CONSEJO DE ESTADO

LA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero Ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Expediente	**470012331000 199901107 01 (29209)**
Actor	**COMERCIALIZADORA DE LICORES DEL MAGDALENA S.A.**
Demandada	**DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA e INDUSTRIA LICORERA DEL MAGDALENA**
Acción	**CONTRACTUAL**

TEMA: La existencia y la validez del contrato constituyen presupuestos necesarios para pronunciarse en relación con las pretensiones que se deriven del negocio jurídico. La facultad - deber del juez de declarar la nulidad absoluta del contrato no solamente genera el rompimiento del vínculo jurídico contractual. Efectos de la nulidad absoluta del contrato. Los efectos de la nulidad absoluta del contrato frente a los actos administrativos proferidos con ocasión del negocio jurídico inválido.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por el Departamento del Magdalena en contra de la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2002 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se hicieron las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Declárase no probada la excepción de inepta demanda formulada por el apoderado de las entidades demandadas por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

2. Deniégase la revisión del contrato para reestablecer el equilibrio financiero del mismo, conforme a lo consignado en el punto 8 de los considerandos de esta sentencia.

3. Declárase la Nulidad de las Resoluciones Nos. 86 y 99 de noviembre y diciembre 3 de 1998, y de las 174 y 179 de abril 12 y mayo 3 de 1999, respectivamente, expedidas por la INDUSTRIA LICORERA DEL MAGDALENA.

4. Declárase resuelto el contrato celebrado el día 15 de julio de 1993 entre la INDUSTRIA LICORERA DEL MAGDALENA Y COLIMAG S.A., a partir de la fecha de este proveído, de conformidad con lo enunciado en la parte considerativa.

5. Condénase en abstracto a la INDUSTRIA LICORERA DEL MAGDALENA, al pago de los daños y perjuicios a favor de la COMERCIALIZADORA DE LICORES DEL MAGDALENA S.A., INVERSIONES GAVIOTA LTDA., JORGE VALENCIA ARANGO y BALANCES Y FINANZAS S.A.

6. Declárase al Departamento del Magdalena, solidariamente responsable para que en el evento que lo dispuesto en la presente providencia no se pueda cumplir por la liquidación administrativa forzosa de la INDUSTRIA LICORERA DEL MAGDALENA, asuma las obligaciones dispuestas en esta sentencia.

7. Otórgase a la parte interesada el lapso de dos (2) meses, contados a partir de la notificación de este pronunciamiento, para que, de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil y siguiendo las pautas señaladas en el punto 10, de la parte motiva, promueva el tramite incidental tendiente a concretar el valor de los perjuicios o monto de la condena.

8. Désele cumplimiento a la presente providencia judicial en los términos contemplados en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, a partir de la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

9. Consúltese esta sentencia una vez se profiera el auto que liquide la condena en abstracto, según lo estipulado en el art. 184 ibídem."

I.-ANTECEDENTES

1. La demanda.

La sociedad Comercializadora de Licores del Magdalena, en adelante COLIMAG S.A., por conducto de apoderado judicial debidamente constituido y en ejercicio de la acción contractual, solicitó que se hicieran las siguientes

declaraciones y condenas en contra del Departamento del Magdalena y de la Industria Licorera del Magdalena:

> *"**1. PRIMERA.-** Que se declaren NULAS las Resoluciones Nos. 86 de 3 de Noviembre de 1998, expedida por la Industria Licorera del Magdalena, por la cual se declaró la caducidad del contrato sobre producción y distribución de licores celebrado con COLIMAG S.A. y la No. 99 de 3 de diciembre de 1998, por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en el sentido de confirmar la anterior y se declara agotada la vía gubernativa.*
>
> ***SEGUNDA.-** Que se declaren NULAS las Resoluciones Número 174 de 12 de abril de 1999, expedida por la Industria Licorera del Magdalena por la cual se liquida unilateralmente el contrato de producción distribución de licores celebrado con COLIMAG S.A. y la No. 179 de 3 de mayo de 1999, por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en el sentido de confirmar la anterior.*
>
> ***TERCERO.-** Que se declare resuelto (resiliado) el contrato de producción y distribución de licores celebrado entre COLIMAG S.A. y el Departamento del Magdalena y la Industria Licorera del Magdalena, por grave incumplimiento de las entidades contratantes.*
>
> ***CUARTA.-** Que se revise el contrato celebrado entre las partes a efecto de establecer el equilibrio económico financiero que ha debido regir en su ejecución.*
>
> ***QUINTA.-** Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a los demandados solidariamente a pagar a COLIMAG S.A., en concordato, los perjuicios materiales causados, así:*
>
> *a) Por daño emergente la suma de ONCE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CIENTO CUARENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA Y SIETE CENTAVOS ($11.653.142.57) M/L que por virtud de la declaratoria de caducidad COLIMAG S.A. pagó a la Licorera a título de cláusula penal pecuniaria.*
>
> *b) Por lucro cesante la suma de NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y UN MIL TRESCIENTOS PESOS ($9.983.361.300) M/L o cuanto más se probare.*
>
> ***SEXTA.-** Las sumas reconocidas en la sentencia se actualizarán entre la fecha de ejecutoria de la Resolución de Caducidad y la fecha del pago, atendiendo al incremento del índice de precios al consumidor.*
>
> ***SEPTIMA.-** Las sumas reconocidas en la sentencia ganarán intereses comerciales moratorios desde la ejecutoria de la sentencia hasta el día del pago efectivo.*
>
> ***OCTAVA.-** Se impondrá a las demandadas las costas del juicio."*

1.1. Hechos.

Como supuestos fácticos de sus pretensiones, la parte demandante narró los que la Sala se permite resumir a continuación:

Mediante Decreto número 349 del 2 de abril de 1993 la Gobernación del Magdalena declaró "*abierto el proceso tendiente a contratar la fabricación, comercialización y distribución de los licores y alcoholes que actualmente produce la Industria Licorera del Magdalena, produjo en épocas pasadas, y puede producir en un futuro*". Posteriormente, a través del Decreto Ordenanzal número 501 del 20 de mayo de 1993, se dispuso que quien debía concluir el proceso contractual, evaluar las propuestas y adjudicar el contrato era la Industria Licorera del Madalena, con intervención de la Junta Concordataria.

De acuerdo con el libelo, el 26 de mayo de 1993 la Junta Concordataria de la Industria Licorera del Magdalena impartió aprobación para la celebración del contrato de producción, distribución y comercialización de licores y, a su vez, la Junta Directiva de la Licorera, a través de Acuerdo No. 002 del 11 de junio de 1993, adjudicó el contrato a COLIMAG S.A.

Igualmente, se señaló que el 22 de septiembre de 1993 (sic) la Industria Licorera del Magdalena, con el visto bueno del Departamento del Magdalena, celebró con la actora un contrato cuyo objeto consistió en "*el uso y administración de los bienes inmuebles y muebles, equipos, y maquinaria de propiedad de la Industria Licorera, por parte de COLIMAG, para la fabricación, distribución y comercialización de los licores, alcoholes y demás productos destilados*", con un plazo de duración de 20 años. Adicionalmente, en esa misma fecha, a través de un documento suscrito por la Licorera, por el Departamento y por COLIMAG, se convino por parte de los contratantes un otrosí modificatorio de las cláusulas 23, sobre monopolio; 18, sobre caducidad; 15, sobre garantías y seguros y 4, parágrafo 3°, sobre control

de volúmenes mínimos de producción a cargo de la Junta Directiva de la Licorera y de la Contraloría del Departamento.

Indicó la parte actora que el 5 de julio de 1996 las partes contratantes en audiencia de conciliación surtida ante el Centro de Arbitramento, Conciliación y Amigable Conciliación de la Cámara de Comercio de Santa Marta, después de reconocer sus mutuos incumplimientos y las causas externas que rompieron el equilibrio económico del contrato, acordaron modificar la cláusula cuarta sobre los números mínimos anuales de producción y los procedimientos en caso de incumplimiento, así mismo, pactaron participaciones adicionales sobre las utilidades netas de COLIMAG y concertaron la realización de una auditoria interna para evaluar el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la actora.

Mencionó la parte demandante que, según acuerdo de proveedores del 11 de noviembre de 1988, aprobado el 14 de febrero de 1989 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta, la Industria Licorera del Magdalena estaba sometida a concordato preventivo. Igualmente, manifestó que según solicitud aprobada por la Superintendencia de Sociedades mediante auto del 13 de junio de 1997 y Acuerdo del 29 de diciembre de 1997, COLIMAG se sometió a un proceso de concordato por un término de 9 años, pero que en dicho proceso no se hizo presente la Industria Licorera del Magdalena en los plazos señalados por la ley.

Más adelante, se expresó en la demanda que el Gobernador del Departamento del Magdalena tomó la decisión de declarar la caducidad del contrato desde el 2 de julio de 1997 y que prueba de ello constaba en una comunicación que remitió al Superintendente de Sociedades, por medio de la cual, además de solicitar copias del proceso concordatario de COLIMAG, señaló que en vista de

la "*caótica*" situación por la que atravesaba esa empresa y lo catastrófico que resultaba para el Departamento del Magdalena el incumplimiento de sus obligaciones en el contrato con la Licorera, se estaba contemplando la posibilidad de declarar la caducidad del negocio jurídico.

Según la demanda, la Superintendencia de Sociedades remitió las copias pedidas y señaló que no era posible aplicar lo prescrito en el Decreto 222 de 1983, por cuanto la Ley 222 de 1995 era posterior a dicha norma y prohibía en forma expresa aplicar la cláusula administrativa de caducidad.

De acuerdo con el libelo, mediante oficio número 103 del 1 de septiembre de 1998, la Industria Licorera del Magdalena envió a la actora un extenso informe de auditoría emitido por la firma Duarte & Auditar, a través del cual se recomendó declarar la caducidad del citado contrato. Señaló la parte actora que dicha firma fue contratada por la Licorera en virtud de lo pactado en la cláusula segunda adicional del acuerdo conciliatorio de julio de 1996, pero que el informe, lejos de constituir una auditoría, "*era un bien sustentando alegato de abogado de parte, en donde cierra todas las puertas a un arreglo que permita continuar con la ejecución del contrato, rechaza la posibilidad del arbitraje y aconseja (casi que impone) la declaratoria de caducidad del convenio*".

Dijo la parte demandante que el oficio en mención no deja duda en cuanto a que la Licorera había decidido declarar la caducidad de contrato, en tanto que en aquél se indicó que los asesores jurídicos de la Gobernación, interpretando las conclusiones del referido informe, habían considerado que estaban dadas todas las circunstancias para realizar tal declaratoria y para hacer efectivas las pólizas respectivas y, seguidamente, le solicitó a COLIMAG que, en garantía de su derecho de defensa, hicieran conocer las réplicas que pudieran tener al respecto.

Expresó la parte actora que ante la anterior situación y dado que, a su juicio, no le quedaba ninguna otra vía para hacer valer sus derechos, el 22 de octubre de 1998, haciendo uso de la cláusula compromisoria del contrato, presentó demanda ante el Centro de Arbitramento, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Santa Marta para que se declarara "*la continuidad y permanencia del desequilibrio financiero del contrato, se reforme la cláusula 4ª en el sentido de disminuir los volúmenes mínimos de producción y venta anual de los licores; se declare el incumplimiento contractual de la Licorera y se condene al pago de los perjuicios causados*" y que en esa misma fecha se dirigió a la Licorera para comunicarle acerca de la solicitud de constitución del Tribunal de Arbitramento y para informarle que tanto la demanda y demás documentos pertinentes estaban disponibles para su estudio en la sede de la referida Cámara de Comercio.

En la demanda se aseveró que la Licorera, con base en el informe de auditoría, con el fin de torpedear el acceso a la justicia de COLIMAG, vulnerando su derecho de audiencia y defensa y en desconocimiento de la cláusula compromisoria pactada en el contrato por hacerla inaplicable, expidió la Resolución No. 86 del 3 de noviembre de 1998, por medio de la cual declaró la caducidad del contrato, decisión que fue confirmada a través de la Resolución No. 99 de 3 de diciembre de la misma anualidad, por medio de la cual se modificó únicamente lo relacionado con los informes sobre fijación de precios. Agregó la parte actora que el acto de caducidad y el que decidió el recurso de reposición carecen de firma *-y aprobación-* del Gobernador del Departamento del Magdalena.

Se indicó en la demanda que por falta de acuerdo entre las partes, mediante Resolución número 174 de 1999, la Industria Licorera del Magdalena liquidó

unilateralmente el contrato "*en términos absolutamente alejados de la realidad contractual y de la buena fe que debe presidir la ejecución de todos los contratos*".

Se adujo, además, que la caducidad del contrato paralizó completamente la actividad de COLIMAG, toda vez que su objeto social estaba limitado a cumplir con el contrato celebrado con la Licorera del Magdalena. Adicionalmente, expresó que la ejecución del negocio jurídico siempre estuvo dificultada y distorsionada por el rompimiento del equilibrio económico causado por la apertura económica, por el auge del contrabando de licores, así como por la competencia desleal "*patrocinada por el mismo Departamento del Magdalena*", lo cual le generó inmensos perjuicios materiales que describió en la demanda.

Señaló la parte actora que el Departamento del Magdalena es solidariamente responsable con la Industria Licorera del Magdalena por el desarrollo y ejecución del contrato celebrado con COLIMAG, no solo porque ambas entidades lo adjudicaron y firmaron, sino también porque, según dijo, de ese negocio jurídico surgieron derechos para el Departamento y, además, por cuanto el Estado es "*UNO, con vocación de eternidad y solo para la mejor prestación de sus servicios se descentraliza creando personas jurídicas...*".

Finalmente, en el acápite de hechos la parte demandante manifestó que desde 1996 la DIAN tenía embargado y secuestrado el bien inmueble que la Licorera demandada había entregado a COLIMAG como fábrica de licores, situación que, según se aseveró, era desconocida por la demandante hasta poco tiempo antes presentar la demanda. Al respecto, señaló que el remate del bien era inminente para el pago de impuestos que debía la Licorera a la DIAN.

Adicionalmente, en el acápite que denominó "*NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO*" indicó que el negocio que celebró con la Industria Licorera del

Magdalena era innominado complejo, puesto que contenía un contrato de producción y distribución de licores, por lo cual era de derecho privado de la Administración, pero que, además, contenía también una promesa de empréstito a favor del Departamento del Magdalena, así como la obligación de pagar determinados impuestos y un porcentaje sobre las utilidades de COLIMAG.

1.2. Normas violadas y concepto de violación.

En este acápite de la demanda, se expuso lo que a continuación la Sala se permite resumir:

- Falta de competencia y expedición en forma irregular. Argumentó la parte demandante que la declaratoria de caducidad era un acto complejo que exigía la aprobación o el visto bueno del Gobernador del Magdalena, según lo previsto en el artículo 29 del Decreto Ordenanzal número 326 de 1987 y que al no haber mediado dicha aprobación, atendiendo los postulados del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, los actos acusados estaban viciados de nulidad por falta de competencia y por haber sido expedidos de manera irregular.

- Violación del régimen concordatario. Alegó que, de conformidad con los artículos 120, 124, 125 y 133 de la Ley 222 de 1995, los acreedores que no se presentaran en los plazos legales a reclamar sus créditos en el proceso concordatario quedarían sujetos a hacerlos valer sobre los sobrantes. Adicionalmente, aseguró que, según lo dispuesto en los artículos 99, 101 y 103 de la Ley 222 de 1995, por razón del concordato la demandada no podía declarar la caducidad del referido contrato ni reclamar la restitución del inmueble donde ejercía sus funciones la sociedad actora.

- Desviación del poder y falsa motivación. Expresó que, de conformidad con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se configuró una desviación de poder, puesto que la finalidad de la declaratoria de caducidad fue la de impedir a la actora acceder a la justicia arbitral y ocultar el incumplimiento contractual por el inminente remate del bien en que funcionaba la fábrica de Licores del Magdalena, el cual se encontraba embargado y secuestrado desde 1996 por la DIAN para obtener el pago de impuestos insolutos. Adicionalmente, mencionó que el concepto jurídico de una firma de arbitraje fue el instrumento del cual se valió la Administración para declarar la caducidad del contrato con falsa motivación.

- Violación del debido proceso y del derecho al acceso a la justicia y a la defensa.

Afirmó que al declarar la caducidad de contrato se vulneraron los artículos 29 y 229 constitucionales, por cuanto, al haberse pactado la cláusula compromisoria era la justicia arbitral la que debía dirimir las diferencias surgidas entre las partes contratantes. Asimismo, alegó que la demandada declaró la caducidad del contrato sin agotar previamente un procedimiento administrativo.

- Violación de normas superiores. Consideró que con sus actuaciones la parte demandada transgredió los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, y 3, 4, 5, 14, 18, 25, 26 y 70 de la Ley 80 de 1993, básicamente, por desconocimiento de sus obligaciones contractuales y por vulneración de principio de buena fe contractual[1].

2. Actuación Procesal.

La demanda así presentada el 1 de noviembre de 1999[2] fue admitida por auto del 31 de enero del 2000[3] y notificada a las partes el 7 de marzo de esa misma anualidad[4].

Mediante memorial el apoderado de la sociedad demandante expresó que COLIMAG S.A. había cedido el 90% de los derechos litigiosos así: a favor de la sociedad Inversiones Gaviota Ltda. 78%, a favor de Jorge Valencia Arango 10% y a favor de la Balances y Finanzas S.A. 2%[5]. El *a quo* resolvió aceptar, en los términos establecidos en el artículo 1969 y siguientes del Código Civil, la cesión de los derechos litigiosos efectuada por COLIMAG S.A., en auto del 31 de agosto de 2000[6]. No obra constancia de aceptación de la cesión por parte de las entidades demandadas.

3. Contestación de la demanda.

El Departamento del Magdalena y la Industria de Licores del Magdalena dieron respuesta oportuna a la demanda presentada en su contra*;* las entidades demandadas aceptaron como ciertos la mayoría de los hechos, afirmaron que no le constaban otros y se opusieron a la prosperidad de todas las pretensiones. Como razones de su defensa señalaron que son infundados los cargos formulados en contra de los actos demandados. Indicaron, además, que el acto que declaró la caducidad no requería la firma del Gobernador del Departamento del Magdalena, puesto para su expedición era suficiente la firma del representante legal de la Industria Licorera del Magdalena.

---

[1]Folio 3 a 46 del cuaderno No. 1.
[2]Folio 46 del cuaderno de primera instancia.
[3]Folio 621 del cuaderno de primera instancia.
[4]Folio 622 del cuaderno de primera instancia.
[5]Folio 2 del cuaderno de primera instancia número dos.
[6] Folio 66 del cuaderno de primera instancia número dos.

Manifestaron, también, que la declaratoria de caducidad se efectuó por el incumplimiento grave de las obligaciones contractuales por parte de COLIMAG S.A., por lo cual consideraron que no existió violación del régimen concordatario. En cuanto a la restitución del inmueble expresaron que fue una consecuencia de la ejecutoria del acto de caducidad.

Respecto de la alegada desviación de poder y falsa motivación de los actos acusados, adujeron que las afirmaciones en las que sustentó los cargos la parte demandante eran sesgadas, carentes de toda prueba y subjetivas y que los motivos expresados en el acto fueron los que inspiraron la decisión.

En cuanto al cargo de violación del debido proceso y del derecho al acceso a la justicia arbitral, afirmaron que a la sociedad demandante se le otorgó la oportunidad para rendir explicaciones frente a su incumplimiento contractual, pero que ésta guardó silencio. Agregaron que no se le cercenó a la actora el derecho de acceso a la justicia arbitral, pues éste no constituye una cortapisa para el ejercicio de prerrogativas especiales.

Por último, plantearon como excepción la ineptitud de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones: el Departamento del Magdalena se demandó en calidad de parte contractual sin serlo; las pretensiones se formularon de manera inadecuada y contradictoria, pues, según la parte demandada, los razonamientos de la actora y sus premisas son falsas[7].

4. La sentencia impugnada.

Mediante providencia del 16 de diciembre de 2002, el Tribunal Administrativo

[7] Folios 18 a 46 del cuaderno de primera instancia número dos.

del Magdalena resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda y como sustento de su decisión manifestó, en resumen, lo siguiente:

En relación con la excepción de "*inepta demanda"* formulada por la parte accionada señaló que el libelo se ajustó técnicamente a las exigencias descritas por el numeral 1° del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo y que las entidades demandadas fueron debidamente designadas.

Respecto del cargo de falta de competencia y expedición irregular, consideró que no estaba llamado a prosperar, por cuanto el contrato y sus modificaciones fueron suscritas por el Gobernador del Magdalena a título de visto bueno y no como parte contractual. Así mismo, indicó que las decisiones de la Industria Licorera del Magdalena, por estar dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía presupuestal y administrativa, no requerían ser signadas por el mandatario departamental.

En cuanto a la alegada violación del régimen concordatario, determinó que, según el contenido de los actos administrativos acusados, el concordato al que se sometió COLIMAG no constituyó el motivo de la decisión adoptada por la Industria Licorera del Magdalena.

En lo concerniente a la desviación de poder, indicó que estaba acreditado en el proceso que el bien en donde funcionaban las instalaciones de COLIMAG S.A. había sido embargado por la DIAN el 26 de octubre de 1996; que a través de Resolución No. 00123 del 4 de septiembre de 1996, esa Dirección ordenó seguir adelante con la ejecución de la obligación que le adeudaba la Licorera; que el 20 de marzo de 1997 se realizó la diligencia de embargo y secuestro del inmueble y que el 15 de junio de 1999 se ordenó su remate. En virtud de ello y

dado que el objeto del contrato implicaba el uso y la administración del mencionado inmueble, consideró el Tribunal que las referidas circunstancias generaban "*ostensiblemente como consecuencia, un eventual incumplimiento*" por parte de contratante, e infirió que "*pudieron haber acelerado e inspirado el proceso de la declaratoria de caducidad*", por lo cual, "*a falta de prueba que indique lo contrario*", el *a quo* concluyó que la causal de desviación de poder se encontraba configurada y acreditada en el proceso.

En lo que hace al cargo de falsa motivación, se indicó en la sentencia de primera instancia que estaba llamado a prosperar, en tanto que las razones esbozadas por la Licorera para proceder a la declaratoria de caducidad del contrato no eran tan graves como para ameritar la imposición de tal sanción, toda vez que, según dijo, los incumplimientos de COLIMAG S.A. sobre los cuales se sustentó tal determinación se podían subsanar con la imposición de multas.

Al referirse al cargo de violación del debido proceso, señaló el *a quo* que la remisión del estudio realizado por la firma Duarte & Auditar sobre el cumplimiento del contrato no era suficiente como para considerar agotado el procedimiento que debía adelantarse antes de proceder a la declaratoria de caducidad del contrato, básicamente, por considerar que la Licorera debió establecer términos para asegurar el ejercicio del derecho de defensa de COLIMAG.

El *a quo* concluyó que el cargo de violación del contrato y de la buena fe contractual estaba acreditado, toda vez que el informe sobre el cual se sustentó la declaratoria de caducidad se realizó antes del plazo acordado por las partes en el parágrafo tercero de la cláusula cuarta del acuerdo conciliatorio celebrado entre ellas el 5 de julio de 1996, el cual establecía que la evaluación

de cumplimiento del contrato se realizaría cada tres (3) años, fecha que se cumplía el 5 de julio de 1999.

Seguidamente, expresó el Tribunal que la Industria Licorera de Magdalena hizo un inadecuado ejercicio de la cláusula de caducidad, lo cual, según dijo, implicaba un incumplimiento de sus obligaciones y conllevaba a resolver favorablemente la pretensión de resolución del negocio jurídico.

Frente a la solicitud de restablecimiento financiero del contrato, el *a quo* destacó que el 5 de julio de 1996 las partes conciliaron sus diferencias contractuales y lo concerniente al rompimiento de la ecuación contractual. Señaló además, que no se probó en qué habría consistido el desequilibrio económico del negocio jurídico.

Se refirió también el Tribunal a la legitimación material del Departamento del Magdalena en el proceso, en el sentido de señalar que si bien no profirió los actos administrativos cuya nulidad se procedía a declarar, lo cierto era que la actividad monopolística de licores que se ejercía a través de contrato en cuestión era un arbitrio rentístico a favor de esa entidad territorial.

Señaló, además, que la Industria Licorera del Magdalena se había sometido a un proceso concordatario preventivo obligatorio que podía terminar en su liquidación definitiva, por lo cual, según dijo, no era procedente proferir un fallo judicial que se tornara inane, por lo cual "*aunque existe una aparente falta de legitimación de Departamento de Magdalena*", declaró su responsabilidad "*solidaria, bajo la condición que en el evento de la liquidación administrativa forzosa de la Industria Licorera de Magdalena, sin que se le haya dado estricto cumplimiento a este fallo, el ente territorial asuma los efectos de la sentencia por ser titular del monopolio de licores en el territorio de su jurisdicción*", en razón de "*a) las circunstancias especialísimas en sub judice; b) el atributo rentístico en pro del ente territorial derivado del objeto precitado del contrato; c) el*

incumplimiento del Departamento de Magdalena, a través del gobernador de turno, a su obligación de estirpe constitucional de velar por la exacta recaudación de las rentas de las entidades descentralizadas (...)".

Finalmente, se indicó en la sentencia que la condena que se profirió en abstracto en contra de la parte demandada se derivaba de la nulidad de los actos acusados y de la resolución del contrato por incumplimiento[8].

5. El recurso de apelación.

5.1. Departamento del Magdalena.

El Departamento del Magdalena interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia y, en tal virtud, solicitó que se revocara íntegramente la decisión y que se condenara en costas a la parte demandante. Señaló la entidad territorial que su petición la sustentaba sobre la base de la nulidad absoluta del contrato por inexistencia de autorización de la Asamblea Departamental para celebrarlo, por falta de competencia del Gerente de la Industria Licorera del Magdalena para suscribirlo y por falta de licitación pública que precediera la selección del contratista.

Igualmente, expresó que en el proceso debía proferirse una decisión inhibitoria en atención a que las pretensiones acumuladas en la demanda no cumplían con los requisitos previstos en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

Adicionalmente, insistió en que debe declararse la inexistencia de legitimación en la causa por pasiva por parte del Departamento del Magdalena, al ser la

[8] Folios 227 a 260 del cuaderno de segunda instancia.

Industria demandada una entidad descentralizada y autónoma. De otra parte, alegó una inexistencia de solidaridad por no mediar acto jurídico o ley que así lo impusiera.

Por último, expresó que la declaratoria de caducidad del contrato procedió en virtud del incumplimiento sucesivo y reiterado de la sociedad contratista y que los argumentos que se tuvieron en cuenta para decretar dicha sanción fueron valorados en conjunto[9].

La Industria Licorera del Magdalena no interpuso recurso de apelación.

5.2 COLIMAG.

La sociedad actora interpuso recurso de apelación únicamente en lo que concierne al punto sexto de la parte resolutiva de la sentencia, esto es, la condena que de manera solidaria se impuso en contra de la Industria Licorera del Magdalena y el Departamento del Magdalena, pero, en relación con el ente territorial, condicionada a que la Empresa Industrial y Comercial del Estado no cumpliera con el pago ordenado en sentencia dentro del proceso de liquidación obligatoria.

Como fundamento de su inconformidad adujo que al condicionar la obligación del Departamento del Magdalena se desvirtuó la figura de la solidaridad dándole a la obligación la forma de subsidiaria y divisible. Advirtió, además, sobre la total insolvencia de la Industria de Licores del Magdalena y, como prueba de ello, solicitó que se oficiara a la Superintendencia de Sociedades para que enviara con destino a este proceso copias auténticas del inventario de deudas y de bienes de la Industria o de los documentos en donde

[9] Folio 300 a 329 del cuaderno de segunda instancia.

constaran sus activos y pasivos, tomadas del proceso de concordato o de la liquidación obligatoria de la entidad[10].

6. El trámite de segunda instancia.

6.1. Admisión de los recursos, alegatos de conclusión e intervención del Ministerio Público.

Los recursos interpuestos fueron admitidos a través de auto del 15 de abril de 2005[11] y, mediante proveído del 18 de agosto de 2006[12], se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente rindiera concepto de fondo, oportunidad procesal en la que se hicieron los siguientes pronunciamientos:

- COLIMAG.

La demandante presentó alegatos de conclusión para insistir en los argumentos expuestos en la primera instancia. Adicionalmente, señaló que la prueba decretada en segunda instancia permite establecer la situación de insolvencia de la Industria Licorera demandada[13].

- Departamento del Magdalena.

[10] Folios 345-346 del cuaderno de segunda instancia.
[11] Folio 349 del cuaderno de segunda instancia.
[12] Folio 428 del cuaderno de segunda instancia.
[13] Folios 433 y 434 del cuaderno de segunda instancia.

La entidad territorial presentó alegatos de conclusión para insistir en los argumentos presentados en el curso de la primera instancia y en el recurso de apelación[14].

- Industria Licorera del Magdalena.

La demandada presentó alegatos de conclusión para reiterar los argumentos expuestos en la primera instancia y, además, para informar que se había declarado la nulidad absoluta de las normas que sirvieron de fundamento para la celebración del contrato sobre el cual se sustenta la presente controversia, el cual, por lo tanto, también estaba viciado de nulidad.

En ese sentido, indicó que no debió presentarse un fallo condenatorio sobre la base de un contrato ostensiblemente ilegal e informó que presentó ante el Tribunal Administrativo del Magdalena solicitud de nulidad del contrato de concesión de Licores y de sus modificaciones[15].

- Ministerio Público.

El Ministerio Público emitió concepto de fondo y expresó su inconformidad con la decisión de primera instancia, por lo cual solicitó que se revocara el fallo y que, en su lugar, se denegran la totalidad de las pretensiones. Como fundamento de su solicitud señaló, básicamente, que los cargos invocados por la actora no estaban llamados a prosperar, toda vez que fueron los incumplimientos de COLIMAG que, según aseveró, revistieron importancia, gravedad y trascendencia, los que dieron lugar a que se declarara la caducidad del contrato.

[14] Folios 433 a 486 del cuaderno de segunda instancia.
[15] Folios 430 a 432 del cuaderno de segunda instancia.

Solicitó que para efectos de analizar la existencia de una eventual prejudicialidad, se oficiara al Tribunal Administrativo del Magdalena para que certificara acerca de la existencia y estado actual del proceso en el que se estaba debatiendo la nulidad del contrato de concesión de Licores y de sus modificaciones[16].

6.2. Pruebas decretadas en segunda instancia.

En auto del 3 de febrero de 2006, esta Corporación resolvió decretar la prueba solicitada por la actora en segunda instancia y, en consecuencia, ofició a la Superintendencia de Sociedades para que expidiera las copias auténticas del inventario de deudas y de bienes de la Industria Licorera demandada[17].

Posteriormente, en cumplimiento de lo ordenado por la Sala mediante proveído del 12 de diciembre de 2015[18], el Tribunal Administrativo del Magdalena remitió con destino a este proceso copia de la sentencia proferida el 4 de junio de 2008 dentro del proceso radicado bajo el número 1995-04208-00, por medio de la cual se declaró la nulidad absoluta del contrato celebrado entre las partes de este proceso el 15 de julio de 1993, así como de los otrosí firmados entre ellas en virtud del mencionado negocio jurídico. Se remitió también la constancia de ejecutoria de la providencia[19].

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

[16] Folios 487 y 505 del cuaderno de segunda instancia.
[17] Folio 356 del cuaderno de segunda instancia.
[18] Folios 566 y 567 del cuaderno de segunda instancia.
[19] Cuaderno No. 7 del expediente.

II.- CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 16 de diciembre de 2002, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en nueve mil millones de pesos ($9.000'000.000), mientras que el monto exigido al momento de su presentación - 24 de noviembre de 1999 - y al momento de interposición de los recursos de apelación - 30 de enero y 3 de febrero de 2003 - para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción contractual tuviera vocación de doble instancia era de cuatro millones trescientos doce mil pesos ($4'312.000) (Decreto 597 de 1988).

2. Ejercicio oportuno de la acción.

Como quiera que se trata de una acción contractual dirigida en contra de unos actos administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad administrativa de un contrato de tracto sucesivo, la caducidad de la acción deberá contarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984- que literalmente señala:

> "*d. En los que requieran de liquidación* [se refiere a los contratos] *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 caso, se tiene que el contrato fue liquidado unilateralmente a través de Resolución número 174 del 12 de abril de 1999, decisión que fue confirmada mediante Resolución No. 179 del 3 de mayo de 1999 y, comoquiera que la demanda se interpuso el 24 de noviembre de esa misma anualidad, resulta evidente que la acción se instauró dentro del término de los dos años a los que se refiere el literal *d)* del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo al que viene de hacerse referencia.

3. La nulidad absoluta del contrato de producción y distribución de licores celebrado el 15 de julio de 1993.

Consta en el proceso que mediante sentencia del 4 de julio de 2008, ejecutoriada el día 15 de julio de 2008[20], el Tribunal Administrativo del Magdalena declaró la nulidad absoluta del contrato de producción y comercialización de licores sobre el cual se soporta la presente controversia contractual, así como de los otrosí que en virtud suya se suscribieron, declaración que hizo por haber encontrado configurada la causal de nulidad absoluta contemplada en el literal d) del artículo 78 del Decreto Ley 222 de 1993[21].

Así las cosas, dado que la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de producción y distribución de licores del 15 de julio de 1993 afecta de manera

[20] Cuaderno 7 del expediente.
[21] Decreto Ley 222 de 1993: "**ARTICULO 78. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA - <DEROGADO POR EL ARTICULO 81 DE LA LEY 80 DE 1993>.** Además de los casos previstos en las disposiciones vigentes, los contratos a que se refiere el presente estatuto son absolutamente nulos:
(...)

definitiva su eficacia y, además, en virtud de que los efectos de la mencionada decisión tienen aplicación retroactiva a la fecha de celebración del negocio jurídico, resulta imperativo definir los alcances que dicha determinación, que ha hecho tránsito a cosa juzgada, produce en relación con las pretensiones planteadas en el presente proceso. Para tales efectos, la Sala se permite abordar el estudio de los siguientes temas:

3.2. Efectos de la nulidad absoluta del contrato.

Antes de abordar el estudio del punto enunciado, la Sala precisa que se referirá, principalmente, a los efectos de la nulidad de conformidad con las disposiciones contenidas en las normas de derecho privado, toda vez que el contrato que motiva el presente pronunciamiento se celebró el 15 de julio de 1993, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993[22], norma que en el inciso segundo del artículo 48 previó una regla especial de reconocimiento de prestación ejecutada y no de restituciones mutuas para los eventos en que se declare la nulidad de un contrato por objeto o causa ilícita.

En términos generales la nulidad constituye la sanción legalmente consagrada para aquellos eventos en los cuales el contrato se ha celebrado con el desconocimiento de los requisitos y de las formalidades que el legislador ha considerado indispensables en su formación para hacerlos acreedores de la

---

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

[22] Ley 80 del 28 de octubre de 1993: "**Artículo 81º.-** (...)
A partir de la promulgación de la presente ley, entrarán a regir el parágrafo del artículo 2o.; el literal l) del numeral 1o. y el numeral 9o. del artículo 24; las normas de este estatuto relacionadas con el contrato de concesión; el numeral 8o. del artículo 25; el numeral 5o., del artículo 32 sobre fiducia pública y encargo fiduciario; y los artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38, sobre servicios y actividades de telecomunicaciones.
Las demás disposiciones de la presente ley, entrarán a regir a partir del 1o. de enero de 1994 con excepción de las normas sobre registro, clasificación y calificación de proponentes, cuya vigencia se iniciará un año después de la promulgación de esta ley".

tutela y de la protección del ordenamiento jurídico o con vulneración de normas cuya observancia se impone al momento de su nacimiento.

En ese sentido, el artículo 1740 del Código Civil dispone que *"es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad de las partes*". La nulidad puede ser total o parcial, la primera se configura cuando el vicio invalida en su integridad el acto o negocio y, la segunda, cuando el vicio no recae sobre toda la extensión del acto o negocio jurídico, sino sobre una parte, permitiendo que otras disposiciones subsistan. Además, la nulidad puede ser absoluta o relativa, según la trascendencia de la norma vulnerada y dependiendo de si está consagrada en interés general o particular.

En cuanto a la nulidad relativa, la doctrina señala que las causas que la originan "*son menos graves y conciernen tan solo al interés particular: la incapacidad relativa, el error, la fuerza y el dolo sufridos por el contratante (es decir, los vicios del consentimiento) y, finalmente, la lesión enorme…*"[23], mientras que la nulidad absoluta está instituida para proteger el interés general: "*orden público (fundamental), buenas costumbres, ilicitud*"[24] y, de conformidad con el artículo 1741 del Código Civil, se produce por objeto ilícito, por causa ilícita, por incapacidad absoluta de alguna de las partes y por omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan.

[23] "Las causales que originan la nulidad relativa son menos graves y conciernen tan solo al interés particular: la incapacidad relativa, el error, la fuerza y el dolo sufridos por el contratante (es decir, los vicios del consentimiento) y, finalmente, la lesión enorme…" TAMAYO LOMBANA, Alberto, Manual de Obligaciones, Editorial Temis, 4ª edición, 1990, p. 234.
[24] Al respecto ver: HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: EL NEGOCIO JURIDICO, Volúmen II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015. págs. 713.

Ahora bien, dado que son los efectos y las consecuencias de la nulidad absoluta los que interesan a este juicio, en adelante la Sala se referirá a esta figura del derecho, precisado; sin embargo, que algunas de las consideraciones que respecto suyo se harán son también predicables de la nulidad relativa.

Los efectos y las consecuencias que de la nulidad absoluta del negocio jurídico se derivan encuentran sustento y justificación en razón de la doble función que cumple esta figura del derecho: una función sancionatoria de las conductas negociales que desconocen los requisitos que la ley impone para su validez y, a su vez, una función de restablecimiento del ordenamiento jurídico, propósitos éstos que se traducen y concretan a través del rompimiento del vínculo entablado por las partes, de ahí que se produzca la cesación definitiva de los efectos del negocio jurídico, el cual, en consecuencia, se torna ineficaz tanto hacia el futuro como desde su génesis. "*La nulidad es una sanción que consiste en la privación al negocio de todos los efectos que está llamado a producir, mirando tanto al futuro como al pasado, en razón de que la disposición no reúne los requisitos considerados esenciales en general y específicamente para la figura correspondiente*"[25].

La función - sanción de la nulidad absoluta se concreta en el rompimiento del vínculo negocial mismo y, en consecuencia, impide que las partes puedan derivar cualquier efecto de aquél, es decir, imposibilita que en virtud del negocio jurídico nulo surjan derechos y obligaciones entre ellas, tanto hacia el futuro como hacia el pasado, eliminando de esta forma las consecuencias prácticas que se pretendían concretar a través suyo.

[25] Ver: HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: EL NEGOCIO JURIDICO, Volúmen II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015. págs. 708 y siguientes.

Correlativamente, la función de restablecimiento del ordenamiento jurídico se concreta, también, con la ineficacia retroactiva que la nulidad produce respecto del negocio jurídico, que afecta, inclusive, el vínculo mismo, e impide que continúe produciendo efectos hacia el futuro, con lo cual se restituye el ordenamiento jurídico afectado en razón de la conducta negocial que lo resquebrajó y, a su vez, impide que éste continúe siendo perturbando.

Corolario de lo anterior resulta que, el principal y más importante efecto de la declaratoria de nulidad absoluta del negocio jurídico, como manifestación más grave de la invalidez, es la ineficacia, es decir la falta de aptitud para producir los efectos jurídicos que se persiguen con su celebración a través de la asunción de derechos y obligaciones por cada una de las partes contratantes, o en palabras del tratadista Fernando Hinestrosa[26]:

> "*La invalidez ataca de raíz el acto, se dirige contra los efectos negociales y, acabando con ellos, derrumba los finales: va contra la vinculación misma como efecto básico del negocio, y derruida esta, es natural que desaparezcan todas sus consecuencias prácticas: que no se produzcan los efectos finales pendientes y que los ya realizados se borren: la vuelta de las cosas a su estado inicial 'como si no se hubiera celebrado el acto o contrato' (arts. 1746 C.C.), inclusive con afectación de los intereses de terceros (subadquirentes) (art. 1748 C.C.).*
>
> *La invalidez es la reacción de ordenamiento frente a la omisión de los requisitos por él impuestos al negocio, sea que se prescinda de un presupuesto o condición, sea que se allegue pero irregularmente o viciada. El negocio no habrá de perdurar y no permitirá la obtención plena de los efectos que le son propios sino cuando los particulares al celebrarlo se sometan íntegramente a las exigencias de distinto orden que el derecho les formula.*
>
> *Si los sujetos negociales se alzan contra las disposiciones de la ley, las toman como cosas de poco valor, el resultado no se hace esperar, la misma norma que ha establecido las bases para el reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada vuelve por sus fueros y reacciona privando al intento de eficacia.*
>
> *(...)*".

[26] HINESTROSA, Fernando. Ob. cit. págs. 699 y 670.

Así, a pesar de que la nulidad absoluta y la ineficacia son fenómenos jurídicos diferentes, en tanto que la primera se refiere a una calificación de irregularidad del contrato, mientras que la segunda atañe a la producción de sus efectos, la ineficacia es una consecuencia de la nulidad absoluta, aunque no exclusiva de ella[27].

Ahora, la nulidad y, en consecuencia, sus efectos, no operan de pleno de derecho, puesto que en nuestro régimen jurídico rige el axioma según el cual "*no hay nulidad sin norma que la prevenga y sentencia que la declare*", así se desprende, entre otras normas, de lo previsto en los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, 899 y 890 del Código de Comercio, en las que se identifican las causales por las cuales es posible predicar la invalidez de un negocio jurídico y, como resultado de ello, su nulidad absoluta o relativa, según corresponda.

En cuanto a la necesidad de intervención judicial para que opere la nulidad, el artículo 1742 del Código Civil, refiriéndose a la nulidad absoluta, dispone que ésta debe ser declara por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca

[27] "La invalidez del contrato se debe diferenciar de la noción de ineficacia, pues, en efecto, la invalidez es una calificación de irregularidad del contrato, mientras que la ineficacia se refiere al momento de los efectos, para señalar, en general y precisamente, la no producción de los efectos jurídicos.
En sentido estricto la ineficacia se entiende como provisional, pues es una situación de incertidumbre que de todas formas y a la postre se puede transformar en la eficacia plena del contrato (n° 264). La ineficacia definitiva indica, por el contrario, una situación definitiva en el sentido de la improductividad de los efectos; esta improductividad de efectos no se identifica con invalidez, pero puede ser la consecuencia de esta última, o sea, puede ser sanción por la irregularidad del contrato.
No todos los contratos inválidos son ineficaces y, en efecto, mientras que el contrato nulo es ineficaz de derecho, el contrato anulable y el rescindible son eficaces provisionalmente, salvo que pierda su eficacia después de la anulación de la recisión.
Por otro lado, la ineficacia definitiva no es consecuencia exclusiva de la invalidez del contrato. La ineficacia definitiva puede derivar, además de por una irregularidad del contrato, por otras causas como la falta de una condición de eficacia voluntaria o la revocación consensual del contrato.
(...)". MASSIMO, Bianca. Derecho Civil, 3 el contrato. Traducción Fernando Hinestrosa, Édgar Cortés. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011. pág. 632.

de manifiesto en el acto o contrato y, a su vez, el artículo 1746 ibídem, sin distinguir la clase de nulidad de que se trate, señala que 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.

Como se observa, para que opere la nulidad y, consecuencialmente, el contrato se torne ineficaz[28], se requiere declaración judicial debidamente ejecutoriada, es decir, con efectos de cosa juzgada. Conclúyese de aquí que el negocio jurídico viciado nace a la vida jurídica y puede llegar a surtir sus efectos hasta tanto se profiera y quede ejecutoriada la decisión judicial que declare su nulidad.

En ese mismo orden de ideas, dable es concluir que una vez declarada la nulidad del contrato o, según el caso, del aparte o apartes correspondientes, los efectos que se hubieren podido producir en razón de la existencia del negocio jurídico inválido deben, en lo posible, ser aniquilados, mientras que los que hubieren quedado pendientes de concretarse ya nunca se producirán; es en relación con lo primero - los efectos que alcanzaron a producirse - que debe retrotraerse el estado de las cosas como si el contrato no hubiere existido jamás y, por contera, es a partir del señalado presupuesto de donde surge el derecho - deber de las restituciones mutuas. Así lo explica la doctrina[29]:

> "*La nulidad significa la eliminación del contrato en el estado en que se encuentre al momento de la ejecutoria de la sentencia que la dispone. Inmediatamente cesa de producir efectos, lo que quiere decir que ya no hay vínculo entre las partes, que los*

[28] Las normas legales tanto del derecho público como del régimen privado pueden expresar que un determinado acto o negocio jurídico no produce efecto alguno o que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.
[29] HINESTROSA, Fernando. Ob. cit. págs. 774 y siguientes.

derechos y obligaciones pendientes no tiene razón de ser y no van a hacerse efectivos, y que, en cuanto a lo ejecutado hasta entonces, los rastros han de desaparecer: de ahí el deber de restituciones mutuas. Se distingue entonces, lógica y prácticamente, entre el aniquilamiento del contrato y el regreso de las partes a su situación precedente. La demanda de nulidad próspera apareja el reintegro [5727[30]]*.*

La declaración de nulidad, absoluta o relativa, en ello no hay diferencia alguna, hace que los efectos de negocio jurídico en cuestión cesen, pero, además, que desaparezcan aquellos producidos hasta entonces [5728[31]]*. La norma legal es terminante al respecto: 'La nulidad [...] da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo...' (art. 1746 c.c.)*".

Lo anterior permite concluir que en estricto sentido las restituciones mutuas no surgen de la existencia del contrato inválido, sino de la declaratoria de nulidad de aquél y, por contera, de su ineficacia que, en principio, opera de manera retroactiva[32]. Al respecto la Sección Tercera de esta Corporación ha manifestado que las "*restituciones no pueden mirarse, jurídicamente como '**derechos que resultaren del contrato'**, sino como consecuencia que apareja, en el mundo del derecho, la*

[30] El art. 3.17 de los Principios Unidroit prèviene: '(1) La anulación tiene efectos retroactivos. (2) En caso de anulación, cualquiera de las partes puede reclamar lo entregado conforme al contrato o a la parte del contrato que haya sido anulada, siempre que proceda al mismo tiempo a restituir lo recibido conforme al contrato o a la parte que haya sido anulada. Si no puede restituir en especie, deberá compensar adecuadamente a la otra parte'. 'En un ordenamiento que se inspira en el principio de causalidad de las atribuciones patrimoniales, tradicionalmente se ha calificado la caducidad de los efectos del contrato por consecuencia de anulación o rescisión o de resolución o por el cumplimiento de la condición resolutoria como una ausencia de la 'causa', y, consiguientemente, [...] hipótesis de un pago de lo no debido'. E. MOSCATI, Caducazione degli effetti del contratto e prestese di restituzione, en Rivista di diritto civile, 2007, I, p. 435 y 438s.

[31] 'No solo el contrato desaparece hacia el futuro, sino que se considera como si jamás hubiera existido'. CARBONNIER, Les obligations, cit., n° I06, p. 207.

[32] "La nulidad vuelve por los fueros de la legalidad y, consiguientemente, implica la eliminación de los efectos jurídicos de la operación. La restitución completa el resultado, cuendo ello es necesario y posible, en cuanto a las 'consecuencias materiales, es decir, a la supresión de la situacion de hecho cosnecutiva a su ejecución' [5737]. A lo cual ha de agregarse que la pretensión restitutoria no emana del contrato, sino del pronunciamiento de nulidad [5738]". HINESTROSA, Fernando. Ob. cit. pág. 777.

destrucción de la presunción de validez que ampara al negocio jurídico, como sub especie de los actos jurídicos, y siempre y cuando se den las condiciones legales"[33].

En ese sentido, el deber de proceder a las restituciones mutuas ha sido explicado y fundamentado desde la óptica del restablecimiento de la legalidad derivada de la retroactividad propia de la nulidad[34], pero también se ha sustentado desde razones de equidad, que procuran conjurar un enriquecimiento indebido[35], en tanto que dicho deber comporta la obligación de cada una de las partes de devolver a la otra aquello que hubiere recibido como contraprestación en razón y durante la vigencia del contrato declarado nulo.

Importa señalar, sin embargo, que existen eventos en los cuales la ineficacia del contrato derivada de su nulidad no puede operar hacia el pasado, en razón de circunstancias de orden fáctico, de orden práctico, como de índole jurídico que lo impiden, lo que, valga precisar, no significa que la nulidad no opere de manera retroactiva, toda vez que, en todo caso, el contrato será nulo desde el momento mismo de la celebración, pero los efectos que de dicha declaración se surten, por fuerza de las cosas, tendrán que ser modulados.

Circunstancias de orden fáctico se presentan, por ejemplo, cuando el contrato consiste en la prestación de un servicio, en la mayoría de los contratos de tracto sucesivo o cuando la obligación hubiere sido de abstención, en los que no es posible, por absoluta imposibilidad física, que las cosas se retrotraigan al estado en que se encontraban previa a la celebración del negocio jurídico declarado nulo, en razón de la consumación de supuestos respecto de los cuales no es posible su destrucción; sin embargo, dado que en estos eventos

[33] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Providencia del 16 de septiembre de 2004, proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 19113.
[34] Al respecto ver: HINESTROSA, Fernando. Ob. cit. págs. 777 y 778.
[35] Al respecto consultar: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de junio de 1995. Expediente No. 4398: M.P. Rafael Romero Sierra.

la realidad de los hechos supera las previsiones de la ley, fuerza aceptar, como lo ha hecho esta Corporación, lo apoya la doctrina[36] y, en algunos eventos lo consciente la Ley[37], que se reduzcan los efectos de la declaratoria de nulidad a la eliminación del vínculo y a la extinción de las obligaciones que quedaron pendientes, dejando intacto lo ya ejecutado.

Sobre ese particular, con fundamento en el principio de equidad y para evitar que se genere un enriquecimiento sin justa causa, ha señalado esta Sección que si bien en los eventos señalados no es posible que la ineficacia se predique respecto de los hechos consumados y que, consecuencialmente, operen las restituciones mutuas para llevar las cosas al estado previo al de la celebración del contrato, la parte correspondiente tiene derecho a recibir remuneración, únicamente, respecto de aquello que por imposibilidad no le fuere restituido y que se hubiere consolidado hasta antes de la declaratoria de nulidad del negocio jurídico[38], dejando a las partes en un punto de equilibrio frente a las prestaciones que alcanzaron a ejecutarse.

---

[36] "La diversidad de las prestaciones, como también de las circunstancias físicas y de orden jurídico que se han podido presentar en el ínterin, plantea e interrogante de cómo proceder a las restituciones mutuas', por ejemplo, cuando la prestación cumplida fue un servicio o la tenencia de un bien, o cuando la cosa se destruyó o desapareció sin que se haya vuelto a tener noticia de su paradero [5804]. De más está decir que en esas hipótesis no cabe la restitución específica o in natura. Escollo que no es insuperable para la realización de los fines normativos, que, como en las demás situaciones análogas, se logrará indirectamente, por medio de un equivalente o del subrogado pecuniario...".
(...)
En los contratos de ejecución sucesiva las restituciones están en entredicho, en particular las que corresponden a las obligaciones hacer. (...). No hay allí posibilidad de deshacer o desandar. Frente a esa situación la respuesta elemental ha sido la de reducir los efectos de la nulidad a la eliminación del vínculo y dar por extinguidas las obligaciones pendientes...". HINESTROSA, Fernando. Ob. cit. págs. 796 a 799.

[37] El inciso 2º del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, prevé: "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".

[38] Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de abril de 2012, proferida dentro del expediente radicado bajo el número interno 21699).

Lo mismo se predica en eventos en los que la ineficacia derivada de la nulidad no puede operar hacia el pasado por razones de orden práctico, que se presentan, por ejemplo, cuando el contrato es de obra y el producto ya se ha realizado, pues, para retrotraer las cosas al estado anterior, habría que destruir el objeto construido.

Existen, además, situaciones de orden jurídico[39] que impiden que las cosas se retrotraigan al estado anterior al del momento de la celebración del contrato en aras de salvaguardar la seguridad jurídica y la cosa juzgada. Al respecto, la Corporación expresó lo que la Sala se permite transcribir a continuación, precisando que si bien el pronunciamiento se refiere a la nulidad de un acto administrativo, las consideraciones que en aquella oportunidad se realizaron son perfectamente predicables en el presente asunto, puesto que, en uno y otro caso - la nulidad del contrato y la del acto administrativo - el efecto de nulidad es el mismo: la ineficacia con efectos retroactivos[40]:

> *"Ahora, la nulidad de un acto administrativo general si bien es cierto que la jurisprudencia tiene determinado que produce efectos ex tunc ('desde entonces')[41], esto es, desde el momento en que se profirió el acto anulado por lo que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, no es menos cierto que la jurisprudencia también tiene establecido que ello*

[39] "La imposibilidad de un restablecimiento integral del status quo ante puede ser intrínseca a la naturaleza de la prestación - como en la prestación de hacer o en la de gozar - porque la utilidad inherente a la prestación se incorporó definitiva e irreversiblemente al patrimonio del destinatario del acto de ejecución, o depender de circunstancias sobrevenidas que hacen totalmente, parcialmente o cualitativamente irreversible el estado de hecho preexistente al cumplimiento. Se puede tratar de circunstancias materiales o de eventos de orden jurídico: BARGELLI, IL sinallagma rovesciato, p.22". Tomado de HINESTROSA, Fernando. Ob. cit. pág. 797.

[40] Tomado de: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 29 de abril de 2015, proferida dentro del expediente radicado bajo el número interno 31818.

[41] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 6 de junio de 1999, Rad. 5260, C.P. Juan Alberto Polo.

en modo alguno significa que dicha declaratoria afecte situaciones concretas e individuales que se hayan producido en vigencia del mismo.[42]

"En otras palabras, sólo las situaciones no definidas son afectadas por la decisión anulatoria, bien porque se encontraban en discusión o eran susceptibles de discusión en sede administrativa, ya porque estuvieren demandadas o eran susceptibles de debatirse ante la jurisdicción administrativas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria. Se excluyen, entonces, aquellas situaciones consolidadas en aras de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada, habida cuenta de que 'la ley (…) ha querido que las situaciones particulares no queden indefinidamente sometidas a la controversia jurídica y para ello ha establecido plazos dentro de los cuales se puede solicitar la revisión de las actuaciones administrativas y de encontrarse violatorias de normas superiores, para excluirlas del ámbito jurídico y restablecer el derecho del afectado'"[43] (Destaca la Sala).

Conviene precisar, también, que cuando la nulidad del negocio jurídico se produce por objeto o causa ilícita, acaecidas a sabiendas de las partes que en él hubieren intervenido, la legislación privada prohíbe que se realicen las restituciones mutuas[44], aun cuando fuere físicamente posible proceder a ello.

De conformidad con todo lo anterior, se concluye que la nulidad solo opera por declaración judicial debidamente ejecutoriada, declaración que puede proceder

---

[42] Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Sentencia de 31 de mayo de 1994, Rad. 7245, C.P. Dolly Pedraza de Arenas: "la sanción impuesta como se lee en el texto de la Resolución No. 5082 de 1985 por la cual se sanciona al actor con suspensión de 30 días, sin derecho a sueldo, por no haber atendido el parto de una afiliada del Seguro Social encontrándose de turno en el Instituto, fundamenta la sanción no solamente en el mencionado Acuerdo 158 de 1980, sino en el propio Decreto 1651 de 1977.Pero si ello no hubiere sido así, a pesar de ser cierto que el Acuerdo citado, fue declarado nulo por el Consejo de Estado el 19 de septiembre de 1990, dicha sentencia no toca los efectos de las situaciones concretas e individuales que se produjeron, en este caso, en el año de 1985, en vigencia del citado Acuerdo. En efecto, el acto se cometió y fue sancionado bajo la vigencia de dicho Acuerdo, y la resolución respectiva no ha sido anulada por la jurisdicción; los efectos de la nulidad del Acuerdo en cita produjeron efectos erga - omnes, pero sólo para el futuro, no para situaciones que ya encontraban consolidadas."

[43] Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA, 19 de abril de 1991, Rad. 3151; Sentencia de 13 de octubre de 1995, Rad. 6058, C.P. Delio Gómez Leyva; Sentencia de 23 de marzo de 2001, Rad. 11598, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; 21 de septiembre de 2001, Rad. 12200; Sentencia de 5 de mayo de 2003, Rad. 12248, C.P. María Inés Ortiz B.

[44] Código Civil: "ARTICULO 1525. <ACCION DE REPETICION POR OBJETO O CAUSA ILICITA>. No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas".

a petición de parte o, en tratándose de la nulidad absoluta, de oficio por el juez y que produce el rompimiento del vínculo negocial inválido expulsándolo del ordenamiento jurídico, como si nunca hubiere existido, lo cual se traduce en la eliminación de los efectos que las partes pretendían derivar de aquél, tanto de los pendientes, como, en los casos en que es física y jurídicamente posible, de aquellos que a la fecha de la declaración ya se hubieren producido.

En cuanto a los segundos, es decir, los efectos que al momento de la declaración de la nulidad ya se hubieren producido, en principio, operan las restituciones mutuas, salvo *i)* que la nulidad tuviere fundamento en objeto o causa ilícita, a sabiendas de las partes contratantes o *ii)* que existan circunstancias consolidadas e imposibles de destruir por razones de naturaleza física o jurídica.

En cuanto a las circunstancias consolidadas de naturaleza física, en virtud del principio de equidad y para evitar un enriquecimiento sin justa causa, se deja intacto lo ejecutado, pero corre a cargo de la parte beneficiada con la correspondiente prestación que ha ingresado irreversiblemente a su patrimonio el deber de reconocer a su contraparte, exclusivamente, lo que hubiere ejecutado y que no es posible retrotraer; en cuanto a las segundas, esto es las circunstancias consolidadas de naturaleza jurídica, no pueden alterarse en acatamiento del principio de seguridad jurídica y de la cosa juzgada.

3.3. La existencia y la validez del contrato constituyen presupuestos necesarios para pronunciarse en relación con las pretensiones que se deriven del negocio jurídico.

Una vez celebrado el contrato con el lleno de los requisitos mínimos para considerarlo existente, éste, en principio, está llamado a producir todos los efectos y las consecuencias que se predican en razón de su propia naturaleza, así como aquellos que las partes hubieren querido incorporar a la relación negocial.

No obstante lo anterior, de acuerdo con lo que se expresó en el acápite que antecede, únicamente los contratos válidos, esto es, los que han sido celebrados con el lleno de los requisitos que la ley prescribe para su valor, son los que están llamados a producir plenos efectos bajo el imperio de la ley, por tanto, pueden ampararse a través de los mecanismos que en ésta se disponen, entre otras cosas, para lograr su cumplimiento y/o, según el caso, la indemnización de los perjuicios que se hubieren podido generar en razón del desconocimiento de las obligaciones asumidas por los contratantes, para buscar el equilibrio y el restablecimiento de las condiciones inicialmente pactadas, e, incluso, para buscar su rescisión o resolución, con las consecuencias propias que de ello se deriven.

Ahora bien, en tanto que, como previamente se expresó, la nulidad no opera de pleno derecho, una vez declarada mediante providencia judicial debidamente ejecutoriada, el contrato es expulsado del ordenamiento jurídico desde el momento mismo de su formación, como si nunca hubiese existido, se torna ineficaz y, por esa razón, en firme la decisión, ninguna declaración podrá hacerse respecto de los derechos y de las obligaciones que hubieren podido surgir durante su precaria vigencia, se excluyen, en consecuencia, declaraciones relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones, declaraciones indemnizatorias y, en general, cualquier otra que no tenga por objeto retrotraer el estado de cosas al momento previo al de la celebración del contrato o, cuando ello no es posible, dejar a las partes en un punto de

equilibrio frente a lo efectivamente ejecutado, esto sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Civil frente a la nulidad absoluta por objeto o la causa ilícita.

En ese sentido, la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado que la validez del contrato constituye un presupuesto indispensable para pronunciarse respecto del cumplimiento de las obligaciones, pues la invalidez impone la ineficacia del negocio jurídico y, en consecuencia, rompe el carácter vinculante y obligatorio de sus estipulaciones. Así lo ha dicho[45]:

> *"…es presupuesto indispensable para abordar el juicio de valor que tienda a configurar el acto de cumplimiento, de incumplimiento o de no cumplimiento y, sin dicho presupuesto de eficacia, inútil predicar el juicio de incumplimiento, toda vez que, ante la existencia de la causal de invalidez, no podría sostenerse consistente y fundadamente que el deudor se ha separado del contenido prestacional del negocio, pues precisamente, dicho contenido -total o parcialmente- al estar afectado de un vicio congénito de invalidez, produce la ineficacia entre las partes y resultaría un contrasentido, según lo dicho, sostener que una [sic] de los contratantes se separó del débito prestacional, pues este no desplegaría efectos vinculantes y finales, se repite, por la existencia de la patología de ineficacia…*".

Así las cosas, queda claro que la existencia y la validez del contrato constituyen presupuestos de orden material para dictar sentencia de mérito frente a las pretensiones que sobre él se sustenten, bien sea a favor del demandante o del demandado, pues, claramente, es una condición previa e ineludible para que del negocio jurídico puedan surgir derechos y obligaciones entre las partes y, en consecuencia, para que con soporte en éstos se realicen pronunciamientos judiciales que las vinculen.

3.2. La facultad - deber del juez de declarar la nulidad absoluta del contrato no solamente genera el rompimiento del vínculo jurídico contractual.

Oportuno viene a ser reiterar en este punto que las causales de nulidad absoluta están consagradas en protección del interés general y, por ello, la ley autoriza y, a la vez, obliga al juez para que la declare, incluso, de oficio cuando encuentre que se ha configurado[46], en tanto que pugna con el orden jurídico cualquier pronunciamiento que fije derechos u obligaciones en relación con un contrato que esté afectado por un vicio de nulidad absoluta.

De todo lo dicho hasta aquí surge con meridiana claridad que la facultad oficiosa y, a la vez, obligación imperativa del juez de declarar la nulidad absoluta cuando la encuentre probada se sustenta en el deber de protección del interés general, con miras a recomponer el orden legal y a sancionar las conductas que desconocen los requisitos que la ley impone para la validez de los negocios jurídicos. Así lo ha explicado la Sección Tercera de esta Corporación[47]:

> "*Las previsiones legales que autorizan el ejercicio de facultades oficiosas a todo juez, incluso el arbitral, están revestidas de toda lógica en el mundo del derecho, por cuanto el pronunciamiento judicial sobre un contrato implica la ausencia de vicios que comporten la nulidad absoluta del contrato, como son el recaer, entre otras, en objeto o causa ilícitas, causales que están previstas en la legislación para salvarguardar el orden jurídico en aspectos de interés general[48]. Y, 'cuya*

[45] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de junio de 1999, exp. 12085, C.P. Daniel Suárez Hernández.
[46]"...la facultad del juez no es ilimitada, pues, para declarar la nulidad de manera oficiosa, debe observar: i) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria, a la cual se refiere el artículo 1742 del C.C., pues, ocurrida la prescripción, se produce el saneamiento de los vicios[46], ii) que en el proceso se hallen vinculadas las partes intervinientes en el contrato o sus causahabientes y iii) que el vicio surja de manera ostensible, palmaria o patente". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 16 de febrero de 2006, expediente. 13.414.
[47] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de agosto de 2006, proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 31354.
[48] "…los motivos de nulidad absoluta son más graves: falta de formalidades en los actos jurídicos solemnes (requisitos ad solemnitatem exigidos por el legislador), incapacidad absoluta, falta de consentimiento, ausencia de objeto o de causa, ilicitud del objeto o de la causa. La nulidad, en tales casos, tiene su fundamento en la falta de uno de los elementos de validez del

justificación, se halla en el fundamento mismo de tal especie de nulidad, establecida como se sabe en interés de la moral, el orden público y el respeto debido a las normas de carácter imperativo postulados cuya protección no puede quedar sometida exclusivamente a la iniciativa particular, como ocurriría si el aniquilamiento de los negocios jurídicos que los contrarían solo pudiere declararse a ruego suyo[49]".

Por tanto, la declaración de nulidad absoluta no solamente genera el rompimiento del vínculo jurídico contractual, sino que, además, como ya se vio, impone, por efecto de la ley, la ineficacia del negocio jurídico con efectos retroactivos y a futuro, imposibilitando que los derechos y las obligaciones que habían surgido para las partes en virtud del contrato viciado de nulidad absoluta las sigan vinculando, circunstancia que impide que tales derechos y obligaciones sean exigibles entre ellas.

El efecto anterior, a su vez, excluye terminantemente la posibilidad de realizar declaraciones judiciales sobre la base del negocio jurídico inválido, sin perjuicio de lo que corresponda para retrotraer el estado de cosas al momento previo al de la celebración de contrato, cuando ello fuere posible y, en todo caso, con respecto de las situaciones jurídicas consolidadas, lo cual, como antes se expresó, no se deriva, en estricto sentido del contrato, sino de la declaratoria de nulidad. Es en ese sentido que el doctrinante Fernando Hinestrosa señala que *"...con la sentencia el juez no se limita a declarar la ocurrencia de unos hechos que integran el factum de la medida legal,* ***sino que priva de relevancia al acto inválido, lo elimina y así transforma la situación jurídica en curso***"[50] (Destaca la Sala).

---

acto jurídico, elementos exigidos por el legislador en favor del interés colectivo. Y, en todo caso, si la nulidad tiene por fin proteger el interés general, el orden público, es una nulidad absoluta (…) Las causales que originan la nulidad relativa son menos graves y conciernen tan solo al interés particular: la incapacidad relativa, el error, la fuerza y el dolo sufridos por el contratante (es decir, los vicios del consentimiento) y, finalmente, la lesión enorme…" Cfr. TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Editorial Temis, 4ª Edición, 1990, págs. 233 y 234.

[49] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 11 de marzo de 2004, Exp. 7582. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

[50] HINESTROSA, Fernando. Ob. cit. págs. 723 y 724.

3.4. Caso concreto.

La demanda que instauró la Comercializadora de Licores del Magdalena en contra de la Industria Licorera del Magdalena y del Departamento del Magdalena, se sustentó sobre la base de la existencia y de la validez del contrato de producción y de distribución de licores celebrado el 15 de julio de 1993, concibiéndolo como un negocio jurídico que produjo efectos amparados por la ley hasta el momento en que se declaró su caducidad.

Con fundamento en lo anterior, la parte actora solicitó que se declarara la resolución del contrato por grave incumplimiento de las obligaciones asumidas por la parte contratante, que se restableciera el equilibrio económico del contrato, que se declarara la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad y se liquidó unilateralmente el negocio jurídico y que, en consecuencia, se ordenara a las entidades demandadas el reconocimiento y pago de los perjuicios que le habían sido ocasionados.

Mediante sentencia proferida el 16 de diciembre de 2002, el Tribunal Administrativo del Magdalena, otorgando plenos efectos al contrato de producción y distribución de licores, accedió a las pretensiones de resolución del contrato por incumplimiento, así como a las de nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad de negocio jurídico y se lo liquidó unilateralmente. Consecuencialmente, condenó en abstracto a la Industria Licorera de Magdalena y, "*solidariamente*", al Departamento del Magdalena, "*en el evento de que lo dispuesto en la presente providencia no se pueda cumplir por la liquidación administrativa forzosa de la INDUSTRIA...*", al pago del daño emergente y del lucro cesante que, según la providencia, se ocasionaron. Se negaron las

demás pretensiones de la demanda, así como la excepción de inepta demanda presentada por la parte accionada.

Sin embargo, la sentencia, a la fecha de la presente providencia, no se encuentra ejecutoriada, pues fue recurrida por la parte actora y por el Departamento del Magdalena mediante recursos presentados el 3 de febrero de 2003, razón por la cual las decisiones adoptadas por el Tribunal no se constituyen, hasta ahora, en una situación jurídica consolidada, pues no han hecho tránsito a cosa juzgada.

En lo que concierne al recurso interpuesto por el Departamento del Magdalena, advierte la Sala que si bien esta entidad ha venido debatiendo su legitimación material dentro del proceso, lo cierto es que la legitimación de hecho que le asiste la faculta plenamente para intervenir en el juicio en ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción[51] y comoquiera que en la sentencia de primera instancia se profirió una condena en su contra, la Sala encuentra plenamente establecido el interés que le asistía al Departamento para debatir en segunda instancia todos los asuntos que le resultaron adversos en la providencia recurrida.

Ahora, volviendo al caso de autos se tiene que, posteriormente, mediante providencia del 4 de junio del 2008, el Tribunal Administrativo del Magdalena declaró la nulidad absoluta de contrato de producción y distribución de licores

[51] "Así pues, toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante —legitimado en la causa de hecho por activa— y demandado —legitimado en la causa de hecho por pasiva— y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia febrero 4 de 2010, Expediente 17720.

sobre el cual se sustentó la demanda que dio origen al presente proceso, así como la nulidad de los otrosí que en virtud suya se suscribieron, decisión que quedó ejecutoriada el 15 de julio de 2008 y que, a partir de esa fecha, surtió todos los efectos que le son propios, esto es, rompió el vínculo jurídico que se había originado en razón de la celebración del referido contrato, lo expulsó del ordenamiento jurídico desde el momento mismo de su celebración y, en consecuencia, eliminó definitivamente sus efectos, tanto los producidos, como los pendientes, haciendo desaparecer el carácter vinculante de las obligaciones pactadas entre las partes e impidiendo, a la vez, que se impongan condenas judiciales sobre la base de tales estipulaciones contractuales.

Así las cosas, dado que la sentencia por medio de la cual se declaró la nulidad absoluta del contrato afecta de manera definitiva las pretensiones de este proceso en razón de la desaparición del mundo jurídico del contrato que las sustentó y, además, en virtud de que dicha determinación ya hizo tránsito a cosa juzgada, no es posible para la Sala transformar o alterar lo resuelto en aquél juicio a través de un fallo posterior, por lo cual está en la ineludible obligación de acatar la decisión proferida y, por esa razón, debe estarse a lo resuelto en la referida providencia y aplicar las consecuencias que de ello se deriven frente a las pretensiones de este proceso.

En ese sentido, comoquiera que a la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia por medio de la cual se declaró la nulidad absoluta del contrato, la decisión del Tribunal respecto de las pretensiones de la demanda no había hecho tránsito a cosa juzgada, lo resuelto al respecto no se constituyó en una situación jurídica consolidada y, en consecuencia, la nulidad absoluta del negocio jurídico, desde el momento mismo en que quedó ejecutoriada la sentencia que la declaró, surtió plenos efectos y, por tanto, dejó sin fundamento las declaraciones realizadas por el *a quo* respecto del comportamiento contractual de las partes.

No obstante lo anterior, dado que existe una decisión judicial que se opone radicalmente a las consecuencias que se derivan de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato y en razón a que dicha decisión es objeto de revisión en esta instancia, resulta ineludible para la Sala revocarla para, en su lugar, estarse a lo resuelto en la sentencia por medio de la cual se resolvió sobre la validez del contrato y, en consecuencia, aplicando los efectos de tal determinación, negar las pretensiones de la demanda que se sustentaron sobre la existencia y validez del negocio jurídico.

Previamente, se considera necesario precisar que las determinaciones que debieron adoptarse para retrotraer el estado de cosas al momento anterior al de la celebración del contrato, si a ello había lugar, debieron ser acogidas por el Juez que declaró la nulidad absoluta del contrato, puesto que, como antes se explicó, éstas no se derivan del contrato mismo, sino de la declaratoria de nulidad, mientras que en este juicio la competencia de la Sala se limita a aplicar los efectos de dicha determinación frente a las pretensiones de esta demanda.

3.4.1. Los efectos de la nulidad absoluta del contrato frente a la pretensión de resolución del negocio jurídico por incumplimiento.

Dado que la ejecución de las prestaciones que se discuten en este juicio encuentran su causa justificativa en el contrato cuya nulidad absoluta fue declarada por el Tribunal Administrativo del Magdalena mediante sentencia del 4 de junio de 2008, se tiene que la pretensión de resolución por incumplimiento no puede prosperar, en la medida en que, como se advirtió, la invalidez del negocio jurídico fuente de la reclamación impide el análisis sobre la

responsabilidad por el incumplimiento del mismo, por cuanto el carácter vinculante y obligatorio del contrato es presupuesto para realizar dicho estudio.

De suerte que, siendo el contrato anulado el fundamento de la demanda, mal haría la Sala en otorgarle efectos para estudiar el comportamiento contractual de la parte demandada, cuando a través de una decisión judicial que hizo tránsito a cosa juzgada se sustrajo el contrato del mundo jurídico y, por tanto, las obligaciones que habrían podido derivar de aquél perdieron su carácter de vinculantes y obligatorias entre las partes, por lo cual, en atención a lo resuelto en la sentencia del 4 de junio de 2008, se impone revocar la decisión de primera instancia en lo que a este aspecto concierne y, en su lugar, negar la prosperidad de la pretensión relacionada con el incumplimiento del contrato.

3.4.2. Los efectos de la nulidad absoluta del contrato de producción y distribución de licores frente a los actos administrativos proferidos con ocasión de ese negocio jurídico.

En lo que a este aspecto concierne, debe señalarse que si bien la nulidad del contrato implica la ineficacia de todos sus efectos - los producidos y los pendientes - en lo que concierne a las situaciones jurídicas que se han originado con ocasión del negocio jurídico, pero que han quedado contenidas en actos administrativos, dicha declaratoria de nulidad no puede entenderse extendida automáticamente a ellos, puesto que la presunción de legalidad del acto únicamente puede desvirtuarse a través de una fallo judicial que declare su nulidad con apoyo en las causales que, según la ley, pueden afectar su validez.

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo y en aplicación de la presunción de legalidad que

los cobija, los actos administrativos, salvo norma expresa en contrario, se consideran obligatorios hasta tanto no medie declaración judicial que los anule o que los suspenda, pero pierden su fuerza ejecutoria, entre otros eventos, cuando desaparecen sus fundamentos de hecho o de derecho, efecto jurídico que se conoce como decaimiento.

Al respecto, esta Corporación ha señalado que el decaimiento de un acto administrativo se produce cuando las disposiciones legales o reglamentarias sobre las cuales se sustenta o se fundamenta su expedición desaparecen del ordenamiento jurídico, como consecuencia bien de la declaratoria de inexequibilidad o de la nulidad de la norma legal en la cual se sustenta el acto administrativo. Ha dicho, también, que este fenómeno jurídico se presenta si los actos administrativos son anulados o suspendidos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y ha explicado que una vez ocurre el decaimiento de un acto administrativo, la consecuencia jurídica que se produce es impedir que hacia el futuro siga produciendo efectos[52].

En ese contexto, se puede concluir que la consecuencia inmediata que generó la nulidad absoluta del contrato de producción y distribución de licores respecto de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró su caducidad y su liquidación unilateral fue el decaimiento, puesto que los fundamentos de hecho y de derecho que sustentaron su expedición se constituyeron sobre la base de existencia y validez de ese negocio jurídico.

De lo anterior se deprende, además, que una vez en firme la declaratoria de nulidad del contrato, esto es, a partir del 8 de julio de 2008 cuando quedó

[52] "...todos los actos administrativos, ya que la ley no establece distinciones, en principio, son susceptibles de extinguirse y, por consiguiente, perder su fuerza ejecutoria, por desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico".

ejecutoriada la mencionada decisión, las resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad y la liquidación unilateral del negocio jurídico dejaron de producir sus efectos; sin embargo, dado que el decaimiento no afecta la validez de los actos administrativos, los efectos que alcanzaron a concretarse hasta antes de esa fecha deberán mantenerse bajo el amparo de la presunción de legalidad del acto que los cobija y, por tanto, perdurarán, pero sólo mientras dicha presunción se conserve, puesto que de llegarse a declarar la nulidad del acto que los acoge, el estado de cosas deberá retrotraerse al momento previo a aquel de la expedición del acto, como si éste nunca se hubiere expedido, pues, al igual que la nulidad del contrato, la del acto administrativo también produce efectos retroactivos.

De lo expresado emerge también que a pesar de que los actos administrativos que se profieren con ocasión del contrato encuentran su fundamento en la existencia y validez misma de ese negocio jurídico, su expedición da lugar a una situación jurídica que puede pervivir, incluso, ante la desaparición en el mundo jurídico del contrato, siempre que se mantenga vigente la presunción de legalidad del acto, de ahí que aún cuando la nulidad absoluta del contrato impone su ineficacia definitiva, es decir, su falta de aptitud para producir efectos hacia el pasado y hacia el futuro, es posible que algunos efectos que tienen origen en el contrato, pero que quedaron contenidos en el acto administrativo y alcanzaron a concretarse hasta antes de que se produjera el decaimiento, queden amprados por la presunción de legalidad y, por tanto, que se mantengan en el tiempo, incoherencia que sólo puede ser corregida a través de la declaratoria de nulidad del respectivo acto administrativo.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de agosto 1 de 1991. Expediente 1948. C.P. Miguel González Rodríguez.

En ese sentido, atendiendo a las diferencias que se presentan entre las figuras jurídicas de la nulidad y del decaimiento, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el decaimiento del acto administrativo no impide que se realice el juicio de legalidad del mismo por cuanto éste debe realizarse de acuerdo con las circunstancias que se encontraban vigentes al momento de la expedición del acto y, además, ha indicado que cuando el fundamento de un acto es anulado, la misma suerte debe correr el acto, pero sobre la base de que sea el juez quien declare dicha anulación, con respeto de las situaciones jurídicas consolidadas. Así, dada la claridad de lo expresado al respecto en sentencia del 5 de julio de 2006 y la pertinencia de dichas explicaciones frente al caso de autos, la Sala se permite traer a este proceso algunos apartes de la referida providencia[53]:

> *"Sin embargo, esta Corporación ha sostenido mayoritariamente que la figura del decaimiento del acto administrativo no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que el decaimiento sólo opera hacia el futuro, en tanto la desaparición del fundamento jurídico del acto no afecta su validez. Ha dicho el Consejo de Estado:*
>
> > *'Pero si bien es cierto, como lo ha sostenido esta Corporación[54], que la declaración de pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo no puede solicitarse al juez de lo contencioso administrativo, pues no existe una acción autónoma que lo permita, no lo es menos que* ***nada impide que con respecto a los actos administrativos respecto de los cuales se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, se produzca un fallo de nulidad, pues en este evento se ataca la configuración de los elementos del acto administrativo al momento de su nacimiento, y su concordancia con el régimen jurídico que debió respetar tanto en su jerarquía normativa, como en el procedimiento para su expedición, mientras que, el fenómeno producido por la desaparición del fundamento de derecho de un acto administrativo, tiene efectos hacia el futuro sin afectar la validez del acto por todo el tiempo de su existencia jurídica****.*
> >
> > *En efecto, en la práctica bien pudo haberse producido la expedición de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas con base en aquel del que se predica el fenómeno del DECAIMIENTO, por*

[53] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso. Sección Tercera. Sentencia de julio 5 de 2006. Radicado 21.051. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
[54] Auto de fecha junio 28 de 1996. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo.. Expediente 12005. Sección tercera del Consejo de Estado.

declaratoria de inexequibilidad de la ley o por declaratoria de nulidad de la norma sustento de derecho y, ***como quiera que tal fenómeno en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición.***

No hay, por lo tanto, razón alguna que imposibilite proferir fallo de fondo con respecto a la legalidad de un acto respecto del cual se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, entendiendo que ***dicho fallo abarcará el lapso durante el cual dicho acto administrativo estuvo vigente, lapso durante el cual el acto administrativo gozó de presunción de legalidad.***

Lo anterior, por cuanto para que se produzca un fallo de mérito respecto de un acto administrativo, no se requiere que el mismo se encuentre produciendo efectos, tal como se sostuvo por esta Sección en providencia de fecha junio 15 de 1992[55] *,* ***pues sólo el fallo de nulidad, al producir efectos ex tun (sic), desvirtúa la presunción de legalidad que acompañó al acto administrativo mientras éste produjo sus efectos****.*

(…)

Lo anterior, debido a que la nulidad que se ha solicitado, concierne a la validez del acto administrativo y en el evento de prosperar, se remonta hasta el momento de su expedición, mientras que la causal de decaimiento que acaeció estando en trámite este proceso, atañe a circunstancias posteriores al nacimiento del acto administrativo y no atacan la validez del mismo. ***Pudiera decirse que cuando se produce el fenómeno del decaimiento, el acto administrativo supervive en el mundo jurídico, porque no existe fallo de nulidad que lo saque del mismo, pero ha perdido una de sus caracteres principales, cual es el de ser ejecutorio, lo que implica que la administración no puede hacerlo cumplir****.*

(...)

Pero, lo anterior, como ya se adujo, no implica que, decretada la nulidad de su fundamento jurídico, tal fallo se extiende con efectos similares a dicha Resolución."[56] *(subrayas de la Sala)*

En tal virtud ***la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que el 'decaimiento' del acto administrativo no trae aparejado el juicio de validez del mismo, como tampoco que las situaciones particulares y concretas surgidas al abrigo de una norma que tuvo fundamento en un acto general anulado padezcan una suerte de 'decaimiento subsiguiente****'. Ha dicho la Corporación sobre este particular:*

[55] Sección Primera. Expediente 1948, Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez.
[56] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de agosto 3 de 2000, Rad. 5722, C.P. Olga Inés Navarrete.

'En varias oportunidades el Consejo de Estado ha dicho que se produce el decaimiento de un acto administrativo cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento desaparecen, por alguna razón, del escenario jurídico.

Para la Sala es claro que si la teoría se entendiera en el sentido de negar valor a un acto administrativo por el sólo hecho de haber desaparecido el o los fundamentos de hecho o de derecho en que se sustentaba, ella no hubiera sido admisible ni antes de la vigencia del Decreto 2304 de 1989 ni después de ella, por la sencilla razón de que ***el acto administrativo formalmente válido, es decir, el expedido por la administración mediante el procedimiento prescrito por la ley, goza como tantas veces ha dicho la Corporación, de una presunción de legalidad y veracidad que sólo puede destruir el juez de la causa****, cuando encuentre que tiene algún vicio por razón del órgano que lo produjo, por la materia sobre la que verse o por el procedimiento que se siguió para producirlo, en lo que coincide con los tres requisitos esenciales que debe reunir una norma jurídica positiva para ser tal, a saber 1. La legitimidad del órgano, 2. La, competencia ratione materiae; y 3. La legitimidad del procedimiento.*

Las consideraciones anteriores son las que explican, entonces, la razón del cambio que ocurrió en el artículo 66 del C.C.A. con ocasión de su subrogación por el artículo 9º del Decreto Ley 2304 de 1989. No es, entonces, que por haberse suprimido el ordinal 2º pueda decirse que un acto administrativo del cual hubieren desaparecido sus fundamentos de hecho o de derecho no pueda ser anulado o suspendido por el juez de lo contencioso administrativo sino que ***lo que significa es que mientras tales suspensión o anulación no se produzcan el acto debe ser aplicado, es decir obedecido, por los particulares y por la misma administración****.*

Así entendida la norma, ***cuando el juez del acto encuentre que los fundamentos de derecho de éste han desaparecido, debe declararlo nulo porque sería absurdo considerar válido lo que la ley considera inválido pues a esto equivaldrá la desaparición de la norma que lo fundamentaba****. En este sentido y con este efecto es como debe entenderse correctamente la denominada, impropiamente, teoría del decaimiento. Naturalmente que lo anterior puede predicarse de los actos de carácter general y de los de carácter particular, en cuanto no se refieran a situaciones concretas pues de estas no podría predicarse decaimiento, en el sentido expuesto.'*[57] *(Se subraya).*

Con esta misma perspectiva la Sección Quinta ha entendido que si bien cuando el fundamento de un acto es anulado, la misma suerte debe correr éste último, pero sobre la base de que sea el juez del acto quien declare dicha anulación*:*

'En este orden de ideas, es preciso entender que si expide un acto administrativo de carácter particular con base en un acto de carácter general que se presume válido al momento de la expedición del primero, y el acto

[57] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCISO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, 23 de febrero de 1990, Rad. 5346, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

que le sirve de fundamento es anulado, y por lo tanto se considera que no ha existido jamás, ***con mayor razón debe anularse el acto particular, pues el acto que le sirvió de base desapareció del mundo jurídico desde el momento mismo de su creación, y es lógico que el acto particular, al carecer de fundamento, también debe ser eliminado del ámbito jurídico desde el instante mismo de su expedición, es decir, debe ser anulado también****, pues solo con dicha medida 'se logra la plenitud de la tutela jurídica que no se obtendría por la vía de la revocación o de la derogación, pues estas modalidades de extinción dejan intactos los efectos producidos anteriormente***"*[58]

Por manera que, ***no existe en principio una 'nulidad ex officio'***[59] ***como tampoco una 'nulidad consecuencial o por consecuencia', toda vez que los efectos del fallo de nulidad del acto que sirve de fundamento no se extienden con efectos idénticos al segundo. De allí que si se estima que un acto administrativo es nulo por haber sido declarado nulo el acto normativo que le sirvió de fundamento jurídico, esta decisión de anulabilidad***[60] ***con efectos de cosa juzgada sólo compete al juez natural del mismo a términos del inciso primero del artículo 175 del C.C.A****. Así lo ha señalado el Consejo de Estado al estimar que:*

'El citado memorando fue demandado ante esta Sala y anulado mediante sentencia de 24 de noviembre de 2000, Expediente 5491, con ponencia de este Despacho, según lo puso de presente el Ministerio Público, por lo tanto, dado el efecto retroactivo que por regla general tiene la nulidad de los actos administrativos y encontrándose impugnado el oficio en cuestión, es decir, no estando consolidada la situación que del mismo se desprende, ***éste corre la suerte del memorando que le sirve de fundamento****, tal como lo pone en evidencia el Delegado del Ministerio Público. Así lo reiteró la Sala en sentencia de 6 de mayo de 1999, Expediente número 5260, de la cual fue ponente el Consejero doctor Juan Alberto Polo Figueroa.*

---

58 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, 7 de abril de 1995, Rad. 5323.

59 La regla general es entonces la mera anulabilidad del acto administrativo vid. GARCÍA LUENGO, Javier, La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, Civitas, primera ed. 2002, p. 44 y ss.

60 A juicio de Forsthoff: "[e]l acto administrativo no es únicamente una concretización de normas jurídicas referidas a un determinado supuesto de hecho. Su validez y eficacia no radica sólo en ser emanación de las leyes, sino en la propia autoridad que es inmanente al acto administrativo, como se explicó en el lugar oportuno. Sin embargo, en todos sus actos, la Administración está vinculada al Derecho normativo. La incongruencia entre la situación legal y el acto administrativo hace defectuoso a éste. Esta incongruencia no produce necesariamente la nulidad del acto administrativo, en virtud de la autoridad y validez que el obrar de la Administración posee por sí mismo, y por eso el principio del que hay que partir es, más bien, que la contradicción material entre la ley y el acto administrativo produce su anulabilidad. Esto constituye una diferencia esencial respecto del Derecho Civil, la cual tiene que ser reconocida incluso por aquellos que quieren interpretar el acto administrativo con criterios civilistas": FORSTHOFF, Ernst, Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid,, 1958, p.337 y ss.

'Como quiera que la nulidad de los actos administrativos retrotrae las cosas a su estado inicial, como si el acto no hubiera existido, se desprende de ello que el oficio acusado debe considerarse como expedido sin el fundamento en él invocado, por lo cual la decisión de devolver a la actora su petición, sin que se le diera el trámite debido, vulnera el derecho de petición de la misma. Luego, los cargos tienen vocación de prosperar y, en consecuencia, se decretará su nulidad.'[61] *(Se destaca).*

"Ahora, la nulidad de un acto administrativo general si bien es cierto que la jurisprudencia tiene determinado que produce efectos ex tunc ('desde entonces')[62]*, esto es, desde el momento en que se profirió el acto anulado por lo que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, no es menos cierto que la jurisprudencia también tiene establecido que ello en modo alguno significa que dicha declaratoria afecte situaciones concretas e individuales que se hayan producido en vigencia del mismo.*[63]

"En otras palabras, sólo las situaciones no definidas son afectadas por la decisión anulatoria, bien porque se encontraban en discusión o eran susceptibles de discusión en sede administrativa, ya porque estuvieren demandadas o eran susceptibles de debatirse ante la jurisdicción administrativas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria. Se excluyen, entonces, aquellas situaciones consolidadas en aras de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada, habida cuenta de que "la ley (…) ha querido que las situaciones particulares no queden indefinidamente sometidas a la controversia jurídica y para ello ha establecido plazos dentro de los cuales se puede solicitar la revisión de las actuaciones administrativas y de encontrarse violatorias de normas superiores, para excluirlas del ámbito jurídico y restablecer el derecho del afectado"[64]" (Negrillas fuera de texto).

---

[61] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 30 de marzo de 2001, Rad. 5522, C.P. Manuel Santiago Urueta.

[62] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 6 de junio de 1999, Rad. 5260, C.P. Juan Alberto Polo.

[63] Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Sentencia de 31 de mayo de 1994, Rad. 7245, C.P. Dolly Pedraza de Arenas: "la sanción impuesta como se lee en el texto de la Resolución No. 5082 de 1985 por la cual se sanciona al actor con suspensión de 30 días, sin derecho a sueldo, por no haber atendido el parto de una afiliada del Seguro Social encontrándose de turno en el Instituto, fundamenta la sanción no solamente en el mencionado Acuerdo 158 de 1980, sino en el propio Decreto 1651 de 1977.Pero si ello no hubiere sido así, a pesar de ser cierto que el Acuerdo citado, fue declarado nulo por el Consejo de Estado el 19 de septiembre de 1990, dicha sentencia no toca los efectos de las situaciones concretas e individuales que se produjeron, en este caso, en el año de 1985, en vigencia del citado Acuerdo. En efecto, el acto se cometió y fue sancionado bajo la vigencia de dicho Acuerdo, y la resolución respectiva no ha sido anulada por la jurisdicción; los efectos de la nulidad del Acuerdo en cita produjeron efectos erga - omnes, pero sólo para el futuro, no para situaciones que ya encontraban consolidadas."

[64] Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA, 19 de abril de 1991, Rad. 3151; Sentencia de 13 de octubre de 1995, Rad. 6058, C.P. Delio Gómez Leyva; Sentencia de 23 de marzo de 2001, Rad. 11598, C.P. Juan Ángel Palacio

Así las cosas, dado que en este caso se pretendió la nulidad de los actos administrativos que fueron expedidos con ocasión del contrato de producción y distribución de licores cuya nulidad absoluta fue declarada mediante sentencia del 4 de junio de 2008, corresponde a la Sala pronunciarse al respecto, para lo cual deberá tomar en consideración lo expresado por esta Corporación en la pauta jurisprudencial a la que viene de hacerse referencia.

En ese sentido y sin desconocer que la declaratoria de nulidad absoluta del contrato no puede aplicarse automáticamente a los actos administrativos que con ocasión suya se expidieron, en tanto que, como ya se expresó, para tales efectos se requiere de expresa declaración judicial que así lo disponga, encuentra la Sala que el vicio que afectó la validez del negocio jurídico permeó asimismo la validez de los referidos actos administrativos, en tanto que si se considera, como lo hizo el Tribunal Administrativo del Magdalena en sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada y que no puede ser desconocida por esta Sala, que el Gerente de la Industria Licorera del Magdalena carecía de competencia para celebrar el contrato, fuerza concluir también que carecía de competencia para declarar su caducidad o para proceder a su liquidación unilateral.

Si bien el Tribunal de primera instancia declaró la nulidad de los actos administrativos en cuestión sobre la base del desconocimiento del derecho de audiencia y defensa de la parte accionante, considera la Sala que, al margen de la discusión que pudiera caber en relación con ese aspecto, resulta más coherente con la situación jurídica que se ocasionó en razón de la invalidez declarada del contrato, mantener la declaratoria de nulidad de los actos, pero por el vicio de falta de competencia que se encontró configurado, el cual

---

Hincapié; 21 de septiembre de 2001, Rad. 12200; Sentencia de 5 de mayo de 2003, Rad. 12248, C.P. María Inés Ortiz B.

también fue alegado por la parte actora y que, en todo caso, puede ser declarado de oficio por el Juez[65], lo cual es procedente, además, porque, como se mencionó con anterioridad, la decisión adoptada en primera instancia no constituye una situación jurídica consolidada , en tanto que no ha hecho tránsito a cosa juzgada y, en consecuencia, quedó afectada por la declaratoria de nulidad del contrato, cuyos efectos forzosamente tienen que ser reconocidos y aplicados en esta providencia.

3.4.3. Los efectos de la nulidad absoluta del contrato frente a los perjuicios reconocidos a favor de la parte actora en la sentencia de primera instancia.

Dado que, como ya se dijo, una vez ejecutoriada la sentencia por medio de la cual se declaró la nulidad absoluta del contrato de producción y distribución de licores ningún efecto puede hacerse derivar de ese negocio jurídico en razón de su ineficacia definitiva, se concluye, asimismo, que ningún perjuicio puede derivarse de la relación negocial, puesto que, según lo antes estudiado, en principio, lo que procedían eran las restituciones mutuas o, si éstas no eran factibles por razones de naturaleza física, se debía dejar a las partes en un punto de equilibrio frente a lo ejecutado que no hubiere sido posible retrotraer, lo cual, como ya se mencionó, era de competencia del juez que declaró la nulidad del contrato.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, ello resulta evidente respecto de las pretensiones de incumplimiento, por cuanto, al no existir vínculo obligacional entre las partes, no es posible predicar el desconocimiento de obligación alguna y, por tanto, tampoco perjuicios derivados de aquél, lo que

[65] Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 30 de abril de 2014, proferida dentro del expediente radicado bajo

explica la razón de la revocatoria de la decisión de primera instancia en todo lo que a este aspecto concierne.

Ahora bien, en la sentencia de primera instancia el Tribunal accedió a la pretensión de nulidad del acto administrativo por medio del cual se declaró la caducidad del contrato de producción y distribución de licores y, como consecuencia de ello, condenó en abstracto a las entidades demandadas al pago del lucro cesante y del daño emergente que se habrían ocasionado con la medida; no obstante ello, si bien la nulidad del acto administrativo será confirmada por las razones expresadas en el acápite que antecede, el reconocimiento que realizó el Tribunal en relación con el lucro cesante deberá ser revocado, no así el de daño emergente, por las razones que pasan a exponerse:

Cuando se declara la caducidad de un contrato se impide que el contratista continúe ejecutado las obligaciones a las cuales se había comprometido y, por esa razón, se obstruye la posibilidad de que obtenga la utilidad que esperaba recibir por el cumplimiento de objeto contratado, razón por la cual, cuando se declara la nulidad de ese acto administrativo, el daño se hace evidente y, en consecuencia, surge la posibilidad de indemnizar al perjudicado con el reconocimiento a su favor del lucro cesante[66].

En el caso de autos, a pesar de que se mantendrá la nulidad del acto administrativo por medio del cual se declaró la caducidad del contrato de producción y distribución de licores, no es posible afirmar que la parte actora

---

el número interno 27096.

[66] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1614 del Código Civil, el lucro cesante corresponde a "*la ganancia o provecho que deja de reportarse*", o como en otras oportunidades lo ha señalado la Corporación, a "*la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro,*

hubiere sufrido la pérdida de la ganancia que esperaba percibir en razón de la ejecución del contrato, pues ello supondría, de suyo, la existencia y validez del negocio jurídico.

Por el contrario, lo que ocurre en este caso es que, dada la invalidez del contrato, éste no podía ser fuente de derechos y obligaciones y, por ello, una vez declarada su nulidad absoluta y, por tanto, erradicada cualquier posibilidad de producir efectos, quedó en evidencia que el contrato nunca debió ser celebrado y, consecuencialmente, que la parte actora, con la declaratoria de caducidad, no perdió derecho alguno de ejecutarlo y mucho menos de lucrarse de él, lo que lleva a concluir que, pese a la nulidad del acto administrativo, el daño reclamado no se configuró y, por tanto, no hay lugar a indemnizarlo.

Por lo anterior, la Sala deberá revocar en este punto la sentencia de primera instancia, pues al momento en que quedó ejecutoriada la providencia por medio de la cual se declaró la nulidad absoluta del contrato, el reconocimiento que del lucro cesante hizo el Tribunal a favor de la parte actora sobre la base de la existencia y validez del contrato quedó sin fundamento.

En lo que al daño emergente concierne, observa la Sala que la parte demandante lo hizo consistir en el valor de la cláusula penal que tuvo que pagar como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato, valor éste que, al corresponder a una tasación anticipada de perjuicios, deberá ser restituido a la parte actora, pues, como ya se advirtió, dada la ineficacia del negocio jurídico no es posible predicar incumplimiento respecto de ninguna de las partes que participaron en la relación negocial y, por contera, tampoco es posible que de esa circunstancia se derive indemnización alguna.

---

al patrimonio de la víctima". Consejo de Estado, sentencia del 4 de diciembre de 2006, radicado interno No. 13168.

Asimismo y teniendo en cuenta que el pago de la cláusula penal realizado por la Comercializadora de Licores del Magdalena por valor de $11'653.142,57, de conformidad con el comprobante de egreso No. 00579 y el oficio GG-1 003914 del 25 de junio de 1999, cuyo contenido no fue desvirtuado por la parte demandada, estaba amparado por unos actos administrativos cuya presunción de legalidad ya fue desvirtuada en este juicio, imperativo viene a ser ordenar en esta providencia su devolución, valor que actualizado a la fecha de la presente providencia asciende a la suma de $27'515.039,743, según la siguiente fórmula de actualización:

$$\textbf{Ra} = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde:

Ra: Renta actualizada a establecer;

Rh: Renta histórica que se va a actualizar: **3.500.000**, correspondiente al valor de la condena impuesta en primera instancia sin actualización.

Ipc (f): Es el índice mensual de precios al consumidor final, es decir, el correspondiente a la fecha en que se realiza la actualización: **131,281**[67].

Ipc (i): Es el índice mensual de precios al consumidor inicial, es decir, el correspondiente a la fecha en que la parte actora realizó el pago de la cláusula penal, esto es, según el oficio GG-1 003914, el 29 de junio de 1999: **55,600**[68].

Reemplazando tenemos:

[67] Tomado el 10 de mayo de 2016 a las 4 p-m., de la página web del Banco de la República, http://obiee.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Go&_scid=DIHQ2yfFC88.
[68] Ibídem.

Ra = $11'653.142,57 x $\frac{131,281}{55,600}$

Ra = $27'515.039,743

El reintegro estará a cargo de la Industria Licorera de Magdalena - en liquidación, en tanto que, además ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado, dotada de personería jurídica, de conformidad con el comprobante de egreso No. 00579 y el oficio GG-1 003914 del 25 de junio de 1999[69], fue esa entidad la que recibió el pago correspondiente a la cláusula penal. Se precisa que si bien en el proceso obran pruebas suficientes para establecer que la Industria Licorera de Magdalena inició proceso de liquidación obligatoria[70], no se tiene noticia de su finalización y, por tanto, de su extinción. En todo caso, si la entidad obligada al reintegro se hubiere extinguido, el pago deberá hacerlo la persona que, según la liquidación y la ley, deba asumir los pasivos.

Adicionalmente, se encuentra que la Comercializadora de Licores del Magdalena cedió 90% de sus derechos litigiosos, así: 78% a favor de la sociedad Inversiones Gaviota Ltda., 10% a favor del señor Jorge Valencia Arango y 2% a favor de la sociedad Balances y Finanzas S.A.; no obstante ello, dado que no obra en el expediente aceptación expresa de la parte demandada, en los términos de los dispuesto en el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil[71], los cesionarios deben ser considerados en el proceso

[69] Folios 541 y 542 del expediente.
[70] Folios 371 y 372 del cuaderno principal.
[71] El cesionario puede intervenir en el proceso del cual hace parte el evento incierto de la *litis* que adquirió, bien como litisconsorte de la parte cedente –caso en el cual no habrá sucesión procesal- o, bien sustituirlo dentro en el proceso, siempre y cuando la contraparte cedida acepte liberar al cedente. Al respecto, el inciso tercero del artículo 60 del C. de P. C., prevé: *"(...) El adquirente a cualquier título de la cosas o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente".*

como litisconsortes de la Comercializadora y, por ello, la orden de reintegro se hará únicamente a favor de esa sociedad.

4. No hay lugar a condena en costas.

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

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

FALLA:

1. REVOCAR la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2002 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia y, en su lugar, se dispone:

> **PRIMERO:** Declarar la nulidad de las Resoluciones 86 del 3 de noviembre de 1998 y 99 de 3 de diciembre de 1998, por medio de las cuales se declaró la caducidad de contrato de producción y distribución de licores del 15 de julio de 1993, así como la nulidad de las Resoluciones 174 del 12 de abril de 1999 y 179 del 3 de mayo de 1999, por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el negocio jurídico.
>
> **SEGUNDO:** En consecuencia, se ordena a la Industria Licorera del Magdalena, en liquidación, o, en caso de que esta se encuentre

extinguida, a quien hubiere asumido sus pasivos, reintegrar a la sociedad Comercializadora de Licores del Magdalena S.A. -COLIMAG -, el valor de $27'515.039,743, correspondientes al pago de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato.

TERCERO: Estarse a lo resuelto por el Tribunal Administrativo del Magdalena en la sentencia proferida el 4 de junio de 2008 dentro del proceso radicado con el número 47-001-2331-001-199504208-00, por medio de la cual se declaró la nulidad absoluta del contrato de producción y distribución de licores celebrado el 15 de julio de 1993, así como la nulidad absoluta de los otrosí que en virtud suya se suscribieron.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

2. Sin de condenar en costas.

3. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVASE** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON **MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO**

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA