

URGENCIA MANIFIESTA – Regulación normativa

La Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación de la Administración Pública, vigente para la época en que se celebró el negocio que ocupa la atención de la Sala, en sus artículos 42 y 43, reguló lo concerniente a los presupuestos que debían reunirse para proceder a la declaratoria de urgencia manifiesta, la forma en que debía adoptarse dicha decisión y el posterior control que sobre la misma recaía por parte del órgano competente.

URGENCIA MANIFIESTA – Procedencia

De las normas en referencia resulta viable concluir que la urgencia manifiesta tiene cabida cuando: - Se requiere la prestación ininterrumpida de un servicio, el suministro de bienes o la ejecución de obras. - Se presentan situaciones relacionadas con estados de excepción. - Se presentan hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre. - Se presentan situaciones similares a las anteriores. Su procedencia se justifica en la necesidad inmediata de continuar prestando el servicio, suministrando el bien o ejecutando la obra o conjurar las situaciones excepcionales que afectan al conglomerado social, lo que impide acudir al procedimiento de selección de licitación pública en tanto este medio de escogencia de contratista supone la disposición de un período más prolongado de tiempo que eventualmente pondría en riesgo el interés público que se pretende proteger con la declaratoria de urgencia manifiesta y la consecuencial celebración del correspondiente contrato.

URGENCIA MANIFIESTA – Principios

La figura de la urgencia manifiesta se sustenta en, al menos, tres principios: Por un lado, el principio de necesidad que consiste en que debe existir una situación real que amenace el interés público ya sea por un hecho consumado, presente o futuro y que hace necesaria la adopción de medidas inmediatas y eficaces para enfrentarla. El principio de economía en virtud del cual se exige que la suscripción del negocio jurídico dirigido a mitigar la amenaza o el peligro en que se encuentra el bien colectivo, se realice por la vía expedita de la contratación directa, pretermitiendo la regla general de la licitación pública para garantizar la inmediatez y/o la continuidad de la intervención del Estado. El principio de legalidad que supone que la declaratoria de la urgencia manifiesta solo procede por las situaciones contenidas expresamente en la norma, sin que puedan exponerse razones distintas para soportarla. Igualmente, se concluye que la decisión que en ese sentido se adopte ha de ser sometida a control posterior por el órgano competente, en la medida en que debe verificarse que su declaratoria se dicte con apego a la disposición legal que la regula, so pena de iniciar las investigaciones disciplinarias o penales a que haya lugar por su empleo indebido.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E)

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 76001-23-31-000-2002-04055-01(41768)

Actor: CARLOS ALBERTO ZABALETA BARRETO

Demandado: MUNICIPIO LA VICTORIA

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el veintisiete (27) de agosto dos mil diez (2010), mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR probada oficiosamente la excepción de INEPTA DEMANDA, por indebida individualización del acto demandado, y en consecuencia, declarar su inhibición para conocer de fondo, sobre la pretensión de nulidad del acto contenido en la Resolución No. 735 del 20 de noviembre de 2000, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

“SEGUNDO. ORDENASE la liquidación del Contrato No. 052 de 1996, de la forma consignada en la parte resolutive de este fallo.

“TERCERO. ORDENASE el pago de la suma de TRES MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL TRESCIENTOS SESENTA Y UN MIL PESOS MCTE (\$3'240.361) a favor de la parte actora, como saldo a favor, resultante de la liquidación practicada en esta providencia.

“CUARTO. NEGAR las demás súplicas de la demanda.

“QUINTO. DESE cumplimiento a la sentencia, en los términos previstos en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 26 de septiembre de 2002, por el señor CARLOS ALBERTO ZABALETA BARRETO, actuando por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción contractual, se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera. DECLARAR que entre el MUNICIPIO DE LA VICTORIA (Valle del Cauca) y HUMUS DE COLOMBIA HUMUCOL – CARLOS ALBERTO ZABALETA BARRETO existió un Convenio válidamente celebrado el día 12 de junio de 1996, por un término de 15 años, contados a partir de esa fecha, con ‘El objeto de este Convenio consiste (sic) en que el MUNICIPIO y HUMUCOL integrarán acciones para adelantar el Programa de recepción, selección y Transformación de las basuras Municipales en Humus a partir de la Lombricultura, su fomento y transferencia de tecnología.’

“Segunda. DECLARAR que el MUNICIPIO DE LA VICTORIA (Valle del Cauca) INCUMPLIO los compromisos contractuales consagrados en el convenio mencionado en la pretensión primera.

“Tercera. DECLARAR que dentro de la ejecución del Convenio se produjo SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO respecto de la petición presentada por HUMUS DE COLOMBIA HUMUCOL- CARLOS ALBERTO ZABALETA al MUNICIPIO DE LA VICTORIA (Valle del Cauca) el día 2 de diciembre de 1999 en la cual solicitó la cancelación de \$9'126.857 mensuales como pago por el servicio de recepción de basuras.

“Cuarta.- DECLARAR que durante la ejecución del Convenio suscrito entre el MUNICIPIO DE LA VICTORIA (Valle del Cauca) y HUMUS DE COLOMBIA – CARLOS ALBERTO ZABALETA BARRETO se produjo el rompimiento del equilibrio de la ECUACIÓN ECONOMICA DEL CONTRATO en perjuicio del contratista, causado por motivos no imputables a él.

“Quinta. DECLARAR la nulidad del acto administrativo contractual de carácter particular y concreto contenido en la resolución #735 del 20 de noviembre de 2000, proferido por la señora Alcaldesa del MUNICIPIO DE LA VICTORIA (Valle del Cauca) MARIA ZAIDA CORDOBA DE NISHI, a través de la cual declaró la CADUCIDAD del Convenio suscrito entre el MUNICIPIO Y HUMUS DE COLOMBIA HUMUCOL – CARLOS ALBERTO ZABALETA BARRETO, el día 12 de junio de 1996.

“Sexta. DECLARAR que es NULO el ACTO ADMINISTRATIVO BILATERAL de carácter contractual, contenido en el Acta de terminación de convenio suscrita el siete (7) de diciembre de 2000 por el MUNICIPIO DE LA VICTORIA (Valle del Cauca) y HUMUS DE COLOMBIA HUMUCOL-CARLOS ALBERTO ZABALETA BARRETO.

“Séptima. DECLARAR que el Convenio suscrito con HUMUS DE COLOMBIA – CARLOS ALBERTO ZABALETA BARRETO fue TERMINADO ILEGALMENTE por el MUNICIPIO DE LA VICTORIA (Valle del Cauca).

“Octava. Teniendo en cuenta que el Convenio del 12 de junio de 1996 contenía obligaciones recíprocas ejecutables en el tiempo, solicito a Tribunal se LIQUIDE, o en subsidio ordene al MUNICIPIO LA VICTORIA (Valle del Cauca) LIQUIDE el convenio y se reconozcan en el acta final todos los valores peticionados en CONDENAS (perjuicios materiales) por este medio en favor de HUMUS DE COLOMBIA HUMUCOL- CARLOS ALBERTO ZABALETA BARRETO, conforme lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y las pruebas que se alleguen y practiquen dentro del proceso.

Novena. DECLARAR que el MUNICIPIO DE LA VICTORIA (Valle del Cauca) es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a HUMUS DE COLOMBIA HUMUCOL – CARLOS ALBERTO ZABALETA.

“2. CONDENAS.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento de los derechos conculcados por la ilegalidad de las actuaciones y actos administrativos demandados y por la ocurrencia de los hechos y omisiones injustos atribuibles al demandado, ruego al H. Tribunal se CONDENE al MUNICIPIO DE LA VICTORIA (Valle del Cauca) a pagar en favor de HUMUS DE COLOMBIA HUMUCOL – CARLOS ALBERTO ZABALETA BARRETO los valores que correspondan a los siguientes conceptos:

“2.1. Perjuicios Morales.

La suma de TREINTA MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL - \$30'900.000 – o el valor equivalente a CIEN SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES de acuerdo con el Decreto del Gobierno Nacional que rija a la fecha en que se produzca la Conciliación judicial o transacción, o se profiera la respectiva sentencia que ponga fin al presente litigio, o a la fecha en que se haga la cancelación efectiva de las sumas aquí reclamadas, por concepto de perjuicios morales causados por el demandado a HUMUS DE COLOMBIA HUMUCOL- CARLOS ALBERTO ZABALETA BARRETO.

“2.2. Perjuicios Materiales.

2.2.1. Lucro Cesante Consolidado.

La cantidad de TRESCIENTOS TRECE MILLONES CUATROCIENTOS OCHOMIL DOSCIENTOS VEINTICUATRO PESOS MONEDA LEGAL - \$313'408.224, tácitamente reconocidos en el SILENCIO ADMINISTRATIVO POSTIVO cuya declaración se solicitó y que corresponden al valor del servicio mensual de recepción de basuras desde el 1 de enero de 2000 hasta la fecha de presentación de la presente demanda.

2.2.2 Lucro cesante futuro

2.2.2.1. La suma de CUARENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS VEINTINUEVE MIL TRESCIENTOS OCHO PESOS MONEDA LEGAL - \$42'529.308 dejados de percibir por HUMUS DE COLOMBIA HUMUCOL- CARLOS ALBERTO ZABALETA BARRETO correspondientes al período comprendido entre el 1 de septiembre al 31 de diciembre de 2002.

2.2.2.2. Además de lo anterior, se incluirá en el valor final de este ítem la cantidad que resulte liquidada desde el 1 de enero de 2003 hasta el 11 de junio de 2011, con base en los ingresos que dejó de percibir el contratista por concepto de pagos mensuales por la prestación al servicio de recepción, selección y tratamiento de basuras, así como la suma proveniente de la comercialización de lo producido en dicha actividad; estas cantidades serán debidamente indexadas año por año, teniendo en cuenta la proporción de distribución de utilidades pactada en el capítulo III, cláusula TERCERA del Convenio, así como el término de 15 años pactados como duración de la relación contractual, las fórmulas de matemáticas financieras reconocidas por el H. Consejo de Estado y los demás factores computables para este efecto.

2.2.3. Recuperación de la infraestructura construida y los aportes del contratista.

De acuerdo con lo establecido en el Convenio cláusula QUINTA. DERECHOS DE HUMUCOL el contratista HUMUS DE COLOMBIA HUMUCOL- CARLOS ALBERTO ZABALETA BARRETO es la propietaria de toda la infraestructura construida sobre el predio rural de propiedad del MUNICIPIO DE LA VICTORIA (Valle del Cauca) conocido como ‘Callejón de la Angustura’ y tiene derecho al reintegro de su costo que asciende a la suma de CIENTO CINCUENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS MONEDA LEGAL - \$152'268.754.

De igual manera el MUNICIPIO DE LA VICTORIA (valle del Cauca) le restituirá al contratista HUMUS DE COLOMBIA HUMUCOL - CARLOS ALBERTO ZABALETA BARRETO la suma de TREINTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA

MIL PESOS MONEDA LEGAL - \$31'850.000- correspondiente al valor de 9.100 kilos de semilla de Lombriz Roja Californiana aportada para el proyecto de recepción, selección y transformación de basuras.

“2.2.4. Daño Emergente por honorarios profesionales

2.2.4.1. Para hacer valer sus derechos en sede administrativa HUMUS DE COLOMBIA HUMUCOL - CARLOS ALBERTO ZABALETA BARRETO contrató los servicios profesionales del suscrito abogado por un valor de CINCO MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL - \$5'000.000-, según contrato de prestación de servicios profesionales que se anexa al proceso.

2.2.4.2. Con el fin de acceder a la jurisdicción administrativa y atender el trámite del proceso ordinario que nos ocupa HUMUS DE COLOMBIA HUMUCOL - CARLOS ALBERTO ZABALETA BARRETO pactó a título de honorarios profesionales con el suscrito apoderado la suma equivalente al 30% sobre el valor de las condenas que conceda el H. Tribunal o el Consejo de Estado según corresponda.

2.3. Intereses de mora.

De manera concordante con lo dispuesto en el numeral 8, artículo 4 de la ley 80 de 1993, el MUNICIPIO DE LA VICTORIA (Valle del Cauca) pagará a HUMUS DE COLOMBIA HUMUCOL - CARLOS ALBERTO ZABALETA BARRETO los intereses moratorios que se liquiden sobre las sumas estipuladas bajo el rubro de Lucro Cesante consolidado liquidados al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado, o subsidiariamente a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia Bancaria.

2.4. Indexación de las condenas.

La indexación de las sumas detalladas en los numerales precedentes se hará de acuerdo al cúmulo del I.P.C. certificado por el DANE, mes por mes desde la fecha en que se hizo exigible la obligación hasta el momento en que verifique el pago total de las condenas reconocidas en sentencia o conciliación.”

2. Los hechos.

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

2.1.- El 12 de junio de 1996 el Municipio de La Victoria y Calos Alberto Zabaleta Barreto, propietario del establecimiento de comercio HUMUS DE COLOMBIA HUMUCOL, suscribieron un acuerdo contractual al que denominaron “convenio”, cuyo objeto lo constituyó la recepción, selección y transformación de las basuras municipales en humus, a partir de la Lombricultura, con una duración de 15 años.

2.2. Según la demanda, el ente territorial incumplió con las siguientes obligaciones contractuales: a) Pagar la totalidad del precio a más tardar el primer semestre de 1997, pues solo le entregó \$75'000.000, b) Servir de puente con entidades

nacionales e internacionales para canalizar los recursos hacia el proyecto conjunto de los contratantes., c) Trasladar el dominio al contratista de la infraestructura realizada en desarrollo del contrato en los terrenos del municipio.

2.3.- Por su parte, el contratista, con los recursos aportados por el ente público, ejecutó las actividades dirigidas a consolidar el programa de recepción, selección y transformación de basuras.

2.4. En documento del 2 de diciembre de 1999 el contratista solicitó el restablecimiento de la ecuación económica del contrato a punto de no pérdida por las tareas ejecutadas, a razón de \$80'000.000 en la contratación de 10 operarios para realizar labores de recepción, selección y transformación de las basuras municipales, \$150'000.000 invertidos para poner en funcionamiento la planta de tratamiento de basuras y cumplir con lo pactado. Igualmente el demandante, solicitó a la entidad el pago de \$9'126.857 mensuales para atender los gastos de recepción, selección y transformación de las basuras.

2.5. A través de oficio No. 806 del 24 de marzo de 2000, la entidad suscribió respuesta a la anterior petición sin pronunciarse de fondo sobre las solicitudes de restablecimiento del equilibrio económico, por lo que según la demanda operó el silencio administrativo positivo y por lo tanto la Administración Municipal debió atender las pretensiones económicas formuladas por el contratista.

2.6. El 20 de noviembre de 2000 el Municipio La Victoria profirió la Resolución No. 735 del 20 de noviembre de 2000 por la cual declaró la caducidad del convenio No. 052, con sustento en dos visitas de inspección al lugar de ejecución del acuerdo, sin que el contratista hubiera sido requerido para el cumplimiento de sus obligaciones o se le hubiera brindado la oportunidad de conocer y controvertir los documentos o conclusiones derivadas de aquellas inspecciones que en su sentir, vulneraron su debido proceso.

2.7. Contra la anterior decisión el contratista interpuso recurso de reposición advirtiendo que los argumentos expuestos en su contra se encontraban falsamente motivados y carecían de sustento probatorio y concluyó que, en realidad, la entidad no había declarado la caducidad del convenio por el presunto incumplimiento del contratista, sino porque supuestamente el negocio jurídico adolecía de nulidad, frente a lo cual el ente municipal, según su criterio, ha debido

hacer uso de la facultad de terminación unilateral consagrada en el artículo 45 de la Ley 80 en vez de argumentar falsamente, como causa para declarar la caducidad, el incumplimiento del contratista.

2.8. Previamente a resolver la impugnación, el 7 de diciembre de 2000 se reunieron el Alcalde Municipal, el Personero Municipal, el Asesor Jurídico del Municipio y el contratista con el fin de dar una solución a la situación contractual, encuentro que dio como resultado la suscripción de un acta de terminación bilateral del convenio No. 052, documento que según el libelista se encuentra viciado de nulidad absoluta por causa ilícita por cuanto habiéndose declarado la caducidad del contrato con base en normas de orden público, dicha situación no era susceptible de ser negociada por las partes, pues la protección del interés general pretendida con la caducidad no daba cabida a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad. Además señaló que estaba viciado por la fuerza a la que se sometió a la firma del acuerdo, pues, por miedo a la inhabilidad para contratar que entrañaba la declaratoria de caducidad, convino en su terminación por mutuo acuerdo para así liberarse de la sanción. También afirmó que el acta de terminación adolecía de falsa motivación, máxime cuando el contratista no manifestó expresamente que accedía a las pretensiones resolutorias

2.9. El 13 de diciembre de 2000 el municipio de la Victoria por medio de la Resolución No. 797, revocó el acto administrativo contentivo de la declaratoria de caducidad.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

El demandante invocó como vulnerados los artículos 2, 25, 53, 58 y 90 de la Constitución Política; los artículos 3, 4 numerales 8 y 9, artículo 5 numeral 1, artículos 13, 14, 24, 26, 27 y 50 de la Ley 80 de 1993; los artículos 1, 2 y 3 del Código Contencioso Administrativo. Y el artículo 1.502 del Código Civil Colombiano.

Como sustento de la transgresión de las referidas disposiciones normativas, argumentó que la entidad estatal contratante era responsable de adelantar el procedimiento de selección de contratistas con apego a las disposiciones legales, y el hecho de apartarse a la regulación normativa e incurrir en irregularidades no generaba la responsabilidad del oferente con quien suscribió el negocio jurídico.

Advirtió que es carga de la entidad estatal velar por el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista. Así mismo que correspondía al ente público procurar por el mantenimiento de la equivalencia de las cargas económicas durante la relación contractual, siendo su obligación adoptar las medidas necesarias para la protección del patrimonio de su colaborador.

En su criterio, se presentaron indebidas maniobras durante el desarrollo de la actividad contractual dirigidas a dar por terminado el vínculo obligacional. Al respecto, alegó que, si bien la entidad advirtió que atendiendo a la cuantía del asunto la selección del contratista debió realizarse a través de licitación pública, lo cierto es que tal acontecer era responsabilidad de la administración y no podía trasladarse esa falta al particular quien solo se adhirió a las condiciones por ella impuestas.

Señaló que siendo la Administración consciente de las implicaciones que acarrearía la declaratoria de nulidad del contrato, decidió incurrir en incumplimiento de sus obligaciones contractuales y, finalmente, declarar la caducidad del contrato basada en un inexistente incumplimiento endilgado al contratista, pues, contrario a lo allí advertido, el demandante invirtió los dineros públicos recibidos en la construcción de la infraestructura diseñada para la buena marcha del programa de recepción, selección y transformación de basuras y, adicionalmente, dispuso de recursos propios para continuar con la ejecución del proyecto.

Sostuvo que el acto administrativo de caducidad constituía una decisión abiertamente ilegal puesto que en ningún momento se le requirió para que explicara el presunto incumplimiento detectado por los funcionarios municipales, no fue convocada a las supuestas visitas oficiales realizadas, ni se le dio oportunidad de conocer y, menos de controvertir, los informes resultantes de tales actuaciones. A lo expuesto añadió que la decisión incurrió en un error de derecho y falsa motivación al endilgarle incumplimiento, cuando por el contrario éste había satisfecho la carga prestacional que le asistía aportando sus propios recursos para culminar la obra y operar la planta de tratamiento de basuras.

Agregó que la indiferencia del municipio, como director del contrato, se había configurado ante las solicitudes de restablecimiento del equilibrio económico elevadas por el contratista frente a las cuales mantuvo silencio.

En cuanto al acta de terminación bilateral del acuerdo alegó que existió ilicitud en la suscripción de dicho documento, dado que el municipio propició una reunión para darle situación jurídica a un contrato caducado. Al respecto indicó que no resultaba viable que sobre la fuerza impositiva de las normas de orden público que regulaban la caducidad, prevaleciera la conveniencia de las partes contenida en el acta de terminación de mutuo acuerdo suscrita conjuntamente. Advirtió que el contratista no tenía otro camino que aceptar la firma del acuerdo de terminación para que sobre él no recayera la inhabilidad derivada de la declaratoria de caducidad cuya revocatoria también se acordó en dicho acto.

Finalmente indicó que una vez cerrado el capítulo del convenio No. 052, el municipio de La Victoria y el señor Carlos Alberto Zabaleta Barreto nuevamente suscribieron otro contrato de prestación de servicios 026 de 2001 para que continuara con las labores que venía cumpliendo desde el 12 de junio de 1996 en la planta de tratamiento, sin importar que 8 días antes se le había declarado la caducidad del plublicado convenio, circunstancia que, en criterio del libelista, desvirtuó el supuesto incumplimiento que se le había endilgado como sustento del ejercicio de la potestad excepcional.

4. Actuación procesal.

4.1. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, admitió la demanda por auto del 30 de octubre de 2003.

4.2. Mediante providencia del 11 de febrero de 2005 se ordenó la apertura y práctica de pruebas.

5. Contestación de la demanda.

El municipio de Yumbo, por conducto de apoderado, contestó la demanda dentro del término de Ley. En esa oportunidad manifestó que el municipio nunca había negado los derechos de propiedad que tiene el señor Carlos Alberto Zabaleta Barreto sobre la infraestructura construida en desarrollo del objeto contractual

sobre el predio "Callejón La Angostura"

Afirmó que no era cierto que dentro del escrito del 2 de diciembre de 1999 el contratista hubiese elevado ante el municipio solicitud de restablecimiento del equilibrio económico.

Refirió además que aun cuando la administración municipal mediante resolución No. 735 del 20 de noviembre de 2000 había declarado la caducidad del convenio 052, lo cierto es que esa decisión nunca adquirió firmeza en tanto fue revocada posteriormente al resolver el recurso de reposición presentado por el contratista.

Como razones de defensa expuso que el Convenio No. 052 adolecía de nulidad absoluta por cuanto los contratos interadministrativos solo podían ser celebrados entre personas de derecho público, lo cual no había ocurrido en el presente asunto en el que los extremos contratantes lo conformaban una entidad territorial y una persona natural de derecho privado, circunstancia con soporte en la cual concluyó que en el caso no procedía la contratación directa, menos aún por tratarse de un asunto de mayor cuantía que imponía el agotamiento previo de la licitación pública.

Siguiendo esa línea señaló que la denominación de convenio a la relación contractual se le dio con el fin de omitir el procedimiento de selección que correspondían, cuestión que igualmente comprometió la buena fe del contratista quien ha debido advertir acerca de las irregulares que antecedieron la celebración del contrato, sin que le resultara posible sostener que desconocía las reglas de contratación previstas en la Ley 80.

Por otro lado, advirtió que la propuesta técnica y financiera presentada por el contratista a través de oficio del 2 de diciembre de 1999, no guardaba relación con el convenio No. 052, pues aludía a un nuevo proyecto, a lo que agregó que de su contenido no podía derivarse que se trataba de una solicitud de restablecimiento de equilibrio económico.

Señaló también que el reconocimiento de \$9.126.857 mensuales petitionada por el contratista en escrito del 20 de enero de 2000, no se encontraba comprendida dentro de las obligaciones dinerarias a cargo del municipio que se derivaban del convenio No. 052, sino que dicha suma nació de la nueva propuesta presentada

en diciembre de 1999 que no guardaba correspondencia con aquella relación contractual, pues se trataba de una oferta para un nuevo proyecto.

Consideró que fue el contratista el que incurrió en incumplimiento contractual al no garantizar en debida forma la vigencia de la póliza única de cumplimiento, y al no ejecutar el contrato conforme los dineros desembolsados por el municipio que ascendieron a \$75'000.000, afirmando además que después de dos años de haber firmado el negocio jurídico, el proceso de Lombricultura no estaba funcionando y no habían obras de infraestructura para el adecuado manejo de las basuras del municipio.

Añadió que el contratista no entregó al municipio una relación detallada o soportes de las inversiones o gastos realizados.

Consideró inadmisibles que el contratista invocara la excepción de contrato no cumplido cuando en el período comprendido entre el 12 de junio de 1996 y 7 de marzo de 1997 el municipio ya le había entregado el 83.3% del aporte municipal y para el 31 de diciembre de 1999 aún no se había materializado la producción de humus.

Para la entidad resulta ilógico el hecho de que el contratista no solo no hubiera ejecutado el contrato sino que hubiese solicitado el reconocimiento del valor inicialmente pactado, triplicado, en abierta transgresión del artículo 40 de la Ley 80 a cuyo texto un contrato estatal no puede ser adicionado en más del 50% de su valor inicial.

Manifestó además que no existía constancia alguna acerca de la supuesta fuerza que constriñó al contratista a suscribir el acta de terminación bilateral del contrato. Por el contrario, indicó que en ese documento el contratista había expresado que su interés era colaborar con un nuevo contrato para que el servicio de procesamiento y reciclaje de basuras continuara.

Con sustento en todo lo anterior, el ente público propuso las siguientes excepciones:

Nulidad absoluta del convenio.

Incumplimiento del convenio.

Excepción de contrato no cumplido.

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En auto del 26 de septiembre de 2008, el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión (folio 156 del cuaderno uno).

En el término concedido, la parte demandada allegó su escrito de alegaciones en el cual reiteró los argumentos expuestos en las etapas procesales precedentes.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

7. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca profirió sentencia el día 27 de agosto de 2010 a través de la cual resolvió el litigio, en los términos que fueron transcritos al inicio de esta providencia.

En primer lugar consideró que ninguna de las excepciones formuladas por el extremo pasivo ameritaba un pronunciamiento previo, por cuanto todas ellas apuntaban a enervar de fondo las pretensiones de la demanda.

De otro lado encontró que la resolución demandada identificada con el No. 735 del 20 de noviembre de 2000 por la cual el municipio había declarado la caducidad del convenio No. 052 de 1996, finalmente fue revocada a través de Resolución 797 de 13 de diciembre de 2000, decisión que no había sido impugnada en la presente causa, por lo que no resultaba posible para el fallador emitir un pronunciamiento de fondo sobre su nulidad. Con sustento en ello y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, el *a quo* estimó que, como quiera que la resolución demandada no existía jurídicamente por cuenta de su revocatoria en sede administrativa, debía inhibirse para pronunciarse sobre la pretensión de nulidad del acto administrativo de caducidad.

En relación con la pretensión encaminada a obtener la nulidad del acta bilateral de terminación del contrato, el Tribunal observó que las razones en que se sustentó la culminación del vínculo contractual acordada por ambas partes, consistió en las

presuntas irregularidades en que se había incurrido al celebrar el referido convenio, a lo cual agregó que la parte demandante no había consignado ninguna salvedad que pudiera sugerir la existencia de constreñimiento para su suscripción por parte del ente público, falencia que, en criterio, del a quo tornaba imposible su análisis de fondo.

Advirtió, además, que, en atención a que el demandante no había cuestionado la legalidad de la resolución que había revocado aquella que declaró la caducidad del contrato, tal circunstancia impedía pronunciarse sobre la pretensión de incumplimiento contractual de la entidad territorial.

De otra parte señaló que el acuerdo negocial que ocupaba su atención no había sido liquidado por las partes ni unilateralmente, por lo cual debía procederse a su liquidación judicial.

Con ese propósito, el a quo tuvo en cuenta el dictamen pericial practicado dentro del debate probatorio, pues además de no haber sido objetado por las partes contenía fundamentos serios y profundos acerca de la ejecución del contrato No. 052 de 1996 que permitían asignarle pleno valor probatorio.

Con base en la aludida experticia tuvo por demostrado:

- 1) *Que el valor de las obras identificadas y construidas en la Planta de Tratamiento de Basuras del Municipio de la Victoria, Valle, equivale a \$270'532.929 para el año 2008 y su antigüedad es de 10 años (1998).*
- 2) *Que el contrato No. 052 de 1996 se ejecutó en un 45%, según lo estableció el mismo municipio el 16 de marzo de 2000, en la inspección ocular practicada, cuyos hallazgos se condensaron en el documento visible a folios 180 y 181 del cuaderno principal.*
- 3) *Que la Alcaldía Municipal, en ejecución del Contrato No. 052 de 1996, entregó al contratista la suma de \$75'000.000, como anticipo, que fue invertido en su totalidad por éste en la construcción de la obra contratada.*
- 4) *Que el contratista invirtió en el proyecto el valor equivalente a \$3'065.315, según el cálculo realizado a la fecha del dictamen (julio de 2008).*
- 5) *Que no hubo detrimento desde el punto de vista financiero, de los intereses del ente territorial, pues los dineros entregados como anticipo al contratista fueron invertidos en su totalidad en el proyecto”.*

Con base en lo anterior, la primera instancia concluyó:

De las comprobaciones anteriores, debe declarar la Sala que el contrato fue ejecutado en un 45%, sin embargo, como fue terminado por mutuo acuerdo entre las partes, no hay lugar a la pretendida declaratoria de incumplimiento contractual y menos al reconocimiento de alguna indemnización.

No obstante, como fue acreditado por el dictamen pericial el contratista invirtió en el proyecto unos valores, a los que no se había comprometido contractualmente, por tanto deberán ser declarados en esta providencia como saldo a favor suyo, suma que asciende a \$3'065.315..."

No se ordena suma alguna por concepto de los perjuicios en la modalidad de lucro cesante solicitados en la demanda, toda vez que no se declara en esta providencia ningún incumplimiento contractual. Del mismo modo, nada se ordenará respecto al pretendido reconocimiento de los honorarios para el abogado de la parte actora en razón a que en este caso no se produce condena alguna en contra del ente municipal demandado."

8. El recurso de apelación.

La parte demandante solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia y se accediera a las pretensiones impetradas.

En primer lugar se refirió a la decisión de tener como probada la excepción de inepta demanda, aspecto frente al cual señaló que el objeto de la demanda aparecía plenamente determinado y consistía en la declaratoria de incumplimiento del ente estatal del convenio suscrito por las partes, además de la ilegalidad del acta de terminación y la configuración del silencio administrativo positivo.

Seguidamente realizó un recuento fáctico de lo ocurrido en desarrollo del convenio No. 052, en orden a concluir que el Municipio incumplió su obligación de entregar la totalidad de los aportes convenidos, pues solo suministró \$75'000.000 de los \$90'000.000 estipulados, circunstancia que afectó la rentabilidad del proyecto por cuanto para su operación era indispensable contar con la infraestructura adecuada, la que habría de construir con la totalidad de los recursos aportados por el ente territorial.

Por lo anterior alegó que el contratista había desembolsado sus propios recursos para continuar con la ejecución del proyecto e invirtió un total de \$270'000.000; además de ello asumió los costos laborales en cuantía de \$158'342.400.

Afirma en la alzada que en desarrollo del convenio el contratista presentó como propuesta complementaria la implementación del proyecto Centro Integrado

Regional de Recepción de Basuras Municipales –CIRBAM y cumplió con su obligación de recibir y transformar los residuos sólidos durante mas de cuatro años.

Agregó que luego de decretada la caducidad del contrato, el municipio nuevamente suscribió un contrato de prestación de servicios con el mismo objeto que el anterior, lo que revelaba la idoneidad del demandante para el desarrollo de esa tarea.

Indicó además que, a la par con la propuesta complementaria presentada, el contratista solicitó ante la entidad el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, solicitud que al no haber sido resuelta por el ente público abrió paso a la configuración del silencio administrativo positivo, por lo que desde diciembre de 1999 el municipio se encontraba obligado a reconocer mensualmente en su favor la suma de \$9'126.857.00.

En cuanto a la terminación bilateral del contrato indicó que la declaratoria de caducidad que la antecedió era ilegal por cuanto el incumplimiento del contratista en la ejecución total de las obras se debió al previo incumplimiento de la entidad pública en el giro de los aportes. Sin embargo advirtió que no obstante la ilegalidad del ejercicio del poder exorbitante, lo cierto es que esa decisión constituía una amenaza que entrañaría consecuencias devastadoras para el contratista en caso de que adquiriera firmeza, razón por la cual al tiempo que presentó recurso de reposición convino en dar por terminado bilateralmente el vínculo contractual, lo que dio como resultado que se revocara el acto de caducidad.

En esa perspectiva, estimó que no era viable exigirle al contratista que dejara salvedad alguna de que su voluntad no era la de terminar el contrato, pese a lo cual destacó que en la redacción del acta de terminación se podía entrever la coerción ejercida sobre el demandante al consignar que *“era forzoso darlo por terminado por ser lo más conveniente para ambas partes”*.

Con apoyo en lo anterior adujo que era evidente que la terminación del convenio se suscribió por el contratista en situación de constreñimiento para evitar los efectos de la declaratoria de caducidad.

Consideró como un hecho inexplicable que el Municipio hubiera declarado la caducidad del contrato, luego conviniera en la revocatoria de ese acto y dos meses después de darlo por terminado bilateralmente suscribiera un nuevo negocio con el mismo contratista con idéntico objeto al anterior, en el cual, además, convino pagarle la mensualidad frente a la cual guardó silencio en el primer contrato.

En relación con la liquidación del contrato, expresó su inconformidad con la cifra reconocida en primera instancia a favor del contratista. En su criterio se debió reconocer la totalidad del valor de la obra ejecutada por el contratista debidamente actualizada (\$285'981.797,49), menos la suma aportada por el municipio, igualmente indexada, (193'924.598.27), para un total de 92'057.199,23.

9. Actuación en segunda instancia.

9.1. Mediante auto del 12 de septiembre de 2011, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de alzada.

9.2. Por auto del 14 de octubre de 2011, se dispuso el traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

9.3. En el término concedido, la parte demandante reiteró las razones de inconformidad expuestas en el recurso y agregó que a la liquidación del contrato debía sumarse, además, el valor de la semilla de lombriz aportada por el contratista que no le fue restituida al terminar el contrato, en cuantía de \$93'520.000.

La entidad demandada guardó silencio.

El Ministerio Público, dentro del término del traslado especial, rindió concepto en el cual consideró que debía confirmarse la declaratoria de ineptitud de la demanda para pronunciarse frente a la nulidad del acto que declaró la caducidad, revocar el numeral segundo en cuanto ordenó la liquidación del contrato y el tercero por el que reconoció en favor del contratista la suma de \$3'240.000, así mismo estimó que debía inhibirse para conocer de la nulidad del acuerdo de terminación unilateral, inhibirse por falta de competencia con respecto a la liquidación del contrato, negar la pretensión de lucro cesante fundamentada en la presunta

consolidación del silencio administrativo positivo. Y finalmente, solicitó compulsar copias a las autoridades competentes para investigar las posibles irregularidades en que se incurrió en la celebración del contrato No. 052 y los contratos celebrados posteriormente entre las mismas partes.

Su concepto se fundamentó en primer lugar en el hecho de que si bien las formalidades de la contratación estatal están en cabeza de la Administración no es procedente que el contratista que accede a la suscripción de un contrato y presta un servicio a sabiendas de que no está protegido por el ordenamiento, pretenda luego enriquecerse alegando su propia culpa.

Del acervo probatorio, la vista fiscal advirtió varias irregularidades, tales como que el decreto de urgencia manifiesta no contaba con ningún elemento de excepcionalidad que la justificara, pues hacía referencia a situaciones estructurales del manejo de basuras a cargo del municipio que desconocía la finalidad del artículo 42 de la Ley 80 y se desconoció el artículo 24 de la misma norma, contratando directamente cuando no procedía esa figura.

Consideró curioso que el mismo día en que se declaró la urgencia apareciera la única propuesta que existía era del demandante y al día siguiente se le adjudicara el contrato con inobservancia de los principios de responsabilidad, selección objetiva, igualdad que orientan la contratación estatal. A ello sumó que, en tratándose de un contrato celebrado como producto de la urgencia, se fijara como plazo 15 años, lo cual escapaba a la lógica de la utilización de esta figura. Con apoyo en ello, consideró que el contrato adolecía de nulidad absoluta.

Adicionalmente halló demostrado el incumplimiento del contratista en cuanto a la debida constitución de las pólizas de garantía. También encontró que el contratista había incumplido con la ejecución del proyecto en el tiempo pactado pese a haber recibido más de la mitad de los aportes del municipio.

Así mismo, encontró que no obstante que se había declarado la caducidad del contrato, la Administración revocó posteriormente dicha declaratoria, dio por terminado bilateralmente el convenio y no procedió a su liquidación. A ello sumó que, a pesar de haber alegado el incumplimiento del contratista, la Administración, al terminar el contrato, firmó uno nuevo con el demandante por un plazo de 23 días y el 2 de enero de 2001 suscribió un nuevo contrato por 6 meses con el mismo contratista, todo lo cual se llevó a cabo sin la observancia de los requisitos

de ley y simulando un concurso de ofertas que no tenía ninguna seriedad y validez.

Todo lo expuesto, en criterio del Ministerio Público, permitía entrever un cúmulo de irregularidades que se generaron por la culpa compartida de los funcionarios municipales y del contratista que ahora pretendía beneficiarse de su actuar indebido.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia del Consejo de Estado

Previo a analizar y decidir sobre el asunto que ha sido propuesto, resulta necesario establecer la competencia de la Sala para conocer del mismo, pues sólo de esta manera podrá pronunciarse sobre el recurso de apelación impetrado por la parte demandante.

Sea lo primero decir que la presente controversia versa sobre la legalidad del acto administrativo vertido en la Resolución No. 735 del 20 de noviembre de 2000, por medio de la cual el Municipio de Victoria declaró la caducidad del contrato No. 052, también sobre la nulidad del acto de terminación bilateral del referido contrato y su incumplimiento por parte del ente público. En este punto se recuerda que la entidad demandada, Municipio de Victoria, es un ente territorial y por tanto tiene el carácter de entidad estatal, según lo dispuesto en la letra a) del numeral primero del artículo 2º de la Ley 80 de 1993¹.

¹ Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

"Para los solos efectos de esta ley:

"1o. Se denominan entidades estatales:

"a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

"(...)."

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, más precisamente de las normas que regulan competencias, se observa que su artículo 75 prescribe, expresamente, que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así, entonces, teniendo en habida cuenta que la parte demandada tiene el carácter de entidad estatal, con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa, patrimonio propio, en su condición de ente territorial, resulta del caso concluir que esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto.

2.- Oportunidad de la acción

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en su numeral 10) dispuso acerca del término de caducidad de la acción contractual, lo siguiente:

10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta;

d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;

En este asunto se somete a consideración de la Sala la nulidad de la Resolución No. 735 del 20 de noviembre de 2000 por medio de la cual el municipio de La Victoria declaró la caducidad del contrato No. 052, así como la nulidad del acta de terminación del referido negocio, suscrita por las partes el 7 de diciembre de 2000 y finalmente la declaratoria de su incumplimiento y la ruptura del equilibrio económico del mismo vínculo negocial.

Así pues, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 26 de septiembre de 2002, resulta viable concluir que la acción se ejerció dentro de los dos años de caducidad de la acción, en cuanto la ocurrencia de los motivos que dieron lugar a la controversia acaecieron entre 20 de noviembre de 2000, fecha en que se profirió uno de los actos acusados y, 7 de diciembre de 2000, cuando se finalizó por mutuo acuerdo la relación contractual.

3.- De la conformación del extremo activo.

Si bien la identificación de la parte actora no fue materia de impugnación ante esta instancia, por tratarse de un aspecto íntimamente ligado a un presupuesto procesal de la acción, será objeto de pronunciamiento por parte de esta Sala en cuanto en torno al mismo convergen algunas particularidades que merecen ser precisadas.

Como se desprende del libelo introductorio, el extremo activo del presente debate, según allí se indica, lo componen el señor Carlos Alberto Zabaleta Barreto y Humus de Colombia – HUMUCOL.

Al respecto, la Sala parte por precisar que Humus de Colombia – HUMUCOL, lejos de ser una persona jurídica sujeto de derechos y obligaciones, su naturaleza corresponde a la de un establecimiento de comercio de propiedad del señor Carlos Alberto Zabaleta Barreto. Tal cual se desprende del certificado de matrícula mercantil de persona natural de Carlos Alberto Zabaleta Barreto en el cual consta que se encuentra registrado en Cámara de Comercio desde el 6 de febrero de 1989, que su actividad comercial consiste en el diseño de procesos de recuperación de actividades de reciclaje y comercialización de productos orgánicos e igualmente que es propietario del establecimiento de comercio HUMUCOL HUMUS DE COLOMBIA.

Resulta claro, entonces, que HUMUCOL HUMUS DE COLOMBIA es un establecimiento de comercio, cuya definición legal se encuentra consignada en el artículo 515 del Código de Comercio de conformidad con el cual *“se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa”*. Así pues, se impone concluir que al ser HUMUCOL HUMUS DE COLOMBIA un establecimiento de comercio, no cuenta con personalidad jurídica y no cuenta con representación legal alguna. Su naturaleza corresponde a la de una universalidad de bienes en cabeza de un propietario que en este caso es el señor Carlos Alberto Zabaleta Barreto, cuestión que obliga a precisar que el referido establecimiento no cuenta con vocación para ser sujeto de derechos y obligaciones, amén de que carece de capacidad para ser parte de un contrato así como para ser parte procesal.

No obstante la falta de técnica conceptual advertida en la demanda, la Sala destaca que el texto de contrato No. 052 cuya declaratoria de incumplimiento se deprecia, es claro en establecer que el extremo contratista lo compone el señor Carlos Alberto Zabaleta Barreto, propietario de Humus de Colombia. Igualmente del contenido del poder conferido para iniciar la presente causa se advierte que el otorgante es Carlos Alberto Zabaleta Barreto, quien actúa en su nombre y como propietario del establecimiento de comercio Humus de Colombia Humuacol.

Así pues, con el propósito de garantizar la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial, para esta Sala habrá de entenderse que tanto el poder como la demanda permiten identificar al señor Carlos Alberto Zabaleta Barreto como demandante dentro de la presente causa.

4. Análisis del caso.

Teniendo en cuenta que las decisiones que aquí se demandan surgieron en desarrollo de un vínculo comercial cuya celebración, según lo alega en su defensa la entidad demandada y lo considera el Ministerio Público en su concepto, posiblemente se encuentra viciada de nulidad, la Sala, de manera oficiosa, emprenderá el análisis relativo al válido nacimiento a la vida jurídica del referido contrato, pues solo así será procedente pronunciarse sobre la legalidad de las decisiones adoptadas como producto de su ejecución.

4.1. De la declaratoria de la urgencia manifiesta como presupuesto para la celebración del contrato No. 052 de 1996.

De la revisión de las pruebas recuadadas en el plenario la Sala evidencia que el contrato No. 052 fue celebrado el 12 de junio de 1996 entre el Municipio de Victoria y el señor Carlos Alberto Zabaleta Barreto, a través del procedimiento de contratación directa, como consecuencia de la declaratoria de urgencia manifiesta dictada por el Alcalde Municipal mediante Decreto No. 031 de 11 de junio de 1996.

Siendo ello así, la Sala considera necesario referirse al tratamiento legal y, jurisprudencial que se le ha impartido a la figura de la urgencia manifiesta con el propósito de establecer si dicha declaratoria se sustentó en razones fácticas y jurídicas valederas.

La Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación de la Administración Pública, vigente para la época en que se celebró el negocio que ocupa la atención de la Sala, en sus artículos 42 y 43, reguló lo concerniente a los presupuestos que debían reunirse para proceder a la declaratoria de urgencia manifiesta, la forma en que debía adoptarse dicha decisión y el posterior control que sobre la misma recaía por parte del órgano competente.

Artículo 42°.- De la Urgencia Manifiesta. Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro, cuando se presenten situaciones relacionadas con los Estados de Excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concursos públicos.

La urgencia manifiesta se declara mediante acto administrativo motivado.

Artículo 43°.- Del Control de la Contratación de Urgencia. Inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá pronunciarse dentro de los dos (2) meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración.

Si fuere procedente, dicho funcionario u organismo solicitará al jefe inmediato del servidor público que celebró los referidos contratos o a la autoridad competente, según el caso, la iniciación de la correspondiente investigación disciplinaria y dispondrá el envío del asunto a los funcionarios competentes para el conocimiento de las otras acciones. El uso indebido de la contratación de urgencia será causal de mala conducta.

Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de otros mecanismos de control que señale el reglamento para garantizar la adecuada y correcta utilización de la contratación de urgencia.”

Esta misma legislación, en desarrollo del principio de transparencia, consagró la declaratoria de urgencia manifiesta como causal de contratación directa:

“Artículo 24°.- Del principio de Transparencia. En virtud de este principio:

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

(...)

f) Urgencia manifiesta.”

De las normas en referencia resulta viable concluir que la urgencia manifiesta

tiene cabida cuando:

- Se requiere la prestación ininterrumpida de un servicio, el suministro de bienes o la ejecución de obras.
- Se presentan situaciones relacionadas con estados de excepción.²
- Se presentan hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre.
- Se presentan situaciones similares a las anteriores.

Su procedencia se justifica en la necesidad inmediata de continuar prestando el servicio, suministrando el bien o ejecutando la obra o conjurar las situaciones excepcionales que afectan al conglomerado social, lo que impide acudir al procedimiento de selección de licitación pública en tanto este medio de escogencia de contratista supone la disposición de un período más prolongado de tiempo que eventualmente pondría en riesgo el interés público que se pretende proteger con la declaratoria de urgencia manifiesta y la consecuencial celebración del correspondiente contrato.

Así pues, la figura de la urgencia manifiesta se sustenta en, al menos, tres principios:

Por un lado, el principio de necesidad que consiste en que debe existir una situación real que amenace el interés público ya sea por un hecho consumado, presente o futuro y que hace necesaria la adopción de medidas inmediatas y eficaces para enfrentarla.

El principio de economía en virtud del cual se exige que la suscripción del negocio jurídico dirigido a mitigar la amenaza o el peligro en que se encuentra el bien colectivo, se realice por la vía expedita de la contratación directa, pretermitiendo la regla general de la licitación pública para garantizar la inmediatez y/o la continuidad de la intervención del Estado.

El principio de legalidad que supone que la declaratoria de la urgencia manifiesta solo procede por las situaciones contenidas expresamente en la norma, sin que puedan exponerse razones distintas para soportarla.

² De conformidad con la Carta Política de 1991, existen tres estados de excepción: la guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica, social y/o ecológica, cuya declaración al tenor de lo dispuesto en los artículos 213, 214 y 215 de la Constitución compete al Presidente de la República junto con todos sus ministros.

Igualmente, se concluye que la decisión que en ese sentido se adopte ha de ser sometida a control posterior por el órgano competente, en la medida en que debe verificarse que su declaratoria se dicte con apego a la disposición legal que la regula, so pena de iniciar las investigaciones disciplinarias o penales a que haya lugar por su empleo indebido.

La Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado en torno a los elementos esenciales de la urgencia manifiesta, en los siguientes términos:

“La Ley 80 de 1993, artículos 41 a 43 incorporó la figura de la urgencia manifiesta como una modalidad de contratación directa. Se trata entonces de un mecanismo excepcional, diseñado con el único propósito de otorgarle instrumentos efectivos a las entidades estatales para celebrar los contratos necesarios, con el fin de enfrentar situaciones de crisis, cuando dichos contratos, en razón de circunstancias de conflicto o crisis, es del todo imposible celebrarlos a través de la licitación pública o la contratación directa. Es decir, cuando la Administración no cuenta con el plazo indispensable para adelantar un procedimiento ordinario de escogencia de contratistas.

En otras palabras, si analizada la situación de crisis se observa que la Administración puede enfrentarla desarrollando un proceso licitatorio o sencillamente acudiendo a las reglas de la contratación directa, se hace imposible, en consecuencia, una declaratoria de urgencia manifiesta. (...) En este orden de ideas, “la urgencia manifiesta procede en aquellos eventos en los cuales puede suscitarse la necesidad de remediar o evitar males presentes o futuros pero inminentes, provocados bien sea en virtud de los estados de excepción, o por la paralización de los servicios públicos, o provenientes de situaciones de calamidad o hechos constitutivos de fuerza mayor o desastres, o cualquier otra circunstancia similar que tampoco dé espera en su solución, de tal manera que resulte inconveniente el trámite del proceso licitatorio de selección de contratistas reglado en el estatuto contractual, por cuanto implica el agotamiento de una serie de etapas que se toman su tiempo y hacen más o menos largo el lapso para adjudicar el respectivo contrato, circunstancia que, frente a una situación de urgencia obviamente resulta entorpecedora, porque la solución en estas condiciones, puede llegar tardíamente, cuando ya se haya producido o agravado el daño”. Por otra parte, para la Sala resulta claro que uno de los elementos esenciales de la urgencia manifiesta lo constituye la obligación de verificar que el objeto del contrato necesita su permanencia, es decir, que se requiere garantizar por parte de la Administración la continuidad de un servicio que exige suministro de bienes, ejecución de obras o la propia prestación de servicios.

(...).

“Para esta Sala, es importante señalar que la urgencia manifiesta, aunque implique la posibilidad legal para celebrar contratos de forma directa e inmediata, bajo ninguna circunstancia puede convertirse en una regla general o en un instrumento discrecional en manos de las autoridades públicas, todo lo contrario, su aplicación es de derecho estricto y procede previa configuración real y efectiva de las precisas causales que el legislador establece en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993. En conclusión, la contratación por la vía de urgencia no puede ser una contratación abusiva, contraria a los principios de la contratación estatal, es decir,

se debe garantizar la transparencia, la selección objetiva, la debida ejecución del contrato y el cumplimiento de las finalidades del mismo, esto es, prestar un buen servicio público a los administrados. ”³.

En providencia más reciente, esta Subsección se refirió a la configuración de esta figura y a los efectos de su declaratoria:

“Así, la primera se refiere a aquellos eventos que por sus características no pasan de ser situaciones en las que dado a la brevedad del tiempo disponible no resulta posible realizar un oportuno procedimiento de selección, lo cual determinó la incorporación de un elemento de apremio que precisamente deriva en la inminente necesidad de celebrar el respectivo contrato con prescindencia del correlativo procedimiento administrativo de selección contractual. En estos casos el legislador facultó a la Administración para celebrar el respectivo contrato con prescindencia de la etapa precontractual especialmente regulada por la ley como regla general y con ello del respectivo procedimiento de selección del contratista, que en tiempos de llana normalidad se habría requerido obligatoriamente.

*Con todo, ello no releva ni a la Administración ni a su colaborador de celebrar el respectivo contrato estatal, en los términos que la ley exige para su nacimiento a la vida jurídica, esto es que deberá indefectiblemente elevarse a escrito. Tampoco releva a los funcionarios públicos que debiendo prever la aproximación de la necesidad de contratar, pero se abstuvieron de adelantar las gestiones tendientes a poner en movimiento el andamiaje operacional encaminado a adelantar el correspondiente procedimiento de selección de manera oportuna, de la responsabilidad de afrontar las consecuencias que en materia fiscal y disciplinaria prevé el ordenamiento jurídico.”*⁴

A todo lo expuesto en los pronunciamientos en referencia, la Sala estima pertinente agregar en esta oportunidad que las medidas que se adopten y el objeto de los contratos que se celebren por la vía de la contratación directa, en el marco de la declaratoria de urgencia manifiesta, no solo deben guardar directa relación con el estado de crisis que se pretende mitigar, sino que, además, las estipulaciones contractuales en torno al precio y plazo que se pacten para su ejecución igualmente deben responder a la urgencia y necesidad que motivó su celebración.

En efecto, los elementos relativos al precio y plazo del contrato, dentro de este contexto, deben estar concebidos exclusivamente para superar el estado de amenaza del bien común que suscitó su celebración, mientras se logran poner en marcha las actividades dirigidas a adelantar el correspondiente procedimiento de selección encaminado a escoger, a través de la respectiva licitación pública, el

³ Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado, 7 de febrero de 2011, expediente: 34425, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 16 de septiembre de 2013, expediente: 30683, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

contratista que en adelante asumirá las prestaciones necesarias para mantener las condiciones de normalidad del servicio público, en caso de que se requiera su prestación prolongada, pues carecería de toda justificación jurídica que el plazo del contrato suscrito como producto de la urgencia manifiesta, se pacte a más de una década cuando resulta viable suponer que el estado de emergencia, a título ilustrativo, puede superarse en unos cuantos meses. En igual sentido, no resultaría ajustado pactar un valor excesivo, cuando se evidencie que la urgencia puede afrontarse con una cuantía menor.

Obrar de la manera señalada en los dos ejemplos anteriormente planteados podría fácilmente dar lugar a colegir que la celebración de los respectivos contratos, más allá de obedecer a las razones de inminente necesidad en que se habría de sustentar la declaratoria de urgencia manifiesta, en realidad se habría apoyado en la firme intención de burlar el principio de selección objetiva, a través de la pretermisión de la licitación pública, en provecho de intereses particulares, análisis que de todas maneras corresponderá abordar en cada caso concreto como a continuación se procederá.

Descendiendo al análisis del sublite, la Sala advierte que el Municipio de La Victoria, mediante Decreto No. 031 del 11 de junio de 1996, declaró la urgencia manifiesta amparado en la configuración de un estado de amenaza a la salubridad pública, con fundamento en las siguientes consideraciones:

“B. Que dado el crecimiento acelerado de la población urbana del Municipio a causa de los factores de natalidad y corrientes migratorias de la zona rural y de otras regiones se ha elevado la prestación de servicios públicos incluidos el de aseo, careciéndose de mecanismos apropiados para garantizar la salubridad pública en nuestro territorio.

“C. Que este fenómeno social presentado en la jurisdicción municipal ha posibilitado la aparición de los primeros brotes epidémicos agudos dentro de su población infantil y adulta, que tiende a extenderse a los diversos núcleos urbanos de la ciudad.

“D. Que lo anterior es evidente y demostrativo con los informes presentados al despacho de la Alcaldía, por los señores Director del Hospital “Nuestra Señora de los Santos” del Municipio (donde indica el grave riesgo de personas enfermas y contaminadas por epidemias), así como por la Unidad Ejecutora de Saneamiento.

“E. Que tradicionalmente el almacenamiento de las basuras en el Municipio no ha correspondido a los requerimientos técnicos y sanitarios por haberse venido realizando dentro de un lote de terreno sin el cumplimiento de los requisitos exigidos y ubicado en sector adyacente al río Cauca en comprensión municipal de La Unión Valle, en el cual ya no es posible continuar realizando la disposición de

las basuras debido al cierre del mismo.

“F.- Que se deben adoptar las medidas legales necesarias para llevar a cabo un programa de recepción, selección y transformación de las basuras municipales con el fin de que éstas no constituyan un problema ecológico, sino por el contrario, convertirlas en materia prima de un proceso productivo.

“G. Que a partir de la fecha el Municipio no posee de un sitio de disposición final de desechos conforme a los requerimientos legales en esa materia.

“H. Que con el fin de evitar cualquier tipo de contaminación ambiental es indispensable llevar a cabo un proceso de transformación de residuos orgánicos destinando su producto para la recuperación de los suelos degradados y recuperación de materiales destinados a programas de reciclaje para conservación de fuentes de materia prima.

“I. Que la Administración Municipal de la Victoria Valle, no puede esperar que se presenten situaciones desafortunadas a nivel sanitario y social como tampoco acciones judiciales ni disciplinarias contra sus funcionarios por omitir la toma de decisiones para solucionar el problema de contaminación por basuras que sucede en los actuales momento.

(...)

“K. Que en consecuencia se debe proceder a declarar la Urgencia Manifiesta y la Emergencia sanitaria con el fin de aminorar el riesgo potencial para la comunidad, por cuanto esta requiere de soluciones inmediatas y entre la principal está la de convenir con una empresa experimentada en el ramo que garantice la ejecución de un completo programa para la recepción, selección y transformación de las basuras municipales y la correspondiente transferencia de tecnología.

Del contenido de la decisión por la cual el municipio de La Victoria declaró la urgencia manifiesta se desprende que para esa época el ente territorial atravesaba por una situación que ponía en riesgo la salubridad pública de sus habitantes en cuanto no disponía de un lugar apropiado para ubicar las basuras luego de su recolección y tampoco para dar el tratamiento adecuado a los residuos, circunstancia que habría causado brotes epidémicos entre la población infantil y adulta.

Habiéndose planteado así la situación por parte del Gobierno Municipal, para la Sala resulta posible advertir que, en efecto, se presentó un evento de urgencia que debía solucionarse de manera pronta so pena de causar un perjuicio en la salud colectiva de los moradores de La Victoria, cuestión que, a la luz de lo expuesto, eventualmente pudo abrir paso a la declaratoria de urgencia manifiesta con el propósito de suscribir los contratos necesarios para enfrentar la dificultad ambiental y ponerle fin en el futuro próximo.

Con todo, como se anotó en precedencia, los negocios que en desarrollo de dicha

declaratoria se celebraran, no solo debían contener un objeto que guardara estrecha relación con el problema que se pretendía mitigar, sino que, además, su precio y plazo también debían responder a la circunstancia de emergencia que motivó su celebración.

Dicho lo anterior procede la Sala a examinar si el contrato No. 052 celebrado como consecuencia de la declaratoria de urgencia manifiesta consultó la finalidad prevista por dicha figura.

4.2. De la tipología del contrato No. 052

Esta Corporación en varios pronunciamientos ha considerado que con independencia del título o denominación que se le dé a un determinado negocio jurídico, tal circunstancia no resulta determinante de la tipología a la que obedece, pues para tal fin indefectiblemente deben consultarse los elementos de su esencia⁵, o en otra palabras, la función económico-social que del negocio emana, sin cuya concurrencia u observancia el negocio jurídico sería inexistente o derivaría en un contrato distinto:

“Lo expuesto conduce a señalar que la naturaleza del vínculo contractual o la identificación del tipo negocial celebrado no constituye una cuestión que dependa, en exclusiva y ni siquiera principalmente, de la denominación que al convenio decidan otorgar las partes, sino que dicha naturaleza o modalidad derivan, fundamentalmente, de la función económico-social que el acto jurídico esté llamado a cumplir o, en otros términos, de los elementos que permiten configurar el tipo contractual del cual se trate; de ahí que el contrato, como forma específica de negocio jurídico, se califique como la más cotidiana y usual forma de disposición de intereses en procura de una función práctica, económica o social y que en consideración a la función o funciones que les corresponda desplegar, el ordenamiento jurídico instituya categorías o tipos de contratos dentro de un esquema fáctico concreto, definitorio de su naturaleza, clase o especie, algunas de ellas reguladas expresamente por el legislador, otras por la sociedad -de suerte que surgen incluso de los usos y de las prácticas sociales- y otras por el tráfico jurídico mismo, diferenciándose así los contratos típicos y nominados de los atípicos y los innominados, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.”⁶

Así pues, se encuentra acreditado en el plenario que al día siguiente de expedir la Resolución que contuvo la declaración de urgencia manifiesta, el 12 de junio de

⁵ Artículo 1501 del Código Civil. COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

⁶ Sección Tercera del Consejo de Estado, 18 de marzo de 2010, Expediente: 14390, Actor: COINVERPROL LTDA. Vrs. Junta Administradora Seccional de Deportes Bogotá D.C.

1996, el municipio de La Victoria y el señor Carlos Alberto Zabaleta Barreto suscribieron un contrato al que denominaron "convenio", circunstancia que resulta irrelevante para el presente examen-, con el siguiente objeto:

"El objeto de este convenio consiste en que el MUNICIPIO y HUMUCOL integrarán acciones para adelantar el programa de recepción, selección y transformación de las basuras municipales en Humus a partir de la Lombricultura, su fomento y transferencia de tecnología."

En desarrollo de lo previsto en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993, el Municipio de la Victoria mediante oficio 099 A del 18 de junio de 1996 remitió al Auditor Fiscal del Departamento, copia del Decreto 031 de 11 de junio de 1996 que declaró la urgencia manifiesta, copia del contrato No. 052 suscrito como resultado de la misma y varios documentos que servían como prueba de su decisión.

Regresando al texto del contrato, se advierte que como obligaciones del municipio se acordaron las siguientes:

- . Facilitar la construcción en el terreno de su propiedad de las obras para realizar la infraestructura del proyecto.

- . Aportar recursos en cuantía de \$90'000.000 de los cuales el 50% se pagaría a la legalización del contrato y el 50% restante en el primer semestre del año siguiente, una vez el proyecto se encontrara en funcionamiento.

Por su parte, el señor Carlos Alberto Zabaleta Barreto, adquirió los siguientes compromisos:

- . Ejecutar la totalidad del programa de recepción, selección y transformación de las basuras municipales en Humus, a partir de la Lombricultura, su posterior fomento y transferencia de tecnología. Dentro del programa se encontraba previsto la realización de las siguientes obras: Vías de acceso internas y externas, adecuación del terreno, diseño y trazado de las áreas de recepción, transformación, reciclaje, almacenamiento de material orgánico, cocción, limpieza y zaranago de humus.

- . Diseñar, determinar la ubicación y ejecutar las construcciones, llave en mano, de la infraestructura requerida para el establecimiento de las lombrices con los recursos aportados por el municipio.

- . Aportar 10 toneladas de semilla de lombriz roja californiana que se encargaría de transformar el material orgánico en humus.

Ahora bien del análisis detenido del cláusulado contractual se evidencia que, aun cuando no se pactó un precio exacto a favor del contratista por la ejecución de las obras y la prestación de los servicios contratados, ciertamente el modelo económico del negocio jurídico se estructuró en una inversión a largo plazo en la que el municipio aportaría la suma de \$90.000.000 para la construcción de la infraestructura y, a su turno, el contratista ejecutaría la totalidad de las obras en terrenos del municipio para la puesta en funcionamiento del programa de recepción, selección y transformación de las basuras en humos a partir de la Lombricultura, a cambio de lo cual ganaría un porcentaje de lo obtenido en la producción de humos y del material orgánico, convertidos en abonos naturales y material reciclable que en el futuro comercializaría, destinando parte del mismo a las arcas del municipio con el fin de que recuperara la inversión. Es decir, la producción de la transformación de los residuos orgánicos y su comercialización fungiría como fuente de financiamiento del proyecto.

Tal cual se desprende de los siguientes apartes del texto contractual:

“DERECHO DEL MUNICIPIO (...) TERCERO: A partir del quinto año el diez por ciento (10%) del material orgánico producido. CUARTO: Que a partir del tercer (3) año, el 20% de lo producido en Humus y material orgánico se destine a recuperar la inversión efectuada en dinero por el municipio.”

De allí surge con claridad que el porcentaje restante -que era la mayor parte-, obtenido de la producción del humus y material orgánico, sería del provecho económico del contratista.

Igualmente como derechos del contratista se acordó: *“La empresa HUMUS DE COLOMBIA HUMUCOL tiene derecho a la infraestructura desarrollada en terrenos del municipio aunque HUMUCOL, no tendrá derecho de dominio y propiedad sobre el lote de terreno”*.

Finalmente se tiene que de conformidad con la cláusula séptima el plazo del contrato fue de 15 años contados a partir de su legalización.

Todo lo anotado, merece varios comentarios:

Observa la Sala que la tipología contractual del negocio jurídico No. 052, ciertamente, obedeció a una concesión del servicio público de aseo en su componente de tratamiento, aprovechamiento y disposición final de basuras.

Como sustento de lo anterior debe recordarse que de conformidad con el inciso segundo del artículo 367 de la Constitución Política, los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen.

Así mismo, se pone de presente que al tenor de lo dispuesto en el numeral 24 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 el servicio público domiciliario de aseo. *“Es el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos.”*

Ahora bien, el contrato de concesión se encuentra regulado de manera privativa por las normas de derecho público, en cuanto que a partir de su implementación y de cara a la escasez de recursos del Presupuesto Nacional se ha procurado que los particulares colaboren con el Estado en la consecución de sus fines incorporando capital privado, a cambio de que aquellos puedan explotar económicamente un bien, una obra o un servicio a cargo del Estado.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de manera general, definió el contrato de concesión como aquel que celebran las entidades estatales con una de estas dos finalidades: otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, de un lado, o encomendar a dicho concesionario la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o un bien destinado al servicio o uso público; en ambos casos el contrato comprende las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, siempre por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad estatal.

Como contraprestación se reconoce y paga una remuneración, la cual puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le

otorgue a la entidad estatal 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 —artículo 32, numeral 4^o—.

Con fundamento en lo anotado se reitera que a través de la celebración del contrato No. 052, el municipio de Victoria entregó en concesión al señor Carlos Alberto Zabaleta Barreto la prestación del servicio público de aseo en su componente de *tratamiento, aprovechamiento y disposición final de basuras o residuos sólidos*.

Para tal propósito, el ente territorial proporcionó unos aportes en dinero para construir parte de la infraestructura dispuesta para la correspondiente operación de las actividades encomendadas y, además, entregó el terreno en donde se harían la recepción, selección y transformación de basuras en humus y material orgánico a partir de la Lombricultura.

Por su parte el contratista, como concesionario de la prestación del servicio público de aseo, en su componente de tratamiento, aprovechamiento y disposición final de basuras, ejecutaría las obras para poner en marcha el proyecto y operaría por 15 años el programa de recepción, selección y transformación de basuras, aportando a su vez las lombrices para el correspondiente proceso de conversión de residuos sólidos, período durante el cual obtendría para su provecho y mantenimiento del proyecto las sumas resultantes de la producción del humus, reciclaje y del material orgánico debiendo destinar un pequeño porcentaje de esos conceptos al ente territorial como tasa de retorno de la inversión.

⁷ El artículo 32 numeral 4^o de la ley 80 de 1993 define el contrato de concesión en los siguientes términos:

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

En otras oportunidades se ha expresado: *"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..., 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... tarifas..."*. Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del cuatro (4) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995); Consejero Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza; Radicación número: 750. En similar dirección, puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2000, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros; Expediente: 12619.

Ante este panorama la Sala considera que la celebración del contrato No. 052 desbordó por completo la finalidad que se perseguía a partir de la declaración de urgencia manifiesta, pues si bien su objeto se dirigió, al parecer, a solucionar el problema de salubridad que se había generado como consecuencia del aumento considerable de basuras en la población de La Victoria, lo cierto es que la estipulación de un plazo contractual de quince años para lograr tal propósito desdibujó en lo absoluto el elemento de la urgencia que motivó su celebración por la vía de la contratación directa.

En ese sentido resulta inadmisibles sostener que la situación de urgencia que habría dado lugar a la contratación directa con el fin de evitar una dilación prolongada en un procedimiento ordinario de selección que regularmente podría durar de 3 a 6 meses y, con un ello, un retraso en la solución del problema, a su vez diera como resultado la celebración de un contrato para contrarrestar los efectos de la emergencia, pero cuyo plazo pudiera extenderse por 15 años.

Para la Sala se agrava aún más el escenario si se tiene en consideración que un contrato de concesión de un servicio público esencial como el que se celebró, dada su naturaleza y alta relevancia por el impacto social que está llamado a generar, indefectiblemente debe estar soportado en estudios técnicos y de factibilidad que permitan establecer en primer orden la verdadera necesidad de la colectividad y, a partir de allí, las opciones o modalidades existentes para satisfacerla y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja, las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios a contratar, los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de su celebración, la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, o profesionales, en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante, todo ello con el fin de que el ente territorial logre materializar el principio de selección objetiva a través de la escogencia de la mejor oferta, pues solo de esa manera, esto es, solo a partir de la precisa identificación de las necesidades de la colectividad en esa materia, podrá establecer quién se encuentra en mejor posibilidad de satisfacer el bien público.

Lo anterior, descendido al caso concreto, equivale a afirmar que la celebración de ese tipo de contrato por un espacio tan prolongado de tiempo necesariamente debía estar apoyada en estudios serios que dieran cuenta, por ejemplo, que la mejor solución a largo plazo para la disposición final de las basuras consistía en su transformación en humus mediante el proceso de Lombricultura, y no, por ejemplo, la implementación de un vertedero sanitario, o un dispositivo de incineración u otras estrategias para la reducción o mutación de los residuos.

Empero, como resulta connatural a la realidad fáctica expuesta, no era posible adelantar los estudios y análisis aludidos debido, precisamente, a la urgencia de la situación, esa circunstancia constituía razón de más para concluir que la ejecución del contrato concebido para conjurar la crisis no podía sobrepasar de un lapso que resultara razonable, previsto exclusivamente para enfrentar la emergencia sanitaria, pues en el entretanto la entidad se encontraba en la obligación legal de realizar las gestiones pertinentes y los estudios e investigaciones necesarias para adelantar el respectivo procedimiento de selección a través de licitación pública, con miras, ahí sí, de entregar en concesión la prestación del servicio público de aseo, en su componente de tratamiento, aprovechamiento y disposición final de basuras o residuos sólidos, con plena observancia del principio de selección objetiva.

Hacer lo contrario, esto es, dar en concesión por 15 años la prestación del servicio público de aseo, como producto de una declaratoria de urgencia manifiesta, sin el más mínimo soporte técnico que diera cuenta de que esa era la solución definitiva con la que se garantizaría la prestación del servicio, en condiciones óptimas, en beneficio de los habitantes de La Victoria, muy seguramente no solucionaría el problema que de inicio motivó su suscripción sino que, además, conduciría a una prolongada afectación del bien colectivo que se procuraba proteger, como en efecto ocurrió.

Prueba de ello es que la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, como consecuencia de una visita realizada en el lugar de ejecución del contrato el 25 de marzo de 1998, esto es, menos de dos años más tarde de haberse celebrado el negocio jurídico, expidió la Resolución No. 070 de 11 de agosto de 1998 en la cual impuso unas obligaciones al municipio de La Victoria con apoyo en las siguientes consideraciones:

“Que el 25 de marzo de 1998 se realizó visita por el personal del Grupo de Calidad Ambiental de la Subdirección de Gestión Ambiental de la CVC a la planta de tratamiento de residuos sólidos del municipio de la Victoria con el fin de hacer el seguimiento y control de la disposición final de residuos sólidos generados en el municipio. Durante la visita se observó y verificó lo siguiente: la planta (sic) está funcionando desde hace aproximadamente hace un año y se opera por la empresa HUMUCOL. El personal trabajando en la planta es de 7 personas. Toda la basura que llega es depositada en una zona de descargue e inicia la recuperación de los principales materiales reciclables de fácil comercialización, los cuales se almacenan en una parte de la planta, y separación de material orgánico para la posterior (sic) procesamiento biológico en la planta de Humucol (Localizada en el municipio de la Unión). Hay gran cantidad de basura acumulada, el material orgánico se retira para procesamiento esporádicamente, cada 4 a 5 meses., la fracción inservible de basura está depositada a cielo abierto, la planta no posee relleno para enterramiento. En la planta se realiza las quemas abiertas, hay presencia de los animales en el botadero. Se observó la producción de lixiviados por descomposición de la basura almacenada, los cuales se escurren a un lago ubicado al lado de la casa en la parte mas baja (la entrada) del lote. Se observó además, las construcciones no terminadas para levantamiento de un techo sobre la zona de selección y reciclaje de basuras.

Que en el mencionado informe se establecen las recomendaciones para mitigar la problemática ambiental que está generando la planta de tratamiento de residuos sólidos del municipio de la Victoria.

Que el artículo 10 del Decreto 2104 de 1983, establece que las actividades de manejo de basuras deberán realizarse en forma tal que se eviten situaciones como, entre otras, la proliferación de vectores y condiciones que propicien la transmisión de enfermedades a seres humanos y animales, al contaminación del aire y el suelo, la generación de olores objetables y la disposición final no sanitaria de las basuras.”

Con base en lo anterior, la CAR del Valle del Cauca ordenó al Municipio de La Victoria la ejecución de las siguientes actividades, las cuales debieron adelantarse en el término de 60 días calendario:

*“Prohibir la realización de quemas abiertas en el basurero.
Prohibir el acceso de animales en el basurero.*

Realizar semanalmente el retiro de material orgánico para procesamiento biológico.

Dentro de la planta implementar un microrelleno sanitario para la disposición de los desechos inservibles.

Realizar el retiro y enterramiento de todos los desechos inservibles acumulados hasta la fecha en la planta.

Evitar la generación de lixiviados por la basura orgánica acumulada con la preparación de la base de las pilas de basura por medio de un colchón de arcilla (suelo con alto contenido de fracción final) de 40 cms de espesor, además del retiro periódico de basuras.

Lo expuesto, en cuanto a las funestas consecuencias de la celebración de contrato No. 052 por el cual se concesionó la prestación del servicio público de aseo, se refuerza aún más con las conclusiones obtenidas en el dictamen pericial practicado en el curso de la primera instancia por un ingeniero civil que visitó el sitio de ejecución del contrato No. 052 y conceptuó:

“El CAPITULO I hace referencia a la etapa de los diseños de las diferentes áreas que conforman el proyecto de construir una planta de tratamiento de basuras, diseños que no aparecieron

La cantidad de obra preestablecida en esta etapa para el área de transformación (15.000 M2), no guarda proporción con las 150 eras que se pretendían construir que figuran en el capítulo II.

El CAPITULO II, corresponde a la etapa a ejecutar o construir los diseños del proyecto, lo que da a entender que hubo improvisación consentida por las partes en el construir (sic) obras sin diseños previos.

El construir sin tener un referente o guía (diseño), genera omisiones y/o excesos, como se puede deducir en el caso del área de recepción y selección de las basuras en donde se tenía predimensionado construir inicialmente un montaje cubierto de cuatrocientos metros cuadrados (400 M2), pero no hay una equivalencia directa entre esta superficie y las otras áreas del proyecto a construir en una fase inicial que permitiera poner en funcionamiento la planta de tratamiento de basura en una primera instancia.

Mil doscientos cincuenta (1250) metros cuadrados de montaje cubierto era lo preestablecido a construir como área final de recepción y selección de basuras, en el sitio se pudo observar que adecuaron con infraestructura (zapatas + columnas en concreto + columnas metálicas) mil setecientos setenta y cinco metros cuadrados (1775 M2), es decir un cuarenta y dos por ciento (42%) demás.

El sesenta y ocho (68%) de las actividades estipuladas dentro del capítulo II no están claramente definidas porque no se posee una unidad que especifique ni una cantidad que las cuantifique.

“CAPITULO III atañe a la etapa de poner en marcha el proyecto, lo cual sugiere que se puso en pleno funcionamiento un proyecto sin tener toda la infraestructura para operar.”

Así las cosas resulta evidente que la celebración del contrato No. 052 contravino el Estatuto de Contratación Estatal, específicamente las normas que regulan la figura de la urgencia manifiesta y la posibilidad de celebrar negocios jurídicos a través de contratación directa como consecuencia de dicha declaratoria, previstas en los artículos 42, 43 y literal f) del numeral primero del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. En efecto, la celebración del contrato No. 024 por un plazo de 15 años, no consultó el elemento de urgencia que permitía su celebración sin acudir al procedimiento de selección de la licitación pública, cuestión que desbordó y

desnaturalizó la implementación de dicha figura.

Adicionalmente, tras verificarse que el negocio jurídico No. 032 obedeció al tipo contractual de concesión de la prestación del servicio público de aseo, es incuestionable que so pretexto de la declaración de urgencia manifiesta, se procedió a su contratación directa, esquivando de manera injustificada la modalidad de selección que correspondía, lo que abiertamente transgredió las normas de derecho público contenidas en el numeral 1 y 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993⁸, que regulan y disponen acerca del respectivo procedimiento licitatorio que debía antecederlo, disposiciones de imperativa observancia que están recogidas en el Estatuto de Contratación Estatal, por lo cual de suyo forman parte del derecho público de la Nación.

En este punto se reitera que su celebración en modo alguno podía soportarse en la declaratoria de urgencia manifiesta, pues un contrato de tal envergadura que normalmente demanda la estipulación de una estructura económica y financiera para ser desarrollada a largo plazo, lejos de corresponder a un mecanismo o herramienta para solucionar una emergencia sanitaria en el futuro inmediato, debe tener como objeto, entre otros, el de asumir la prestación de un servicio público que por disposición constitucional se encuentra en cabeza del ente territorial, razón que de suyo justifica la indiscutible necesidad de que su celebración deba estar antecedida y soportada en análisis y estudios previos a partir de los cuales sea posible identificar cual habría de ser la mejor opción para satisfacer el interés general, fase que, como se anotó, ante una situación de urgencia no era posible agotar, de tal suerte que mal podía celebrarse un contrato de concesión como resultado de una urgencia manifiesta, sin contar con los instrumentos que garantizaran la viabilidad del proyecto.

Otro aspecto que pone de relieve las irregularidades en la explotación del servicio público de aseo en el municipio de La Victoria que iniciaron con la celebración del contrato No. 052 consiste en el hecho de que a los días de haberlo dado por terminado bilateralmente, las mismas partes suscribieron nuevamente otro contrato identificado con el número 26 del 2 de enero de 2001 con idéntico objeto –

⁸ A la prohibición legal de eludir los procedimientos administrativos de selección se refiere el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que a la letra dispone: "las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley.

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

excluyendo el componente de construcción de infraestructura- y un plazo de 6 meses (fl. 87 a 90 c3) y sin que -de entrada- se evidencie que en el trámite previo de su celebración se hubiera observado el principio de planeación y de selección objetiva. Sin embargo, esta Sala no se pronunciará sobre la legalidad de los mismos en cuanto no constituyen el objeto de la presente causa.

4.3. De declaración de nulidad absoluta del contrato No. 052

No han sido pocos los pronunciamientos de esta Corporación en los cuales se ha convenido que, en aquellos casos en los cuales se demuestre la ocurrencia de alguna de las causales de nulidad absoluta del contrato, nada impide que el juez, de oficio, proceda a declararla, con independencia de que la misma no haya sido objeto de solicitud por las partes.

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

En cuanto a las causales de nulidad absoluta de los contratos del Estado, el artículo 44 de la ley 80 de 1993 prescribe:

“Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

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

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

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

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

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

Ha de precisarse igualmente que por cuenta de la integración normativa que comporta esta disposición legal, no sólo se han adoptado como causales de nulidad absoluta los casos determinados en el artículo transcrito, sino también aquellos eventos establecidos en el Código Civil como constitutivos de nulidad absoluta de los actos o contratos - según las previsiones de sus artículos 1519 y 1741-.

Así las cosas, forzoso resulta concluir que los contratos estatales serán nulos de manera absoluta i) en los eventos previstos en los artículos 1519 y 1741 del Código Civil y, ii) en los casos específicamente determinados en los numerales del transcrito artículo 44 de la Ley 80.

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

- a).- *Los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley;*
- b).- *Ilícitud en el objeto;*
- c).- *Ilícitud en la causa;*
- d).- *Falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes;*
- e).- *Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración;*
- f).- *Celebración del contrato con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley;*
- g).- *Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal;*
- h).- *Celebración del contrato con abuso o desviación de poder;*
- i).- *Declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y*
- j).- *Celebración del contrato con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la propia Ley 80.*

Así las cosas, comoquiera que el contrato de concesión No. 052 celebrado el 12 de junio de 1996 entre el municipio de La Victoria y el señor Carlos Alberto

Zabaleta Barreto, de conformidad con las razones anteladamente expuestas, no consultó la finalidad de las normas que regulan la urgencia manifiesta (artículos 42, 43 y literal f) del numeral primero del artículo 24 de la Ley 80 de 1993) e injustificadamente se celebró a través de contratación directa debiendo haber acudido al procedimiento de licitación pública según la disposiciones previstas en el Estatuto de Contratación Estatal (numeral 1 y 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993), razonable resulta concluir que dicha circunstancia da lugar a que se configure la causal de nulidad prevista en el artículo 1519 del Código Civil, en concordancia con lo previsto en el artículo 1741 ibídem - *incorporada en el Estatuto Contractual*-, consistente en la configuración de objeto ilícito por la vulneración de normas legales de orden público, en este caso, de los aludidos normas contenidas en el Estatuto de Contratación Estatal.

En ese orden de ideas, habida cuenta de que se halla demostrado que el contrato No. 052 de 1996 que suscribieron las partes de la referencia se encuentra viciado de nulidad absoluta, la Sala procederá a efectuar la correspondiente declaratoria oficiosa.

Adicionalmente resulta del caso advertir que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato No. 052, igual surte deben correr todos los actos administrativos que en desarrollo de su ejecución se hayan proferido, así como los acuerdos bilaterales que en torno al mismo se hubieren adoptado, tal cual ocurre en el caso de la Resolución No. 735 del 20 de noviembre de 2000 por la cual se declaró la caducidad del contrato y del acta del terminación bilateral suscrita el 7 de diciembre del mismo año, pues su expedición perdió todo sustento jurídico por cuenta de la declaratoria de nulidad del marco contractual dentro del cual se profirieron.

4.4. Restituciones mutas.

Llegados a este punto corresponde precisar que el contrato en torno al cual gira la presente controversia, se celebró el 16 de octubre de 1997, es decir en vigencia de la Ley 80 de 1993, de ahí que se hace imperioso examinar el alcance de dicha normatividad en cuanto tiene que ver con los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta de un contrato de ejecución sucesiva, como es el contrato de concesión.

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

“Artículo 48°.- De los Efectos de la Nulidad. *La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.*

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

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

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

Ahora, las prestaciones contractuales no son el único concepto que debe tomarse en consideración al momento de adoptar las decisiones que correspondan en punto a las restituciones que han de sobrevenir a la anulación de un acto o contrato, pues igualmente debe resolverse lo que corresponda en lo atinente a rubros como los frutos y las mejoras de los bienes comprometidos en la relación

contractual, elementos éstos que no necesariamente deben formar parte de las prestaciones a las cuales se habían comprometido las partes en el negocio posteriormente anulado.

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

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

De frente al caso concreto encuentra la Sala acreditado lo siguiente:

Como obligación a cargo de la entidad pública se estipuló la entrega de aportes en cuantía de \$90'000.000 para la ejecución de la infraestructura que permitía operar el proyecto, suma que debería entregarse dentro de los dos primeros años de su ejecución.

En efecto, del acta de entrega parcial de obra No. 01 del 7 de marzo de 1997 se evidencia que el municipio para ese entonces ya había desembolsado la suma de \$45'000.000 y el valor de lo que se entregaba era de \$30'000.000 (fl. 178 c1). Ello se sustenta también en el comprobante de egreso No. 0287 del 13 de junio de 1996 por valor de \$45'000.000 en favor de Carlos Alberto Zabaleta Barreto. De allí resulta imperativo concluir que el municipio suministró recursos por valor de \$75'000.000 para la ejecución del proyecto.

De otro lado se advierte que de conformidad con la experticia rendida en el curso de la primera instancia, al visitar el lugar de ejecución del contrato, se verificó la construcción de unas obras por valor de \$270'532.929, suma calculada al año 2008 (fecha de elaboración de dictamen). Sin embargo, para la Sala no existe

claridad frente a ese punto, en cuanto en el mismo dictamen se anota que el monto invertido por el contratista en la ejecución de las obras asciende a \$3'065.315.00. Esta incertidumbre radica en que si se tiene en consideración que el contratista entre 1996 y 1997 recibió \$75'000.000, suma que actualizada a 2008 hubiese correspondido a \$183'800.988⁹, resultaría viable suponer que el excedente del valor de las obras ejecutadas que ascendería a \$86'731.941¹⁰, habría sido asumido por él con sus propios recursos.

Sin embargo, no puede perderse de vista que, tal y como lo aceptó el demandante en su recurso de apelación, el contratista efectivamente explotó el proyecto por cuatro años y operó el servicio de transformación de residuos, circunstancia que válidamente permite concluir que el demandante obtuvo para sus arcas un beneficio económico de la explotación del servicio en terrenos del municipio. Además de ello, se evidencia que todos los ingresos que posiblemente percibió por esa actividad ingresaron a su patrimonio, pues no existe constancia de que se hubiese reconocido valor alguno por ese concepto en favor del municipio como retorno de la inversión.

Además, aunque no se conoce el valor obtenido por la producción del humus, material orgánico y reciclaje respecto del período comprendido entre 1996 y 2000 – lapso durante el cual estuvo en ejecución el contrato-, por cuanto no fue objeto de prueba, lo cierto es que teniendo en cuenta lo señalado en la experticia al hacer el cálculo futuro por ese mismo concepto en relación con el período comprendido entre diciembre de 2000 hasta junio de 2011 que habría tenido como resultado una suma equivalente a \$4.429'112.141, es viable deducir que la suma obtenida por el contratista durante el plazo en que estuvo en ejecución del contrato no habría sido insignificante y de alguna manera habría compensado las obras ejecutadas con sus propios recursos.

Así pues, ante la incertidumbre que gira en torno a los valores destinados por el contratista, de sus propios recursos, a la ejecución de las obras y puesta en marcha del proyecto – lo cual incluye por supuesto el valor de las lombrices que debía aportar- y los ingresos obtenidos por cuenta de la ejecución del contrato

⁹ Para obtener este cálculo se tuvo en cuenta el IPC de marzo de 1997 (40,45 banrep.gov.co), fecha de recibo parcial de obra en la que ya se había entregado la totalidad de la suma de \$75'000.000 al contratista, y se dividió entre el IPC de agosto de 1998 (99,13 dane.gov.co) fecha de elaboración de la experticia en la que se cuantificó el valor total de las obras ejecutadas, y el resultado se multiplicó por la suma histórica= \$75'000.000.

¹⁰ Valor resultante de restar \$183'800.988 (suma aportada por la entidad actualizada a 2008), de \$270'532.929 (valor total de las obras ejecutadas).

mientras estuvo en ejecución, la Sala se abstendrá de ordenar restituciones mutuas como consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato No. 052, pues no existen elementos suficientes para realizar una restitución que atienda a la realidad de lo sucedido.

Es del caso precisar que aun cuando en primera instancia, luego de realizar la liquidación judicial del contrato, se reconoció en favor del contratista demandante la suma \$3'065.315.00 que actualizada a la fecha de esa fallo ascendió a \$3'240.361, ciertamente dicho valor no puede ser mantenido en esta providencia en la medida en que al haberse evidenciado la ilegalidad que vició la celebración del contrato No. 052 y la improcedencia de reconocer restituciones mutuas como consecuencia de la declaratoria de su nulidad, ninguna pretensión económica puede prohiarse en cabeza de las partes.

Debe puntualizarse que esta decisión en modo alguno riñe con el principio de la no reformatio in pejus, pues el ejercicio del poder oficioso del juez que en este caso se implementó a través de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato No. 52, se dirigió a mantener el orden jurídico y con ello, a proteger el conglomerado social de las conductas que atentan contra el bien público, aspectos que, en criterio de esta instancia, no pueden soslayarse por el derecho subjetivo de las partes.

Finalmente, en consideración a lo solicitado por el Ministerio Público dentro del concepto rendido en segunda instancia y como quiera que a lo largo de esta fallo se pusieron de relieve las irregularidades en que incurrieron las partes en el celebración del contrato No. 052, la Sala ordenará compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación para que, desde el ámbito de sus competencias, determinen la procedencia de iniciar las investigaciones disciplinarias y penales que correspondan.

En mérito de lo expuesto, esta Sala revocará la decisión de primera instancia para en su lugar declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato No. 052 celebrado el 12 de junio de 1996 entre el Municipio de Victoria y el señor Carlos Alberto Zabaleta Barreto, declarar la nulidad de todas las decisiones unilaterales y acuerdos bilaterales que en desarrollo de su ejecución se hubieren proferido o adoptado por las partes, se negará el reconocimiento de restituciones mutuas y se negarán las pretensiones de la demanda.

5-. No hay lugar a condena en costas.

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

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

F A L L A

PRIMERO: PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 27 de agosto de 2010, dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y en su lugar se dispone:

“PRIMERO: Declarar oficiosamente la nulidad absoluta del Contrato No. 052 del 12 de junio de 1996, celebrado entre el Municipio de La Victoria y el señor Carlos Alberto Zabaleta Barreto, por las razones expuestas en la parte considerativa.

“SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, declarar la nulidad de todas las decisiones unilaterales y acuerdos bilaterales que en desarrollo de su ejecución se hubieren proferido o adoptado por las partes, concretamente de la Resolución 735 del 20 de noviembre de 2000 por la cual se declaró la caducidad del contrato No. 052 y el acta de terminación unilateral del contrato suscrita el 7 de diciembre de 2000.

“TERCERO: Negar el reconocimiento de restituciones mutuas como producto de la ejecución del contrato No. 052 del 12 de junio de 1996, con apoyo en las razones expuestas.

“CUARTO: Negar las pretensiones de la demanda.”

“QUINTO: Sin condena en costas.”

SEGUNDO: Por Secretaría COMPULSAR copias de estas actuaciones con destino a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su cargo.

TERCERO: En firme esta providencia **DEVUELVA**SE el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

ARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA