



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
Subsección C**

Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ (E)

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación: 15001-23-31-000-1995-15535-01 (29.427)
Demandante: José Humberto Hernández Garavito
Demandado: Municipio de Tunja
Referencia: Acción Contractual

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 14 de mayo de 2004, por el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 2 -fls. 130 a 145, cdno. ppal.-, que negó las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

“FALLA

“Deniegasen (sic) las Súplicas de la demanda”

Advierte la Sala que revocará la sentencia, y en su lugar declarará de oficio la nulidad absoluta del contrato *sub iudice*.

ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor José Humberto Hernández Garavito -en adelante el demandante, el contratista o el arrendatario-, en ejercicio de la acción contractual, presentó demanda contra el Municipio de Tunja -en adelante la demandada, la entidad o la contratante- con el fin de que se accediera, entre otras, a las siguientes pretensiones -fl. 25 a 27, cdno. 1-:

“PRETENSIONES

“1. Que son nulas las resoluciones Número 01047 del 8 de Julio de 1993 y No. 01933 del 16 de Septiembre de 1993 proferidas por la Alcaldía Mayor de Tunja, mediante las cuales se declaró la caducidad y se ordenó terminar unilateralmente el Contrato No. 006 del 26 de Mayo de 1992 y cuyo objetivo era el arrendamiento de las instalaciones del Terminal de Transportes de la ciudad de Tunja.

“2. Condenar al Municipio de Tunja a pagar al Doctor José Humberto Hernández Garavito el valor de los perjuicios de orden material, moral, que superan los cien millones de pesos (\$100.000.000) m/cte., o lo que resulte probado en el proceso, que le fueron ocasionados con la declaratoria de caducidad del contrato número 006 de 26 de Mayo de 1992, monto que ha de ser actualizado en su valor y cuya discriminación es como sigue:

“PERJUICIOS MATERIALES:

“DAÑO EMERGENTE:

“a. Impuesto de timbre del contrato: \$60.000

“b. Valor de las publicaciones en el diario oficial: \$58.800

“c. Valor de póliza de cumplimiento: \$70.000

“d. Valor de condenas laborales del personal que laboraba en el terminal de transportes: \$14.000.000

“Total daño emergente \$14.188.800

“LUCRO CESANTE: Por no percibirse dinero por la utilización del terminal de transportes se dejó de ganar la suma de \$2'000.000 mensuales o lo que se pruebe.

“TOTAL LUCRO CESANTE POR CINCO AÑOS: \$120.000.000

“PERJUICIOS MORALES, ocasionados por el desprestigio frente a todas las personas que conocían del buen crédito de mi poderdante, y la repercusión que esta circunstancia tomó por tratarse de un profesional prestigioso , la estimo en mil (1.000) gramos oro...”

Manifestó que el 29 de mayo de 1992 celebró el contrato No. 006, con el Municipio de Tunja, cuyo objeto fue el arrendamiento de las instalaciones del terminal de transportes de ese Municipio. Su duración era de 5 años, contados a partir del 29 de mayo de 1992. El canon de arrendamiento para el primer año fue de \$2'000.000 mensuales, que se incrementaban en un 20% cada año, hasta la terminación del contrato.

En el contrato se estableció que la entidad se obligaba a entregar el inmueble, aclarando que si para la fecha de inicio no estaba totalmente terminado y era necesario

continuar con la adecuación que se le estaba realizando –porque estaba en remodelación-, el canon se reduciría en un 50%.

El 29 de mayo se hizo la entrega formal del inmueble, pero “no estaba terminado ni parcialmente terminado, impidiéndose con éste hecho el goce del bien”; tanto así que el 31 de julio de 1992 se solicitó al alcalde la suspensión del inicio del contrato, por la imposibilidad física de ejecutarlo, pues no se facilitó el uso y goce de las instalaciones. La petición no fue contestada, por lo que se volvió a pedir el 14 de agosto del mismo año, pero tampoco hubo respuesta.

La entidad, mediante la Resolución No. 001047, del 8 de julio de 1993, declaró la caducidad del contrato, por el presunto incumplimiento del contratista, quien no pagó los cánones, decisión que fue impugnada, pero se confirmó lo resuelto.

Señaló que la entidad incumplió el contrato, pues no hubo entrega material del bien, siendo de la naturaleza del arrendamiento el goce de la cosa arrendada, conforme a su naturaleza. En este caso, la supuesta entrega fue simbólica, ya que se trató de un inventario de los bienes pero la terminal nunca se entregó en condiciones de funcionamiento o servicio, en vista de que las obras de remodelación no habían concluido. De hecho, la terminal fue totalmente encerrada en madera, lo que impidió el goce por parte del contratista de la plataforma de estacionamiento y del servicio de sanitarios, que de haberse utilizado permitiría el pago del canon al explotarlo en forma parcial.

Concluyó que las resoluciones adolecen de falsa motivación, porque corresponden a situaciones ajenas a la realidad, en cuanto no existió entrega material del bien, con lo que se rompió el equilibrio financiero del contrato, y el arrendatario, al no poder utilizar las instalaciones, como era obvio, no pudo cancelar los cánones.

2. Contestación de la demanda

La entidad contestó extemporáneamente la demanda, por lo que no se tuvo en cuenta para fallar en primera instancia -y tampoco se considerará en esta-.

3. Alegatos de conclusión

3.1. José Humberto Hernández Garavito: Reiteró que si acaso hubo incumplimiento del contratista fue porque las obras de remodelación de la terminal de transporte, a cargo de la entidad, no habían concluido; y que si la Administración quería rescindir unilateralmente el contrato debió indemnizar al contratista por los gastos en que haya incurrido y el beneficio no recibido.

3.2. El Municipio de Tunja: Defendió la legalidad de las resoluciones, porque las instalaciones de la terminal de transporte se entregaron al contratista formal y materialmente, para lo cual se suscribió el acta del 29 de mayo de 1992, donde no consta salvedad.

Agregó que la declaración de caducidad era procedente, de conformidad con el literal f del artículo 62 del Decreto 222 de 1983, porque el contratista incumplió la obligación de cancelar los cánones de arrendamiento en la forma establecida en el contrato, esto es, el equivalente al 50% del valor pleno previsto –cláusula 7-.

Destacó que el estado de remodelación de la terminal de transporte era una circunstancia reconocida y aceptada por el contratista, tanto así que fue regulado en el contrato, con la consecuencia de que el valor mensual del arrendamiento se reducía a la mitad.

4. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la demanda. Señaló que no se configuró la excepción de contrato no cumplido para cuestionar la legalidad de la caducidad, ya que en este caso el contratista debía demostrar que satisfizo sus obligaciones, o que su incumplimiento estaba precedido del de la entidad, que imposibilitara el cumplimiento de las de aquél.

Concluyó que la entrega de la terminal de transporte estaba antecedida por circunstancias plenamente conocidas y aceptadas por las partes, tanto que fue objeto de regulación en el contrato; de hecho, el actor desde antes de firmar el contrato

ejercía la administración del terminal, por lo que el contrato No. 006 de 1992 fue convenido para prorrogar su estancia allí, de ahí que el estado de remodelación era una circunstancia reconocida. El tribunal añadió que:

“(El contratista) no logró demostrar que su conducta comercial haya expresado la totalidad de las obligaciones comerciales, y antes por el contrario, la prueba demuestra que el señor demandante prescindió del pago de la mitad del canon de arrendamiento, alegando una imposibilidad de cumplimiento que desafortunadamente para los intereses del actor era inoponible al pacto suscrito con el Municipio, tanto que hizo parte de una de una estipulaciones (sic) del negocio pero que el contratista no atendió” (Aparte en paréntesis fuera de texto).

5. El recurso de apelación

Lo interpuso el demandante. Afirmó que el Tribunal no interpretó adecuadamente las pruebas y falló conforme a consideraciones subjetivas. Así, si bien se suscribió un documento de recibo del inmueble arrendado, este solo representa un formalismo contractual, pues la entrega nunca fue material, debido a que no estuvo en condiciones de explotación económica.

En este sentido, reiteró sus alegatos de la primera instancia, en relación con el estado del bien, el cual –asegura- no era útil para explotarlo económicamente, de tal manera que no debía cumplir sus obligaciones contractuales cuando el municipio incumplió las suyas.

6. Alegatos en el trámite del recurso

El apelante presentó alegatos extemporáneamente. Ni la contraparte ni el Ministerio Público alegaron de conclusión –fl. 171, cdno. ppal.-.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado en el recurso de apelación consiste en determinar si la resolución que declaró la caducidad del contrato, y la posterior que la confirmó, adolecen de algún vicio en su formación y por tanto debe declararse su nulidad, o si bien la administración actuó conforme a derecho.

No obstante lo anterior, la Sala anticipa que declarará oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, por desconocimiento del proceso licitatorio que debió seguirse para seleccionar al contratista. Para justificar esta conclusión se desarrollarán los siguientes temas: i) la competencia del Consejo de Estado para conocer del proceso; ii) lo probado en el proceso; y iii) el caso concreto, donde se abordarán los siguientes aspectos: a) Naturaleza jurídica de las actividades desarrolladas en las terminales de transporte terrestre; b) el procedimiento de selección que debió seguirse para la operación y administración de la terminal de transporte; y c) las consecuencias jurídicas de eludir el procedimiento de licitación pública.

1. Competencia del Consejo de Estado

Conforme a lo establecido en el artículo 129¹ del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999, del Consejo de Estado - modificado por el Acuerdo No. 55 de 2003²-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en las controversias de naturaleza contractual.

En el caso concreto, cuando se presentó la demanda –año 1995- para que un proceso fuera de doble instancia la cuantía debía exceder de \$9'610.000, y en el caso bajo estudio la pretensión mayor se estimó en \$120'000.000 –fl. 26, cdno. 1-.

2. Lo probado en el proceso

¹ “Art. 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. (...)”

² “Art. 13. Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: (...)”

“Sección tercera (...)”

“Las controversias de naturaleza contractual.”

Para orientar el alcance del proceso se hará un recuento de las pruebas aportadas y practicadas, y los hechos que se tienen probados, relevantes para resolver el caso *sub iudice*:

a) El 26 de mayo de 1992 las partes celebraron el contrato de arrendamiento de las instalaciones de la terminal de transportes, central de buses de Tunja.

b) La duración del contrato fue de 5 años, contados a partir del 29 de mayo de 1992, hasta el 28 de mayo de 1997. El arrendatario se obligó a pagar a la entidad \$2'000.000 mensuales, que se incrementarían en un 20% durante cada año de ejecución –cláusula cuarta-.

c) El parágrafo tercero de la cláusula primera del contrato señaló que: “El arrendatario recibe en el estado y condiciones en que se encuentra el Terminal de Buses de Tunja, en estado de remodelación y éste a su vez, en conjunto con los usuarios, facilitarán la terminación de dicha remodelación” -fl. 15, cdno. 1-. Y en la cláusula séptima se estipuló: “Entrega del inmueble. El municipio de Tunja, entrega el inmueble objeto de este contrato el día 29 de mayo de 1992, en estado de remodelación, si en la fecha de entrega el Terminal de Buses no se encuentra totalmente remodelado y se hace necesario proseguir con las obras que conlleven a la terminación de la remodelación, impidiendo su total funcionamiento, el canon de arrendamiento será el 50% del estipulado en el contrato, mientras dure la remodelación”.

d) El 29 de mayo de 1992 se suscribió el acta de recibo y entrega de las instalaciones de la Terminal de Transporte, con un inventario de los bienes, y se señaló que las instalaciones “se encuentran en remodelación y otros en construcción conforme a planos”, en el acta de recibo el contratista no dejó salvedades -fl. 12, cdno. 1-.

e) La Alcaldía de Tunja, mediante la Resolución No. 001047, del 8 de julio de 1993, declaró la caducidad del contrato, decisión confirmada mediante la Resolución No. 01933, del 16 de septiembre de 1993. Lo anterior, con fundamento en que el contratista incumplió la obligación de pagar los cánones de arrendamiento, en los términos acordados en el contrato.

f) Sobre el alcance del contrato, la cláusula primera señaló: “[el contratista] recibe las instalaciones de la Terminal de Transportes, central de buses Tunja, con los derechos correspondientes, ubicada dentro de los siguientes linderos... consta de: Primer piso: Plataforma de buses; batería de baños para hombres y mujeres, local para control; un guarda equipajes; una sala de espera para pasajeros; un local para aseo; veintitrés (23) locales. Segundo Nivel: Plataforma para taxis con 15 locales; una sala de espera para pasajeros; treinta y ocho (38) locales; dos (2) cafeterías; una miscelánea; dieciocho (18) oficinas para Empresas de Transporte; un (1) local para servicio de Telecom; una (1) batería de baños. PARÁGRAFO PRIMERO: el arrendatario cobrará por el ingreso de cada bus la siguiente tarifa: a) Para el primer año la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$250,00) de los cuales deducirá la suma de CUARENTA PESOS M/CTE. (\$40,00), para el municipio. b). Para el Segundo Año cobrará por el ingreso de cada bus, la suma establecida para anterior incrementada un 20% y así sucesivamente por cada año hasta la terminación del contrato. Los montos aquí consignados a favor del Municipio de Tunja, deberán consignarse semanalmente a la Tesorería Municipal. PARÁGRAFO SEGUNDO: El arrendatario cobrará por servicios o utilización de los baños que funcionan en la terminal de buses, la cifra de CINCUENTA PESOSO (\$50,00), por el primer año, cifra que se incrementará en un 20% para el siguiente y así sucesivamente, hasta la terminación del contrato...” (Aparte en corchetes fuera de texto).

Tales instalaciones que conformaban la terminal fueron identificadas en el acta de entrega de la terminal.

3. Caso concreto

La Sala observa, antes de estudiar el recurso de apelación del demandante, que el contrato de arrendamiento está viciado de nulidad absoluta, por lo que este defecto será declarado oficiosamente.

Para justificarlo, a partir de lo probado en el proceso, el contrato fue de arrendamiento, pese a que se trató de la concesión de un servicio público, nominación que va más allá de una formalidad, porque dependiendo del tipo de contrato el Decreto-ley 222 de

1983 previó un procedimiento de selección diferente. Por esta razón se declarará la nulidad absoluta, porque al celebrarse bajo la denominación de contrato de arrendamiento esto condujo a contratarlo directamente, con lo que se desconoció el procedimiento de selección que debió seguirse, esto es, de licitación pública, con lo que se incurrió en la causal de nulidad consagrada en el artículo 78 del Decreto 222 de 1983: “los contratos a que se refiere el presente estatuto son absolutamente nulos: ... *Cuando contravengan normas de derecho público*”. El razonamiento anterior se desarrollará en las siguientes líneas.

3.1. Régimen jurídico y naturaleza de la actividad desarrollada en las terminales de transporte terrestre.

La administración, operación y funcionamiento de las terminales de transporte ha sido considerada como una actividad propia del sector transporte, no una simple actividad comercial, susceptible de ser asumida por los particulares sin otros requisitos o condiciones que los que se exigen para acometer esa clase de servicios. Por el contrario, el funcionamiento de las terminales de transporte terrestre automotor fue regulado, inicialmente, por el Decreto 3157 de 1984 y luego por el Decreto 2762 de 2001

Sin embargo, la primera ley que mencionó el tema fue la 15 de 1959, “Por la cual se da el mandato al Estado para intervenir en la Industria del transporte, se decreta el auxilio patronal del transporte, se crea el fondo de transporte urbano y se dictan otras disposiciones”, aunque simplemente facultó al presidente de la república para hacerlo, e impartió algunas orientaciones³.

³ “Art. 1. En desarrollo de los artículos 30, 32 y 39 de la Constitución Nacional, el Gobierno, en representación del Estado y por mandato de esta Ley, intervendrá en la Industria del transporte automotor, tanto urbano como en servicio de carreteras, para movilización de carga y pasajeros, con los siguientes objetivos:

“a) Organizar y patrocinar empresas públicas, privadas o mixtas de carácter distrital, municipal, departamental o nacional, pudiendo explorar o adquirir los equipos pertenecientes a particulares, previa indemnización o arreglo contractual sobre el pago.

“b) Reglamentar el funcionamiento de dichas empresas y la presentación de sus servicios:

“c) Hacer o autorizar importaciones de vehículos y repuestos pudiendo modificar o eliminar las tarifas aduaneras, requisitos y demás gravámenes de importación de elementos destinados a ese servicio público.

Fue el Decreto 3157 de 1984 el que se ocupó, por primera vez, de regular esta parte o aspecto del sistema de transporte terrestre: las *terminales de transporte*⁴, norma aplicable al caso concreto porque estuvo vigente cuando se celebró el contrato *sub iudice* -1992-. De esta disposición se destacan varias ideas. En primer lugar, la declaración que hizo de la actividad como servicio público:

“Art. 2. Declárense de servicio público las actividades de los Terminales de Transporte Terrestre ya sean realizadas por el Estado directa o indirectamente o por particulares”.

Así, se estableció que dicha actividad no era simplemente comercial, como sucede con los servicios prestados en otro tipo de negocios, sino que tenía una connotación especial al calificarse como *servicio público*, que por esta sola función gozan de una especial protección y regulación por parte del Estado. Esta *publicatio* o declaración formal de la actividad como servicio público fue ratificada en el Decreto 2762 de 2001:

“Artículo 2. Naturaleza del servicio y alcance. Se consideran de servicio público las actividades que se desarrollan en los terminales de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera, entendiéndolas como

Además, el Gobierno podrá intervenir para regular los precios de la venta al público de todas estas mercancías:

“d) Fijar para todas las ciudades del país las tarifas de transporte urbano, intermunicipal e interdepartamental, y establecer la forma de pago o prestación del servicio de transporte que por esta Ley le corresponde al empleador en beneficio del empleado: y

“e) Establecer cuando las necesidades de transporte urbano en otras ciudades del país lo exijan en forma transitoria mientras se establecen tarifas definitivas, el sistema previsto de esta Ley para el Distrito Especial de Bogotá, y en consecuencia señalar el monto, forma de pago, distribución y recaudo del auxilio patronal de transporte allí previsto.

“Parágrafo. La facultad establecida en el ordinal d) del artículo anterior, y en cuanto le hace relación al servicio urbano, podrá delegarla el Gobierno de los Gobernadores o en los alcaldes, cuando los respectivos municipios tengan una organización adecuada de sus dependencias de tránsito y transportes, de acuerdo con las reglamentaciones que dice el Gobierno sobre el particular. Para la aplicación de las determinaciones que se dicten en virtud de esta delegación, se requiere la previa autorización del Gobierno Nacional.”

⁴ El art. 4 del decreto 3157 de 1984 definió qué son las terminales de transporte: “Para efectos del presente Estatuto se entiende por Terminales de Transporte la unidad de servicios permanentes como equipos o instalaciones y órganos de administración adecuados donde se concentre la oferta y demanda de transporte automotor, de las empresas que cubren una zona o área de operación para que los usuarios, en condiciones de seguridad y comodidad puedan hacer uso de los vehículos del servicio público.”

aquellas que se refieren a la operación, en general, de la actividad transportadora.”

Como indiscutiblemente se trata de un servicio público, frente a los cuales el Estado tiene una especial responsabilidad, posteriormente el legislador encomendó al gobierno, concretamente al Ministerio de Transporte, regular la “política sobre terminales de transporte terrestre”⁵.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, lo que se pretendió con el contrato objeto del proceso no fue simplemente dar en arrendamiento un bien inmueble; en realidad se entregó al contratista la *operación y funcionamiento* de una actividad calificada como de servicio público. Como se desprende de su clausulado, se entregó la terminal, en su integridad, con sus bienes y servicios, para que fuera operada por el contratista, haciéndose un inventario de todos los bienes que la integraban -ver literal f, de “lo probado en el proceso”-.

En este sentido, el art. 4 del Decreto 3157 de 1984 -que regía en el año de suscripción del contrato-, señaló que se entiende por terminal de transporte: “... la unidad de servicios permanentes como equipos o instalaciones y órganos de administración adecuados donde se concentre la oferta y demanda de transporte automotor...”⁶, entendimiento ratificado por el Decreto 2762 de 2001, que en su artículo 5 señala:

“Art. 5. Definición. Son consideradas terminales de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera el conjunto de instalaciones que funcionan como una unidad de servicios permanentes, junto a los equipos, órganos de administración, servicios a los usuarios, a las empresas de transporte y a su parque automotor, donde se concentran las empresas autorizadas o habilitadas que cubren rutas que tienen como origen, destino o tránsito el respectivo municipio o localidad”.

⁵ El párrafo 2 del artículo 17 de la Ley 105 de 1993 señaló: “Par. 2. La política sobre terminales de transporte terrestre en cuanto a su regulación, tarifas y control operativo, será ejercido por el Ministerio de Transporte”.

⁶ El artículo 4, del Decreto 3157 de 1984, señala: “Art. 4. Para efectos del presente Estatuto se entiende por Terminales de Transporte la unidad de servicios permanentes como equipos o instalaciones y órganos de administración adecuados donde se concentre la oferta y demanda de transporte automotor, de las empresas que cubren una zona o área de operación para que los usuarios, en condiciones de seguridad y comodidad puedan hacer uso de los vehículos del servicio público.

El contrato celebrado tuvo por objeto encomendar al contratista la operación del terminal, entendiendo por tal todo el conjunto de instalaciones y equipos que componían dicho espacio físico, al igual que su administración. En este entendimiento, queda claro que se entregó la operación de la terminal, cuyas actividades, al constituir un servicio público, debió hacerse mediante un contrato de concesión, ya que sus elementos se asocian más a esta tipología contractual que a un simple arrendamiento de un bien inmueble.

De esta manera, el contrato de arrendamiento, que es más simple en alcance que el de concesión, lo define el art. 1973 del Código Civil como: “un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”. No obstante, en la actualidad el arrendamiento únicamente hace relación al acuerdo en que las partes recíprocamente se obligan, una a la entrega material y goce de una cosa, y la otra a pagar por ello un precio o *canon*⁷.

Incluso, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 14.390, luego de analizar a profundidad la noción y elementos del contrato de arrendamiento, concluyó: “En suma, los elementos que permiten identificar la naturaleza jurídica o la especial función económico-social que está llamado a cumplir el tipo contractual del arrendamiento son los siguientes: i) la entrega que de un bien efectúa el arrendador al arrendatario, para el goce o uso exclusivo por parte de éste, con la consecuente obligación para aquél de asegurar dicho uso o goce en cabeza del arrendatario, manteniendo la cosa en estado de servir a su destinación natural y libre de perturbaciones originadas en el arrendador mismo o en terceros, de un lado y, de otro, ii) el pago de un precio por el uso o goce del bien arrendado”.

En relación con el de concesión, pese a que aparentemente el contrato celebrado tiene los elementos de un contrato de arrendamiento, analizando a profundidad se concluye, sin espacio para la duda, que su naturaleza se adecúa a un contrato de concesión. Esta

⁷ Así lo señaló el Consejo de Estado en sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 14390: “...la noción actual de arrendamiento sólo comprende el acuerdo por cuya virtud las dos partes se obligan recíprocamente, una de ellas a conceder el goce de una cosa y la otra a pagar por dicho goce un precio determinado, quedando claro que son susceptibles de arrendamiento todas las cosas, corporales o incorporales, que puedan usarse sin consumirse, excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar —artículo 1974 C.C.—”.

confusión se debe a que existe cierta similitud entre la concesión y el arrendamiento de bienes, cuándo él uso y goce de éste genera beneficios económicos para el arrendatario. Pero son distintos, aunque en ocasiones sea difícil distinguirlos.

La diferencia radica en ciertos elementos especiales del contrato de concesión, el cual posibilita una concreta forma de colaboración de los particulares con el Estado para la consecución de sus fines, lo que se evidencia especialmente en las concesiones de servicios públicos, modalidad donde los recursos de los particulares ayudan a cumplir la obligación que tiene el Estado en relación con estos servicios. En efecto, el Consejo de Estado, citando a Gastón Jèze afirma: "por el contrato de concesión de un servicio público, el concesionario se compromete a hacer funcionar este servicio en la forma establecida por la administración en el acto de concesión"⁸.

Siguiendo la providencia anterior, el Consejo de Estado, refiriéndose a los elementos del contrato de concesión sostiene: "Prácticamente todas las definiciones hacen referencia al menos a dos elementos como integrantes del tipo contractual que nos ocupa: de un lado, la existencia de un régimen legal -en sentido amplio- que de manera previa regula el funcionamiento del servicio concesionado, régimen que puede ser delineado, alterado o definido por la administración y, de otro, las condiciones en las cuales esta última conviene con el particular la prestación del servicio, la construcción, el mantenimiento, la explotación de la obra, etcétera...".

Aplicadas estas ideas al caso concreto, se destaca la naturaleza jurídica que tienen las instalaciones físicas objeto del contrato, elemento importante para definir cuándo un bien se entrega en arrendamiento y cuándo en concesión. El inmueble del caso *sub iudice* está inmerso dentro de un régimen legal que regula su funcionamiento, dada su relación con el servicio público de transporte, máxime tratándose de las actividades de una terminal de transportes expresamente declaradas como servicio público, que tienen una densa regulación reglamentaria que el contrato debe respetar –para el momento de la celebración del contrato el Decreto 3157 de 1984, y en la actualidad el 2762 de 2001-.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 14390.

La jurisprudencia del Consejo de Estado reconoce ciertos elementos característicos del contrato de concesión, de esta manera, la Subsección B, de la Sección Tercera, en sentencia del 27 de abril de 2012, exp. 23.649, señaló: “se impone concluir de entrada que la Sala se ocupa de estudiar un contrato de concesión. En efecto, las partes hicieron recaer su autonomía negocial en bienes de uso público, particularmente, espacios de la vía pública que se destinarían a estacionamiento, el contratista asumió la gestión por su cuenta, riesgo y a su costo, pero bajo la vigilancia y el control de la entidad, a cambio de una remuneración, que se obtendría de la tarifa por el servicio de parqueo”.

A partir de lo anterior, se destacan 4 elementos del contrato de concesión, los cuales se adecuarán al contrato específico de concesión de servicios públicos: i) el primero relacionado con la naturaleza del bien entregado al contratista, dada su naturaleza de bien público o su destinación a la prestación de un servicio público; ii) el contratista asume la gestión del servicio público por su cuenta y riesgo; iii) la entidad que entrega el bien ejerce una especial vigilancia y control, superior a lo que acontece con otros bienes, en consideración al servicio público subyacente; y iv) una forma de remuneración dirigida a recuperar la inversión del contratista por la prestación del servicio público, al igual que para recibir una utilidad.

Respecto a los dos primeros elementos, en líneas anteriores se estableció que la terminal estaba destinada a la prestación de un servicio público, el cual se encomendó al contratista; además este asumió la gestión del servicio por su cuenta y riesgo, ya que en él recaía la obligación de responder por la adecuada prestación del servicio, así, se le encomendó, entre otras cosas, vincular al personal necesario para el funcionamiento del terminal.

Asociando el segundo elemento con el cuarto –el tercero se analizará más adelante-, el contratista asumió altos riesgos en el éxito o fracaso del negocio, en tanto el beneficio económico dependía de su gestión, para lo cual debía disponer de recursos propios para poner en funcionamiento el terminal y no obtenía un precio fijo por su labor, sino que dependía del número de usuarios que pagaran por las tasas fijadas por la entidad en el contrato, cuya ganancia se compartía con el municipio.

Al contratista no se le entregó la terminal simplemente para su uso y goce personal. Tenía una obligación clara: garantizar la prestación del servicio público, no siendo lo determinante o exclusivo que la administración recibiera cierto beneficio económico expresado en el “*canon* de arrendamiento” y las utilidades que se compartían; en vista de lo primero fue que el bien se entregó al particular, para la adecuada prestación del servicio público, haciendo uso de los recursos del contratista, quien no solo lo explotaba sino que, además, se comprometió con su operación, administración y funcionamiento.

Por lo anterior, el mal denominado arrendatario se comprometió a destinar el inmueble y su infraestructura, única y exclusivamente, al funcionamiento de la terminal de buses intermunicipales, por lo que es errado sostener que el negocio tenía solamente fines comerciales, porque yacía la finalidad de cumplir con una obligación del municipio y del Estado: la prestación de un servicio público.

Manteniendo la línea de la jurisprudencia anterior, el Consejo de Estado al analizar los elementos que identifican el contrato de concesión, apuntó:

“En suma, los elementos que permiten identificar la naturaleza jurídica o la especial función económico-social que está llamado a cumplir el tipo contractual de la concesión —sin olvidar que la Ley 80 de 1993 concibió tres especies de dicho género contractual, lo cual, además, no es óbice para que en la práctica puedan existir concesiones atípicas, de suerte que los elementos esenciales del contrato de concesión variarán según la modalidad de la cual se trate, aunque sin duda participando de elementos comunes— son los siguientes: (i) la concesión se estructura como un negocio financiero en el cual el concesionario ejecuta el objeto contractual por su cuenta y riesgo, en línea de principio; (ii) el cumplimiento del objeto contractual por parte del concesionario debe llevarse a cabo con la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente respecto de la correcta ejecución de la obra o del adecuado mantenimiento o funcionamiento del bien o servicio concesionado; (iii) el concesionario recuperará la inversión realizada y obtendrá la ganancia esperada con los ingresos que produzca la obra, el bien público o el servicio concedido, los cuales regularmente podrá explotar de manera exclusiva, durante los plazos y en las condiciones fijados en el contrato.
(...)”

“Por cuanto atañe a (ii) la especialidad de las facultades de dirección, vigilancia y control que ejerce la entidad concedente respecto del concesionario, en relación con el alcance de esas mismas facultades

tratándose de otros tipos contractuales, la Sala ha señalado que las características de estos contratos, que de suyo implican una delegación de las facultades de la Administración Pública al concesionario —concesión de servicio público— y el otorgamiento de derechos y prerrogativas respecto del uso de bienes públicos —concesión de bien público—, hacen que las facultades administrativas de dirección y control del contrato no sean simplemente las mismas que se ejercen en los demás contratos estatales sino que, tratándose del de concesión, "el especial interés público que involucran, el control del Estado sobre la actividad del concesionario se acrecienta e intensifica no sólo para saber si el contratista cumple, sino también para establecer si puede cumplir mejor, en condiciones de mejoramiento de cantidad, calidad y precio del servicio para los usuarios, en cuyo beneficio se otorga la concesión..."⁹.

En el caso concreto es importante hacer referencia al *tercer elemento* —segundo de la cita- que confirma que el contrato suscrito fue de concesión: Por la función que prestaba el terminal, el Municipio no se desprendió totalmente de su responsabilidad en relación con el servicio público que continuó prestando, y las especiales funciones de control del servicio —ajenas a un simple contrato de arrendamiento- se evidenciaron en las cláusulas del contrato, que contempló:

i) El valor de las tarifas que cobraría el contratista —parágrafo primero de la cláusula primera-, por lo que no dependían de su voluntad, como suele ocurrir con la explotación de otra clase de bienes¹⁰.

ii) En la cláusula novena se obligó al contratista a "cumplir estrictamente con el reglamento interno del funcionamiento de la central de buses"¹¹.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 14.390.

¹⁰ "El arrendatario cobrará por el ingreso de cada bus la siguiente tarifa: a) Para el primer año la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$250,00) de los cuales deducirá la suma de CUARENTA PESOS M/CTE. (\$40,00), para el municipio. b). Para el Segundo Año cobrará por el ingreso de cada bus, la suma establecida para anterior incrementada un 20% y así sucesivamente por cada año hasta la terminación del contrato. Los montos aquí consignados a favor del Municipio de Tunja, deberán consignarse semanalmente a la Tesorería Municipal. PARÁGRAFO SEGUNDO: El arrendatario cobrará por servicios o utilización de los baños que funcionan en la terminal de buses, la cifra de CINCUENTA PESOSO (\$50,00), por el primer año, cifra que se incrementará en un 20% para el siguiente y así sucesivamente, hasta la terminación del contrato..."

¹¹ "El arrendatario se compromete a cumplir estrictamente el reglamento interno del funcionamiento de la central de buses, establecido por el Municipio, así como las normas que los formen (sic) y modifiquen"

iii) Por tratarse del servicio público prestado, el contratista se obligó administrativamente a respetar las orientaciones del municipio¹² y a “mantener abierta la oficina de administración durante las horas laborales con el fin de administrar cualquier información de la Central de Buses, tanto a las autoridades como a la ciudadanía en general”¹³.

En conclusión, al analizar los elementos jurídicos que configuran los contratos de arrendamiento y de concesión, se concluye que el negocio jurídico del caso *sub examine* se adecúa al segundo tipo de negocio jurídico; y aunque las partes la nominaron como contrato de arrendamiento en realidad se trató de uno de concesión de servicio público, y como tal debió escogerse al contratista y celebrarse posteriormente, siguiendo el procedimiento que a continuación se describe. Pero antes hay que aclarar que si bien el Decreto-ley 222 de 1983 desarrolló una tipología de concesiones, dependiendo de la actividad desarrollada, el contrato de concesión no se agota en ellas, sino que depende de que se acrediten esos elementos que estructuran su naturaleza, y que trascienden la actividad desarrollada.

El panorama lo aclaró la Ley 80 de 1993, que concibió más abstractamente el contrato de concesión, y particularmente se ocupó de la concesión de servicios públicos, no obstante, esa regulación no difería del estatuto contractual anterior, pues la concesión no se reduce a la tipología allí consagrada; de esta manera, como lo señaló el Consejo de Estado:

En efecto, si bien es cierto la Ley 80 de 1993 tal como lo hacía el derogado decreto ley 222 de 1983, enuncia a partir del artículo 33 una serie de actividades propias del objeto del contrato de concesión, todas ellas de servicios públicos como lo son las referentes a las telecomunicaciones y telefonía de larga distancia, entre otras, no significa que las concesiones de otra especie como la explotación de bienes o actividades que le son

¹² En la cláusula vigésima cuarta se estipuló: “El arrendatario se compromete a atender y aceptar las sugerencias de la administración municipal, para el buen funcionamiento de la Central o terminal de buses de Tunja, y en todo evento, serán obligatorias las recomendaciones de la Junta de Gobierno Municipal para el cabal cumplimiento del presente contrato”.

¹³ Así lo señaló la cláusula décima séptima: “El arrendatario se compromete a mantener abierta la oficina de administración durante las horas laborales con el fin de administrar cualquier información de la Central de Buses, tanto a las autoridades como a la ciudadanía en general”.

propias a una entidad estatal para obtener rentas y destinarlas a un servicio público a que se refieren otras disposiciones legales como lo es en el caso concreto el monopolio sobre los juegos de suerte y azar, sean concesiones distintas aunque si específicas.

En este orden de ideas, el contrato de concesión no sólo se celebra para las prestación de servicios públicos sino también para la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se hayan asignado al Estado o cualquiera de las entidades públicas, porque al fin y al cabo cualquiera que sea su naturaleza, siempre tendrá una finalidad de servicio público..."¹⁴

3.2. Procedimiento de selección que debió adelantarse para la operación y administración de la terminal de transporte.

Como se señaló, el contrato del caso *sub iudice* entregó al contratista la operación o administración de la terminal de transporte, actividad que constituye un servicio público. En vista de lo anterior, dentro de la tipología contractual que consagra el Decreto 222 de 1983, artículo 16, tal negocio se corresponde con la concesión de servicios públicos –numeral 1, art. 16- y no, como se hizo, con un contrato de derecho privado de la administración –inciso segundo, del numeral 10, del artículo 16¹⁵-.

En vista de que se trató de la concesión de un servicio público, el contrato debió adjudicarse mediante licitación pública, pues el Decreto-ley 222 de 1983 prescribió la obligación de realizarla en todos los casos que escaparan a las causales de licitación privada y de contratación directa –art. 29¹⁶-. A esta conclusión se llega una vez analizadas dichas causales –art. 31 sobre “cuando hay lugar a la licitación privada” y

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 14.390.

¹⁵ En lo pertinente, el artículo 16 del Decreto 222 de 1983 señaló: “Art. 16. De la clasificación y de la naturaleza de los contratos. Son contratos administrativos:

“1. Los de concesión de servicios públicos.

(...)

“10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales.

“Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad”. (Cursiva fuera de texto)

¹⁶ “Art. 29. De cuando hay lugar a la licitación pública. Habrá obligación de efectuar licitación pública en todos los casos en que no se permita la licitación privada o la contratación directa, de acuerdo a las normas establecidas en este estatuto”

art. 43 “de cuando se puede prescindir de la licitación o concurso”- , ya que el objeto del contrato no se enmarcaría dentro de alguna de ellas, especialmente luego de descartar la posibilidad de un simple arrendamiento; por lo que se concluye que debió hacerse mediante una licitación pública.

Tan evidente era para la entidad que se trataba de una concesión y no de un arrendamiento, que el contrato celebrado con posterioridad a la declaratoria de caducidad, para la operación o administración de la misma terminal, se realizó bajo la nominación de contrato de “concesión de administración”, abandonando la calificación de arrendamiento –fl. 21, cdno. 2-.

El procedimiento de selección que debió realizarse para adjudicar la operación y administración de la terminal de transporte fue el de licitación pública, no la contratación directa, como lo hizo el Municipio, afirmación que se apoya en la carta remitida por el Alcalde de Tunja, con fecha del 6 de mayo de 1996, en respuesta a un requerimiento del Tribunal Administrativo de Boyacá, afirmando que el “... Acta de Junta de Gobierno Municipal No. 014 de 1992... *es lo único que se tiene como antecedente administrativo del Contrato No. 006 del 26 de mayo de 1992. Celebrado entre el Municipio de Tunja y el Doctor José Humberto Hernández Garavito.*” –fl. 37, cdno. 2-

En definitiva, el contrato se celebró sin procedimiento licitatorio previo, como lo exigía el estatuto contractual de 1983 para la concesión de un servicio público. En su lugar, por tipificar el contrato como un arrendamiento el Municipio pudo contratar directamente, con sustento en el numeral 6 del artículo 43 del Decreto 222 de 1983, que establece que: “Podrá prescindirse de la licitación o el concurso de méritos en los siguientes casos: (...) 6. Cuando se tomen o den inmuebles en arrendamiento”.

En conclusión, el contrato de concesión debió adjudicarse previo procedimiento de licitación pública, al no encontrarse en alguna de las causales que autorizan prescindir de aquel, y acreditando que la entidad contrató directamente, se contravinieron normas sustanciales de contratación, al omitir el procedimiento indicado.

3.3. Consecuencia de eludir el procedimiento de licitación pública: nulidad absoluta del contrato.

Demostrado que se incumplió la obligación de realizar el procedimiento de selección de contratistas que correspondía, la circunstancia aludida afecta su validez, concretamente de nulidad absoluta, como lo establece el artículo 78 del Decreto 222 de 1983¹⁷, que además faculta al juez para declararlas oficiosamente. La causal configurada es la segunda, por celebración contra normas de derecho público.

En efecto, el hecho de eludir la obligación de realizar el procedimiento de licitación pública, y en su lugar contratar directamente, contravino normas de derecho público, pues los procedimientos de selección son indisponibles por las partes y de obligatorio cumplimiento, de tal manera que usar un procedimiento de selección diferente o prescindir de él, como en este caso, produce la nulidad del contrato.

Declarada la nulidad es necesario establecer las consecuencias que se siguen de ello, en relación con las obligaciones cumplidas por las partes, específicamente si proceden restituciones mutuas.

En primer lugar, hay que considerar que el contrato se celebró en vigencia del Decreto 222 de 1983, que no señaló las consecuencias de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, por este motivo se acude a la legislación civil¹⁸. Allí, los efectos de la

¹⁷ Artículo 78. De las causales de nulidad absoluta. Además de los casos previstos en las disposiciones vigentes, los contratos a que se refiere el presente estatuto son absolutamente nulos:

“Cuando se celebren con personas afectadas por causa de inhabilidades o incompatibilidades según este estatuto.

“Cuando contravengan normas de derecho público.

“Cuando se celebren contra prohibición constitucional o legal.

“Cuando se hubieren celebrado por funcionarios que carezcan de competencia o con abuso o desviación de poder.

“Parágrafo. Las causales aquí previstas pueden alegarse por el Ministerio Público en interés del orden jurídico o ser declaradas oficiosamente, cuando estén plenamente comprobadas. No se sanean por ratificación de las partes”.

¹⁸ La remisión a la legislación civil se hace con apoyo en el inciso segundo del artículo 16 del Decreto 222 de 1983, que prescribe: “Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad”.

declaratoria de nulidad de un contrato están regulados en el artículo 1746 del C.C.¹⁹, que dispone, como regla general, la procedencia de las restituciones mutuas, ya que se otorga a las partes “el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”, así, por ejemplo, debería restituirse lo pagado en virtud del contrato nulo. No obstante, esta regulación general se excepciona, entre otras cosas, cuando el vicio del contrato es por objeto ilícito.

En estos casos, que es la situación del presente litigio, en cuanto el contrato se celebró en contravención de normas de derecho público²⁰, aplica el artículo 1525²¹, según el cual no hay lugar a repetir las obligaciones cumplidas por un contrato viciado de objeto ilícito; en tal virtud, el que haya pagado algo no tiene derecho a su reembolso y el que lo recibió tiene derecho a conservarlo, así castiga la ley al sujeto que ejecutó una obligación originada en un contrato con objeto ilícito.

En definitiva, se declarará la nulidad absoluta del contrato, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda, al ser incompatibles con la declaración anterior; y al estar viciado el contrato por objeto ilícito no se condenará a las partes a que cumplan en favor de la otra obligación alguna.

Además, el artículo 15 del Decreto 222 de 1983 remite al Código Civil, en lo relacionado, entre otras cosas, con el objeto ilícito: “Art. 15. Del consentimiento, objeto y causa. Los requisitos de consentimiento válido, objeto y causa lícitos se regirán por las normas que sobre la materia establecen el Código Civil y disposiciones complementarias”.

¹⁹ “Art. 1746. Efectos de la declaratoria de nulidad. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

“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 o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”.

²⁰ “Art. 1519. Objeto ilícito. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.”

²¹ “Art. 1525. Acción de repetición por objeto o causa ilícita. No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”.

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

FALLA

Primero: Revócase la sentencia proferida el 14 de mayo de 2004, por el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 2. En su lugar se dispone:

Segundo: Anúlase el contrato No. 006 de 1992, suscrito entre José Humberto Hernández Garavito y el Municipio de Tunja.

Tercero: Niéganse las pretensiones de la demanda.

Cuarto: Sin condena en costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.