la parte demandante.

VIII. Indemnización de perjuicios

35. Encuentra la Sala que la sentencia de primera instancia condenó al municipio de Oiba *“por las sumas dejadas de percibir durante el tiempo que faltaba para el vencimiento del término estipulado”* (f. 301 – c. ppl) por el contrato de concesión terminado unilateralmente por los actos declarados nulos.

36. Así mismo, determinó que la base para fijar el lucro cesante reclamado consiste en el *“promedio de las sumas devengadas durante los seis meses de ejecución”* que alcanzó a tener el contrato ilegalmente terminado por la administración (29 de diciembre de 2000 al 26 de octubre de 2001), *“tomando como base los ingresos totales del matadero y restando de esa suma el valor de los costos”*, conforme a la propuesta presentada en su momento por el ahora demandante (fl. 253 y ss. – c.1).

36.1. Como se reseñó al hablar del fallo de primera instancia (punto 5.9.), el fallo condenó en abstracto porque no encontró prueba que permitiera cuantificar la suma de dinero dejada de percibir por la explotación del matadero objeto de la concesión. De todas maneras, señaló los siguientes parámetros de liquidación: (i) El promedio de seis meses devengado por el actor para la fecha de los hechos, como base económica para efectuar el cálculo de la indemnización, obtenida del *“balance que resulte después de calcular el total de los ingresos menos los costos calculados por el contratista en la propuesta que presentó al municipio”*⁷⁹; (ii) la actualización de dicha suma conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado; (iii) la fecha exacta de entrega del matadero por parte del demandante al municipio; (iv) el tiempo restante para finalizar la concesión; (v) el lucro cesante consolidado, que corresponde al número de meses faltantes para la extinción del contrato, punto en el cual la Sala precisa que corresponde a 28 meses, cifra resultante de tomar el plazo del contrato -38 meses- restado por el período en éste se alcanzó a ejecutar entre el momento de su iniciación (diciembre de 2000) y la terminación unilateral del contrato (octubre de 2001), es decir, 10 meses.

37. En criterio de la Sala, la condena está ajustada a lo demostrado en el proceso, y a las normas aplicables a este asunto, aclarando que, cuando el Tribunal refiere los costos como suma a sustraer para determinar la base de la liquidación (párrafo 36) incluye los costos directos e indirectos que debía asumir el contratista en el marco de la concesión.

38. Por ello, teniendo como límite lo que resulte desfavorable al apelante único en virtud del principio de la *“non reformatio in pejus”*, la Sala también confirmará este aspecto de la sentencia.

IX. Costas

39. No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

⁷⁹ Fl. 305 – c. principal.

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

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 11 de marzo de 2005, por el Tribunal Administrativo de Santander.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE, en firme este proveído, el expediente al Tribunal de origen.

TERCERO: Sin condena en costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado