

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 1

Magistrado Ponente FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, 12 FEB 2019

REFERENCIAS

ACCIÓN POPULAR

RADICACIÓN: 2005-0974-01
DEMANDANTE: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ Y OTROS

=====

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Tunja, el 16 de junio de 2011, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1.- LA DEMANDA. (Fls. 1-18)

1.1. Pretensiones.

En uso de la Acción Popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política y la Ley 472 de 1998, la Procuraduría General de la Nación, por intermedio del Procurador 46 Judicial II para Asuntos Administrativos, solicitó que se ampararan los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, presuntamente vulnerados por el Departamento de Boyacá, la Unión Temporal Licorandes Asociados, hoy INDUSTRIA DE LICORES DE BOYACÁ S.A., y los ex funcionarios del Departamento de Boyacá miembros del Comité Asesor para la Contratación del Departamento de Boyacá: los señores MIGUEL ÁNGEL BERMUDEZ ESCOBAR, ex

Gobernador; EDAGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR, ex Secretario General; NESTOR GERMAN GARCÍA VARGAS, ex Secretario de Hacienda, y MAGDA FABIOLA BECERRA URREA, ex Directora de Servicios Administrativos de la Gobernación, con la celebración del Contrato de Concesión No. 0001 del 15 de enero de 2003 cuyo objeto consistió en la producción, distribución y venta de licores destilados, objeto propio de arbitrio rentístico del Departamento de Boyacá, conforme la legislación vigente.

Para lograr la protección deprecada, solicitó que se declarara la NULIDAD ABSOLUTA del Contrato de Concesión No. 00001 de 2003, conforme lo dispone el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y que se restituyan las cosas a su estado anterior.

1.2. Hechos.

Dentro del escrito demandatorio se extraen como sustento de las pretensiones los siguientes hechos relevantes:

El Departamento de Boyacá y la Unión Temporal Licorandes y Asociados, hoy Industria de Licores de Boyacá S.A., suscribieron, el 15 de enero de 2003, el Contrato de Concesión No. 0001 de 2003 para la producción, distribución y venta de licores destilados en el Departamento de Boyacá.

El referido contrato fue el producto del proceso licitatorio No. 002-GB-2002, el cual fue adelantado con una serie de irregularidades que viciaron el procedimiento y, por ende, el contrato con nulidad absoluta. Tales irregularidades fueron las siguientes:

- no haberse publicado los avisos del proceso licitatorio en periódicos de amplia circulación, como lo exige la Ley 80 de 1993;
- ausencia tanto de estudios previos para la apertura de la licitación pública, como de las autorizaciones de que tratan los incisos 7-9 del artículo 27 y los incisos 1-3 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993;
- desconocimiento de los literales a) y b) del numeral 5 del artículo 24, y el numeral 7 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, al no preverse en el contrato el embargo por jurisdicción coactiva de la Industria de Licores y sus efectos contractuales;
- que la Industria de Licores de Boyacá no había sido liquidada cuando se adjudicó el Contrato de Concesión No. 0001 de 2003, de modo que el contrato se otorgó sin haberse resuelto definitivamente la situación jurídica de tal empresa.

De otro lado, el contrato mismo posee unos defectos graves, como lo es el desconocimiento del artículo 336 de la Constitución Política, puesto que el Departamento recibe únicamente el 5% de las utilidades producidas por el monopolio de licores, porcentaje lesivo al patrimonio público. De otro lado, desconoce también la Circular 110 de 2000 expedida por la Superintendencia de Salud, ya que en ella se dispuso que al menos el 51% de los dineros producidos en el monopolio de licores deben girarse a los departamentos para ser invertidos en salud y educación.

Por las protuberantes irregularidades referidas, la Procuraduría General de la Nación solicitó al Gobernador Miguel Ángel Bermúdez Escobar que suspendiera la ejecución el contrato de concesión del monopolio rentístico de licores del Departamento. Tal petición fue rechazada mediante la expedición de la Resolución 0154 del 23 de Julio de 2003 arguyéndose que no se podía suspender, terminar o caducar el contrato por no haber causa legal para hacerlo.

Pese a lo anterior, el Gobernador del periodo siguiente, Jorge Eduardo Londoño Ulloa, expidió las resoluciones 0226 de 2004 y 0227 de 2004 terminando y liquidando el referido contrato de concesión. Sin embargo, aquellas fueron suspendidas por este Tribunal mediante providencia del 15 de octubre de 2004, la cual fue recurrida en apelación concedida en efecto devolutivo.

Finalmente, en razón de las mismas irregularidades advertidas, la Procuraduría General de la Nación destituyó e inhabilitó para el ejercicio de funciones públicas, por el término de diez años, al ex Gobernador Miguel Ángel Bermúdez, quien celebró el referido contrato.

I.2.- DEL ALLANAMIENTO DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ. (774-803)

Visto el plenario, se constata que una de las entidades demandadas, el Departamento de Boyacá, se allanó a las pretensiones formuladas. Pese a la ineficacia que el Despacho de primera instancia confirmó a dicho acto procesal, por no provenir el allanamiento de la totalidad de los demandados (fls. 890-892), los argumentos y hechos esgrimidos por la entidad territorial resultan relevantes para resolver el fondo del asunto.

La entidad demandada se allanó en razón a lo que consideró protuberantes violaciones a la moralidad administrativa del proceso licitatorio y del contrato celebrado. Adujo que la Procuraduría General de la Nación le pidió al Gobernador de Boyacá de la época, que suspendiera inmediatamente la ejecución del referido contrato, a la cual el funcionario se negó. Finalmente, tras un proceso disciplinario, el mismo ente de control destituyó e inhabilitó para el ejercicio de funciones públicas al ex Gobernador Miguel Ángel Bermúdez Escobar, por haber cometido a título de dolo, faltas gravísimas en la celebración del contrato de concesión 001 de 2003.

Manifestó que la Superintendencia Nacional de Salud advirtió al Departamento que las personas pertenecientes a la Unión Temporal Licorandes eran totalmente ajenas a la producción, venta y distribución de licores.

Advirtió que en el proceso previo a la contratación acaecieron grandes irregularidades, como por ejemplo, que el ex Gobernador Miguel Ángel Bermúdez Escobar se auto facultó mediante decreto para poder contratar la concesión del monopolio rentístico, ya que la Asamblea Departamental no tramitó Ordenanza ninguna con dicho fin. Así las cosas, el proyecto de Ordenanza 058 de 2002, que tenía tal propósito, resultó archivado, sin que se tramitase posteriormente uno nuevo.

También arguyó que con el contrato 001 de 2003, el Departamento de Boyacá puso a disposición de la Unión Temporal Licorandes y Asociados bienes que eran de la titularidad de la Industria de Licores de Boyacá, y que, por tanto, no eran de propiedad del ente territorial, tales como infraestructura, fórmulas químicas y nombre comercial de los licores, entre otros.

Sostuvo que el contrato no dio cumplimiento a la Circular Externa 110 de 2000 de la Superintendencia de Salud, la cual señala que en virtud del artículo 336 Constitucional, deben destinarse el 51% de las utilidades de la explotación del monopolio rentístico de licores a la salud y/o a la educación.

Previno que la celebración del contrato de concesión 001 de 2003 se efectuó sin realizar estudios previos. Si bien es cierto, se ha manifestado que el requisito de los referidos estudios se surtió con una tesis de grado elaborada por estudiantes universitarias para optar por el título de economistas, aquel proyecto no fue realizado por la entidad, ni se contó con la autorización de sus autoras para utilizarlo. Por lo anterior, las referidas economistas interpusieron

acción de reparación directa en contra del Departamento de Boyacá. (Rad. 2004-2958).

Refirió que mientras las utilidades que percibe el Departamento por tal contrato son irrisorias, las del concesionario son fabulosas. Además, el Departamento tiene como utilidades únicamente el 5% de las ventas, pero sólo recibe efectivamente el 3%, pues el otro 2% es manejado directamente por el contratista para mitigar externalidades o financiar otros proyectos que se concerten con la comunidad y el Departamento, como lo prevé la cláusula 8 del contrato de concesión.

También adujo que comparativamente con otros departamentos, el Departamento de Boyacá está en pésimas condiciones económicas, pues el porcentaje del 3% efectivamente recibido es irrisorio. Por ejemplo, el Departamento del Huila recibe, por un contrato de concesión similar, el 12.5% de las ventas brutas. Santander recibe el 9.33%. Magdalena y Atlántico reciben el 15% de las ventas. Igualmente, Caldas ha ofrecido al Departamento de Boyacá el 8% de las ventas si le permite explotar el monopolio de introducción y distribución, no el de producción.

I.3.- LA SENTENCIA APELADA. (fls. 2270-2370)

El A quo accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, amparando los derechos colectivos ya reseñados, vulnerados por el Departamento de Boyacá y la Unión Temporal Licorandes y Asociados, operada mediante la sociedad Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I., al encontrar que en el proceso licitatorio que terminó con la suscripción del contrato de concesión 001 de 2003 se conculcó la moralidad administrativa, y que el contrato ejecutado por las partes referidas contiene una cláusula que viola el patrimonio público.

Por lo anterior, declaró la suspensión del contrato de concesión 001 de 2003 suscrito entre las partes y condicionó la duración de tal suspensión hasta que se defina la legalidad del referido contrato en el proceso adelantado en el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, con radicado 2007-473. Sin embargo, para no privar al Departamento de los recursos provenientes del contrato de concesión, decidió que el actual concesionario continuara con la ejecución de sus actividades, hasta que se entregara y cumpliera el cronograma referido.

Igualmente, ordenó al Departamento de Boyacá realizar en forma inmediata a la ejecutoria de la providencia de primera instancia, y hasta tanto no se defina el proceso contractual con radicado 2007-0473, un estudio técnico para determinar la forma idónea de ejecutar la explotación económica del monopolio de licores, que reúna no sólo las consideraciones económicas y financieras del caso, sino también todos los condicionamientos constitucionales, legales y reglamentarios pertinentes. De lo anterior, deberá presentarse un cronograma viable, que permita ejecutar las conclusiones extraídas para adelantar la referida explotación, llevando a cabo la modalidad contractual sugerida y todas aquellas recomendaciones señaladas en el estudio elaborado.

De otro lado, ordenó a los integrantes de la Unión Temporal Licorandes y Asociados que suspendieran inmediatamente cualquier inversión y ejecución de los recursos correspondientes al 2% sobre ventas de que trata la cláusula octava del Contrato de Concesión No 001 de 2003, y que tales dineros fueran girados en forma directa al Departamento de Boyacá, quien los ejecutaría dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 336 de la Constitución Política.

Antes de explicar los fundamentos jurídicos del fallo, el Despacho de Primera Instancia se dio a la tarea de resolver las excepciones planteadas por los accionados, así:

- Que operó la falta de legitimación por pasiva respecto de los ex funcionarios del Departamento que participaron en el proceso contractual en estudio. Tal excepción encuentra prosperidad en razón de la derogatoria expresa que efectuó la Ley 1425 de 2010 de los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, los cuales consagraban la legitimación por pasiva y la responsabilidad patrimonial de los ex funcionarios en las acciones populares cuando las mismas versaran sobre la protección de moralidad administrativa o de sobrecostos u otras irregularidades contractuales. Aunque precisó que tal derogatoria no exime a los referidos ex funcionarios de una futura y eventual repetición, sí los deslegitima por pasiva en la presente acción, como quiera que ellos obraron en nombre del Departamento de Boyacá.

- A continuación, procedió a resolver las excepciones planteadas por la Industria Licorera de Boyacá S.A. C.I. consistentes en abuso de la acción popular para ventilar la nulidad de un contrato estatal e improcedencia de la acción popular para ventilar la ecuación contractual. Al respecto, precisó que la Acción Popular tiene por fin proteger los derechos colectivos, por lo que es compatible con las acciones ordinarias., pues es de naturaleza principal y no

subsidiaria, de modo que no está condicionada a que se haga uso de los demás mecanismos procesales ordinarios y en ella pueden ventilarse asuntos similares a los tratados en las ordinarias, con la diferencia que su objeto es conjurar las violaciones a los derechos colectivos.

Resueltas las excepciones planteadas, el A quo efectuó unas consideraciones jurídicas en torno a la naturaleza de las acciones populares, a la carga de la prueba, a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la protección al patrimonio público, al contrato de concesión frente al monopolio de licores, al agotamiento de jurisdicción entre la acción popular y la acción contractual, y frente a los efectos de la acción popular en relación con los contratos estatales.

También efectuó unas consideraciones jurídicas en torno a las falencias contractuales alegadas por la parte actora, es decir, la ausencia de estudios previos para contratar, la ausencia de publicidad adecuada de la licitación pública, la extralimitación de funciones del Gobernador al faltar habilitación para contratar por parte de la Asamblea, del alcance del artículo 336 de la Constitución Política, y sobre el desconocimiento del proceso de jurisdicción coactiva llevado en contra de la Industria de Licores de Boyacá.

De tales consideraciones jurídicas, concluyó que el objeto de la acción popular y el de la acción contenciosa administrativa ordinaria son diversos pues tienden a proteger intereses jurídicos diferentes, que mientras la acción popular no tiene la finalidad de anular el contrato estatal, pues esta es la pretensión propia de una acción contractual, el juez popular sí puede adoptar otras medidas para salvaguardar los derechos colectivos que encuentre vulnerados. Así las cosas, no existió agotamiento de jurisdicción entre una acción popular y una acción ordinaria de controversias contractuales.

De otro lado, señaló que la moralidad administrativa es un derecho colectivo en blanco, que posee dos componentes, el respeto de la legislación vigente y un componente de rectitud en la función pública. Por ello, la violación a la moralidad administrativa contiene un doble aspecto, uno de naturaleza objetiva y otro de naturaleza subjetiva.

De forma posterior a las consideraciones jurídicas, procedió a estudiar el caso concreto, analizando uno a uno los puntos propuestos por la parte actora:

- La presunta inexistencia de estudios previos de conveniencia y oportunidad.
- La falta de publicación de los avisos de licitación pública en diarios de amplia circulación.
- La extralimitación en las funciones del Gobernador, al contratar sin tener autorización de la Asamblea.
- Imprevisión en el pliego de condiciones sobre la situación de embargo por jurisdicción coactiva de la Industria Licorera de Boyacá.
- Celebración del contrato sin culminar la liquidación de la Industria Licorera de Boyacá.
- Pacto de utilidades a favor del Departamento con desconocimiento del artículo 336 de la Constitución Política y la Circular 110 de 2000 de la Superintendencia de Salud.

En relación con la inexistencia de estudios previos de conveniencia y oportunidad, señaló que éstos son una obligación inexcusable de la administración pública y que conforme la Ley 80 de 1993 su ausencia genera la invalidación con nulidad absoluta del contrato estatal.

Precisó que no pueden tenerse por estudios previos los referidos por la parte accionada, es decir, los estudios elaborados por la Superintendencia de Salud con el fin de proceder a la liquidación de la Industria Licorera de Boyacá ni el documento denominado "perspectiva reactivación empresarial de la industria licorera de Boyacá en el marco de la Ley 550", porque los primeros tienen por objeto únicamente la liquidación de la referida empresa, y el segundo, por su parte, obedece a una tesis de grado, cuyos derechos de autor corresponden a sus escritoras, las cuales no han autorizado para que su tesis fuese utilizada como estudios previos, ni la misma fue mandada a realizar para la situación concreta del proceso licitatorio.

En la falta de estudios previos, el Juzgado encontró una vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa, pero no por el mero desconocimiento de la legalidad, sino porque tal ausencia, en un proceso contractual de tal envergadura, demuestra un interés egoísta, contrario a un comportamiento recto y ordenado al interés general, además que con ello se violó el deber de planeación y optimización en la contratación estatal.

En relación con la falta de publicación adecuada, encontró que el artículo 30-3 de la Ley 80 de 1993 no contiene una definición acerca del concepto "diario de amplia circulación en el territorio o jurisdicción donde se va a contratar", y, por tanto, concluyó que el

requisito se cumplió al haberse efectuado las publicaciones en el periódico Nuevo Siglo, medio de comunicación que no sólo circula en medio físico, sino que también posee un portal web que masifica el alcance de la información, al cual otras entidades de la administración publican sus informaciones licitatorias de igual naturaleza. Finalmente, la publicidad se vio reforzada porque la información relativa a la licitación también fue publicada en el boletín de Confecámaras (fl. 2106-2109), medio ampliamente consultado por los comerciantes y los posibles interesados.

De otro lado, en relación con la extralimitación en las funciones del Gobernador al contratar sin tener autorización de la Asamblea, el A quo halló otra vulneración a la moralidad administrativa, pues encontró probado que el Gobernador contrató la concesión sin tener la anotada autorización, en un asunto donde la misma es requerida expresamente. También encontró probado un segundo comportamiento inmoral, como lo fue la autohabilitación para contratar en caso de no contar con la autorización de la Duma Departamental.

Si bien obra en el expediente copia de la Ordenanza 058 de 2001 en la cual se lee una autorización general para contratar, ella no es suficiente para el caso concreto, pues el Decreto 1222 de 1986, en su artículo 121, establece que es competencia de las Asambleas regular el monopolio de licores. Igualmente, en la Ordenanza 54 de 2004 (que no estaba vigente al momento de la contratación, pero señala el querer posterior de la Asamblea) se establece la necesidad de autorización expresa al Gobernador para que pueda contratar con terceras personas la concesión del monopolio rentístico de los licores.

También, el Consejo de Estado, en providencia proferida en el marco del proceso¹ que estudiaba la legalidad de las Resoluciones 226 del 25 de agosto de 2004 y la Resolución 227 de 26 de agosto de 2004 (que suspendían el contrato de concesión referido), señaló que el Gobernador requería autorización expresa de la Asamblea para poder contratar la concesión del monopolio de licores.

El A quo encontró que en el Decreto Departamental 1688 de 2001 obra una autohabilitación para contratar, ya que en él se prescribía que en el evento que no fuera expedida la autorización por parte de la Asamblea para concesionar el monopolio rentístico de los licores mediante Ordenanza, el Gobernador lo haría por decreto.

¹ Exp. No. 1500123310002004-01 (AP-02106).

Acto seguido precisó que el monopolio rentístico de los licores pertenece al Departamento y no a la Industria Licorera de Boyacá, motivo por el cual podía entregar en concesión su explotación, aunque la mencionada empresa estuviera cobijada por un proceso de liquidación coactiva o estuviera incurso en un proceso inconcluso de liquidación, situación que deja sin fundamento dicho cargo.

Finalmente, en cuanto al pacto de utilidades a favor del Departamento con desconocimiento del artículo 336 de la Constitución Política y la Circular 110 de 2000 de la Superintendencia de Salud, señaló la primera instancia que la cláusula contractual que faculta al concesionario para administrar e invertir el 2% de las utilidades, se constituye en una violación al derecho colectivo al patrimonio público ya que convierte a un particular en ordenador del gasto.

Sin embargo, no comparte la postura esgrimida por el actor en lo relativo a la inversión del 51% de las utilidades de la explotación de la concesión efectuada en salud y educación, puesto que tal porcentaje puede completarse con los valores generados por el imponible y por las demás participaciones porcentuales generadas en el monopolio del licor. Así, en ese 51% debe incluirse las utilidades, el impuesto al consumo, la participación porcentual, las estampillas creadas por las ordenanzas departamentales, los derechos de explotación del monopolio de licores cuando se haya entregado en concesión, ya sea para la producción, introducción o venta de licores.

I.3.- EL RECURSO DE APELACIÓN. (fls. 447, 454-457)

Inconforme con la decisión de primera instancia, la Industria de Licores S.A. C.I. junto con la Promotora Internacional de Negocios, Atlantis Commercial Group Colombia, la Comercializadora de Cementos E.A.T. y Fernando Edmundo Acevedo Quiñones como miembros de la Unión Temporal Licorandes Asociados, impugnaron oportunamente el fallo proferido, solicitando que se revocara íntegramente la decisión del A Quo, porque:

- el fallo desconoce la unicidad de la función jurisdiccional;
- no existe prueba sobre la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa ni al patrimonio público por parte de los apelantes;
- faltó integrar correctamente el litisconsorcio necesario, como quiera que no se vincularon a todos los miembros que

conformaban la Unión Temporal Licorandes y Asociados al momento en que se suscribió el contrato de concesión 0001 de 2003, en el entendido que las vulneraciones a los derechos colectivos que se refieren son de tipo subjetivo y no de naturaleza objetiva, de modo que tienen derecho a ejercer su defensa;

- el fallo desconoce que la Unión Temporal Licorandes y Asociados es un particular ajeno a la administración y, por lo tanto, no puede violar los derechos colectivos en la forma como se le imputa;
- el fallo expone al Departamento de Boyacá a una demanda millonaria, porque cercena un contrato pactado a veinte años por causas ajenas a la voluntad y culpa del contratista.

Los respectivos argumentos fueron desarrollados de la siguiente forma:

a) En relación con el agotamiento de la jurisdicción, señala que se aplica siempre que un mismo asunto es llevado a dos autoridades judiciales diferentes. En tal sentido, para agotar la jurisdicción, no es un hecho relevante la clase de acción interpuesta, ni su nombre, sino únicamente la identidad de objeto. El agotamiento de jurisdicción busca proteger la seguridad jurídica evitando la existencia de dos soluciones dispares en torno a un mismo asunto.

Adujo que el Consejo de Estado ha aplicado el agotamiento de jurisdicción entre acciones populares y acciones contractuales. Por ejemplo, en la sentencia del Consejo de Estado AP 537 de 2002, Consejera ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez, se declaró agotada la jurisdicción para una acción popular, porque existía previamente una acción de naturaleza ordinaria que materialmente pretendía la protección de los derechos colectivos vulnerados y aducidos en la acción popular.

Al constatarse que el proceso ordinario de controversias contractuales con radicado 2007-0473 y la acción de la referencia son idénticas en objeto, en partes, pretensiones y hechos, no tiene sentido su existencia paralela y debe declararse agotada la jurisdicción para la presente Acción Popular.

En otro sentido, no es tan claro que la presente acción popular sea realmente una acción principal, como quiera que el fallo mismo está condicionado al pronunciamiento de la acción contractual ordinaria. Es más, al ser incierto el resultado del proceso judicial ordinario, resultaría altamente lesivo cumplir las órdenes de la acción de la

referencia, ya que en caso de discordancia se incurriría en un eventual daño antijurídico.

b) En relación con la ausencia de prueba sobre la violación de la moralidad administrativa, señaló el apelante que el juzgado incurrió en una grave contradicción. Por un lado, atribuyó a la moralidad administrativa un componente objetivo de ilegalidad y uno subjetivo de corrupción, deshonestidad, abuso, desviación de poder, mala fe, interés torticero, egoísta o amañado de la persona administrativamente inmoral, pero por otro lado, no se halla sustento probatorio ninguno en el cual pueda evidenciarse tal factor personal.

Además de lo anterior, comete la sentencia recurrida un yerro fundamental al atribuir responsabilidad a la Unión Temporal Licorandes y Asociados, cuando tal Unión Temporal no es una persona jurídica. En efecto, los yerros, culpas o imputaciones subjetivas no pueden atribuirse en forma genérica a la Unión Temporal, cual si fuera una persona jurídica, sino debe señalarse el individuo que cometió la culpa, dolo, negligencia o el interés amañado, pues un título de atribución subjetivo no puede imputarse a una persona indeterminada o que no existe.

De otro lado, parecería que el fallo imputara responsabilidad penal a las personas que intervinieron en la celebración del contrato, cuando señala que el interés de los funcionarios de la Gobernación fue egoísta. Tal situación se acompañaría con los punibles de interés indebido en la celebración de contratos o de concierto para delinquir. Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, en abril de 2006, precluyó la investigación abierta en contra del ex Gobernador Miguel Ángel Bermúdez Escobar por los mismos hechos.

También señaló que el Consejo de Estado y el Tribunal de Boyacá han sido enfáticos en exigir, para que se configure una vulneración a la moralidad administrativa, la existencia de un interés egoísta en la expedición de los actos administrativos. Como no existe sustento probatorio suficiente, se ha incurrido en un error de hecho, adoptándose conclusiones sin prueba.

Sin existir el juicio de inmoralidad de las personas involucradas, la sentencia de primera instancia es insostenible, por ser un requisito necesario para demostrar una vulneración a la moralidad administrativa. Al no estar probada dicha inmoralidad, y haberse desvirtuado por la Fiscalía la comisión de punibles, el fallo de instancia debe ser revocado.

Enfatiza finalmente que además de lo anterior, la contratista no se encontraba en posición de exigir la hechura de los estudios previos presuntamente faltantes por dos razones, la primera, que en la resolución que ordenó la apertura de la licitación pública se prevenía de su existencia, la segunda, que el deber de realizarlos no es propio del contratista sino de la entidad contratante. Por tanto, no existe un nexo de causalidad entre el contratista y la violación a la moralidad administrativa y las consecuencias que se le endilgan.

c) Respecto de la falta de integración del litisconsorcio necesario, resalta que las uniones temporales no son personas jurídicas, razón por la cual las acciones que implican una actuación subjetiva reprochable, sólo son oponibles a su responsable directo, quien debe ser oído en juicio cuando las mismas son ventiladas. Como en este caso la presunta vulneración a la moralidad administrativa se llevó a cabo en el momento mismo de la suscripción del contrato, las personas llamadas a defender sus propias actuaciones, y por lo tanto las legitimadas por pasiva, son aquellas que conformaron la Unión Temporal en el momento mismo de la suscripción del contrato y no los actuales miembros.

Obrar en forma contraria a lo anterior, implica atribuir personalidad jurídica a la Unión Temporal, ya que, se reitera, las conductas investigadas no son de naturaleza puramente objetivas, sino se trata de conductas tanto personal como subjetivamente reprochables.

Muy al contrario de lo razonado por el A Quo, no puede entenderse que la cesión de derechos implique también la cesión de las excepciones personales del cedente (Art. 1964 Código Civil), ni que el cesionario deba responder por la validez del negocio jurídico cedido (Art. 890 del Código de Comercio). Por el contrario, es el cedente quien está llamado a responder sobre la validez del acto que cede, y sólo a aquél pueden oponérsele las excepciones personales.

De acuerdo a lo anterior, en el proceso ha ocurrido una nulidad insanable, ya que se omitió la notificación de todas aquellas personas que conformaban la Unión Temporal en el momento mismo de la suscripción del contrato.

e) Respecto de la exposición del Departamento de Boyacá a una demanda millonaria, aduce que el contratista no debe cargar con los errores contractuales en que incurrió la entidad contratante, así que la anulación del contrato o la pérdida de sus efectos, irroga un daño antijurídico a la Unión Temporal, pues ha efectuado inversiones y tenía unas serias expectativas de un contrato a veinte años, y está

en toda su legitimación para reclamarlo, lo cual irrogaría un perjuicio incalculable al Departamento.

Después de explicar lo anterior, manifestó el apelante los siguientes argumentos de defensa, que tenían por fin desvirtuar los motivos que llevaron al Juez de Primera Instancia a tomar la decisión apelada.

a) Respecto de la existencia de estudios de conveniencia y oportunidad, adujo que no se puede perder de vista que los estudios previos poseen una clarísima razón de ser: conocer la necesidad para contratar, el objeto del contrato, sus especificaciones, los fundamentos jurídicos, la forma como ha de hacerse la selección de la modalidad contractual, el valor del contrato y las variables para calcularlo (dejando a salvo que en las concesiones no se revela el modelo financiero). En los estudios previos también se fundan los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, los riesgos del contrato, la persona que debe asumirlos y las garantías que se deben exigir.

Como toda aquella temática quedó cubierta con los estudios acogidos en el proceso contractual, no tiene sentido castigar sustancialmente el proceso con la falta de existencia de estudios técnicos. Otro tema diferente sería que tales estudios consistieran en los efectuados por otra entidad, como la Superintendencia de Salud o a una tesis de grado. Sin embargo, ello no deroga el principio constitucional de la coordinación y colaboración armónica entre las entidades públicas, ni que la contratación se efectuó teniendo en cuenta criterios técnicos objetivos.

No se puede pensar que la contratación en cuestión se trató de un proceso ciego, sino que, por el contrario, se efectuó en cumplimiento de un deber constitucional (art. 336 de la C.P.), en una contratación eminentemente reglada (Ley 80), con las condiciones y requerimientos técnicos que de antemano se le imponen (Decreto 3192 de 1983) y con las condiciones impositivas de la misma (Decreto 1222 de 1986, Ley 788 de 2002 y ordenanzas 053 y 054 de 2004).

Por todo lo anterior, el requisito de estudios previos estuvo satisfecho en su plenitud.

b) Señaló que no existe norma legal expresa que imponga al Gobernador la necesidad de contratar la cesión del monopolio de licores contando con autorización expresa de la Asamblea Departamental. En efecto, la Corte Constitucional ha precisado en la

sentencia C-086 de 1995 que las autorizaciones expresas referidas en los artículos 150-9, 300-9 y 313-3 de la Carta Política no pueden convertirse en la norma general. Igualmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha dicho en Concepto del 05 de junio de 2008 que la autorización expresa para contratar se refiere a aquellos eventos excepcionales que las corporaciones colegiadas señalen, de acuerdo a una razonada proporción. En tal sentido, no puede convertirse en regla lo que una excepción.

Una cosa es que las Asambleas deban regular el ejercicio del monopolio rentístico, como lo ordena el Decreto Ley 1222 de 1986, y otra cosa es que se requiera autorización expresa para contratar.

c) Tampoco es cierto que la concesión del monopolio rentístico vulnere el patrimonio público, como lo manifestó el A quo, puesto que ha sido probada la gestión del concesionario, y el Departamento ha recibido utilidades por nueve mil millones de pesos, en los ocho años de ejecución del contrato. (fls. 2007-2009).

d) La ejecución directa del 2% de las utilidades por parte del concesionario no viola el patrimonio público, puesto que dicho 2% nació de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y no es imposición de ninguna norma. Al momento que el Departamento efectuó su propuesta contractual previó, en el ítem 3.6 del capítulo III del pliego de condiciones, que la utilidad mínima para el Departamento consistía en el 3% del valor de su correspondiente impuesto de participación o impuesto al consumo (página 37 el pliego de condiciones), y la Unión Temporal, de forma adicional, le ofreció el 2% referido, para ser invertido conforme al Plan de Desarrollo Departamental y mitigar las externalidades. Situación que es legalmente viable conforme al artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, como la inversión de tales recursos se efectúa en el marco de la autonomía de la voluntad no puede dársele el alcance conferido por el A quo, es decir, tornar a la Unión Temporal Licorandes y Asociados como ordenador del gasto conforme el Decreto 111 de 1996, pues los mismos no obedecen a una sección del presupuesto, pues tales recursos no son ingresos tributarios, ni son tasas, ni multas, no siendo parte de los ingresos del Departamento, conforme lo estipula el artículo 27 del Decreto 111 de 1996.

I.4.- LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA. (Fl. 2447)

En esta etapa procesal guardaron silencio tanto el actor popular como el Ministerio Público. La parte demandada reiteró los argumentos esgrimidos en el escrito de apelación.

II. CONSIDERACIONES

Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática en discusión, la Sala abordará, en su orden, *i.* lo que se debate en segunda instancia y formulación del problema jurídico, *ii.* la relación de los hechos probados, *iii.* el estudio y solución del caso concreto, y, finalmente, *iv.* la conclusión y el sentido de la decisión.

II.1.- LO DEBATIDO EN SEGUNDA INSTANCIA Y PROBLEMA JURÍDICO.

1.1. En síntesis, el A quo accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, por considerar que se había vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa por parte del Departamento de Boyacá en cuanto omitió los estudios previos de conveniencia y oportunidad para la licitación pública que terminó en contrato de concesión No. 001 de 2003, cuyo objeto es la explotación del monopolio rentístico de licores en Boyacá a través de la Unión Temporal Licorandes y Asociados, y porque el Gobernador del Departamento de Boyacá celebró dicho contrato sin contar con autorización expresa de la Asamblea Departamental para tal efecto.

A su vez, consideró que se había vulnerado el derecho colectivo al patrimonio público, ya que el referido contrato constituyó al contratista en gestor del gasto, al permitirle invertir directamente un 2% de las utilidades propias del Departamento.

1.2. La parte apelante considera que debe revocarse el fallo impugnado, porque no logró demostrarse una auténtica violación a la moralidad administrativa, y que en todo caso, la Unión Temporal no es responsable y no debe cargar las consecuencias de las presuntas faltas referidas en la providencia recurrida; porque materialmente sí existieron estudios de conveniencia y oportunidad, porque el contrato está generando utilidades efectivas al Departamento y, en tal sentido, está protegiendo el patrimonio público, y porque el Gobernador no requería autorización expresa para celebrar el contrato referido.

Igualmente, señala que debe revocarse el fallo, porque se encuentra agotada la jurisdicción en relación con la acción de controversias contractuales promovida entre las mismas partes y con el mismo objeto; además, porque en el proceso de la referencia ha ocurrido una nulidad insubsanable por la falta de integración del litisconsorcio necesario, dando a la Unión Temporal un tratamiento de persona jurídica; y finalmente, porque su confirmación generaría un daño antijurídico a la Unión Temporal Licorandes y Asociados, exponiendo al Departamento a una millonaria demanda, generándose entonces sí, una vulneración al patrimonio público.

1.3. De acuerdo con la presentación de las tesis de los intervinientes, corresponde a la Sala determinar, en primer lugar, si es procesalmente viable dictar fallo de segunda instancia en el proceso de la referencia, o si, por el contrario, debe declararse nulidad insaneable, ya sea por agotamiento de jurisdicción con la acción de controversias contractuales de radicado 2007-473, o por la falta de integración del litisconsorcio necesario correspondiente a la totalidad de los miembros que conformaban la Unión Temporal Licorandes y Asociados al momento de la celebración del referido contrato de concesión.

Habiendo superado el punto anterior, deberá la Sala resolver las siguientes preguntas jurídicas:

- 1) ¿En el proceso licitatorio que culminó en el contrato 001 de 2003, que tiene por fin la concesión de la explotación del monopolio rentístico de los licores en el Departamento de Boyacá, existieron o no estudios previos de conveniencia y oportunidad?
- 2) En caso de probarse su ausencia, ¿ocurrió alguna inmoralidad administrativa, o comportamiento subjetivamente reprochable por la falta de los mismos?
- 3) ¿Requería el Gobernador de Boyacá autorización expresa de la Asamblea Departamental para conceder a un particular la explotación del monopolio rentístico de los licores en el Departamento de Boyacá?
- 4) En el evento de ser necesaria dicha autorización, ¿la misma existió o no?
- 5) En caso de requerirse autorización de la Duma, y la misma ser inexistente, ¿ocurrió alguna inmoralidad administrativa, o comportamiento subjetivamente reprochable por la falta de los mismos?
- 6) ¿Vulnera el patrimonio público la inversión directa por parte de la Concesionario de un 2% de las utilidades relativas al contrato de concesión 001 de 2003?

- 7) ¿Puede una acción popular suspender un contrato que ha violado derechos colectivos, debiendo el particular contratista sufrir las consecuencias de tal suspensión?
- 8) ¿Es viable declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal en sede de la acción popular?.

II.2.- LOS HECHOS PROBADOS.

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

2.1. En relación con el monopolio rentístico de licores en Boyacá.

* El artículo 6º de la Ordenanza 031 del 22 de diciembre de 2000, haciendo una transcripción literal del artículo 336 de la Constitución Política, dispone que *"El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley."* (fl. 1075)

De otro lado, en la misma Ordenanza se dispone que el monopolio rentístico de los alcoholes comprende los licores nacionales (Art. 40, fl. 1085) y que se denominarán licores departamentales los producidos, importados o envasados por la Industria Licorera de Boyacá (art. 42, fl. 1086). Sin embargo, también se prevé que el Gobierno Departamental puede celebrar convenios con personas de derecho público o privado para la producción, introducción y venta de licores destilados nacionales, siempre y cuando se establezca la participación del Departamento. (art. 40, fl. 1086)

* El Gobernador de Boyacá, conforme a la necesidad de expedir una nueva reglamentación del monopolio rentístico de los licores que permitiera operar el mismo por vía de un tercero concesionario, radicó el proyecto de Ordenanza 058 de 2002, que tenía por fin facultarlo para regular por Decreto el ejercicio del monopolio rentístico de licores y para celebrar los contratos necesarios, como la concesión del monopolio de licores con el fin de garantizar la explotación del mismo. (fl. 184 anexo 1 cuaderno rta. Gobernación de Boyacá).

El referido proyecto fue archivado y nunca se le dio trámite. (fl. 178 anexo 1 cuaderno rta. Gobernación de Boyacá).

2.2 En relación con la vida jurídica del Contrato de Concesión 01 de 2003.

* Según la cláusula primera del contrato de concesión No. 01 de 2003, suscrito entre el Departamento de Boyacá y la Unión Temporal Licorandes y Asociados, la referida concesión fue celebrada en el marco de las Ordenanzas 0018 del 22 de agosto de 2001, 039 del 30 de noviembre de 2001 y 023 del 10 de septiembre de 2002; de los Decretos Ordenanzaes 1688 del 30 de noviembre de 2001, 0453 del 28 de febrero de 2002 y 2157 del 10 de octubre de 2002 (clausula primera del contrato, fl. 8 cuaderno de pruebas solicitadas a la Dra. María Margarita Zuleta González, anexo dos).

Las referidas normas departamentales tratan lo siguiente:

* La Ordenanza 018 del 2 de agosto 2001 facultó al Gobernador, por cuatro meses, para *"Determinar y adoptar la estructura administrativa de la Administración Central y Descentralizada del Departamento de Boyacá, para lo cual podrá crear, suprimir, y fusionar Secretarías, Dependencias, y demás organismos de la Administración Departamental. Así mismo podrá reformar o dictar los estatutos básicos de la Entidades Descentralizadas"* (fl. 27, cuaderno pruebas solicitadas a la Dra. Margarita Zuleta González, anexo 3). De otro lado también le permitió modificar el presupuesto con el fin de poner en funcionamiento la nueva planta administrativa. (fl. 27-29, cuaderno pruebas solicitadas a la Dra. Margarita Zuleta González, anexo 3).

En conclusión, la referida Ordenanza permitió modificar la estructura administrativa descentralizada del Departamento, en la cual se encontraba inserta la Industria Licorera de Boyacá, pero no le permitió regular el monopolio rentístico de licores, es decir, no le permitió elegir los procedimientos o formas económicas para establecer la adecuada explotación del monopolio rentístico.

* La Ordenanza 023 del 10 de septiembre de 2002 facultó al Gobernador para que reestructurara el Departamento con el fin de dar cumplimiento a la Ley 617 de 2000, autorizándolo para determinar y adoptar la estructura administrativa de la Administración Central y Descentralizada del Departamento de Boyacá, pudiendo crear, suprimir y fusionar Secretarías, Dependencias y demás organismos de la Administración Departamental, determinar sus funciones, escalas de remuneración, y modificar el presupuesto con el ánimo de ejecutar las modificaciones señaladas. (fl. 1294)

La Asamblea Departamental, mediante la Ordenanza 039 de 2002, debió adicionar dicha autorización, confiriéndole también la posibilidad de crear los estatutos de las entidades descentralizadas referidas, como quiera que la facultad de la Ordenanza 023 de 2002 era insuficiente para tal fin. (fl. 1298)

* En el Decreto Ordenanzal 1688 del 30 de noviembre de 2001, por el cual se suprime la Industria Licorera de Boyacá y se ordena su liquidación, que fue expedido con las facultades conferidas por la Ordenanza 018 de 2001, consagra lo siguiente:

"Art. 8 (...) la Asamblea del Departamento de Boyacá regulará las condiciones en las cuales se ejercerá el monopolio de producción de licores o su defecto gravará esas industrias y actividades. Hasta que ello ocurra, dada la supresión que por mandato del presente acto se ordena, la Industria Licorera de Boyacá podrá seguir ejerciendo dicha producción, distribución y venta, hasta la fecha tope de su liquidación, y siempre que el cronograma de liquidación lo permita.

Si tal regulación no fuere expedida, de acuerdo con el cronograma de liquidación que se establezca, se procederá a celebrar los contratos o convenios pertinentes por parte del Departamento para garantizar el ejercicio del monopolio, durante la transición, para cuyo efecto se autoriza al Gobernador del Departamento para concesionar la producción hasta por el término de dos (2) años, celebrar convenios interadministrativos con otros departamentos para producir y vender los licores objeto del monopolio. O en todo caso, de conformidad con las disposiciones legales, defender el ejercicio del monopolio rentístico." (fl. 37, cuaderno de pruebas solicitadas a la Doctora María Margarita Zuleta González, anexo 4).

En tal perspectiva, el Decreto con fuerza de Ordenanza reiteró la necesidad de regulación del monopolio rentístico por parte de la Asamblea, y confirió una nueva autorización al Gobernador para que concesionara temporalmente el monopolio rentístico en caso que la referida regulación no fuera expedida.

* En el Decreto 0453 de 28 de febrero de 2002, que reglamentó el Decreto 1688 de 2001 que dispuso la supresión y liquidación de la industria licorera de Boyacá, puede leerse en el artículo 24 que los bienes que posee la Industria Licorera de Boyacá serán utilizados para la explotación del monopolio, en los términos legales, *cuando así lo ordene la Asamblea del Departamento.* (fl. 52, cuaderno de pruebas solicitadas a la Doctora María Margarita Zuleta González, anexo 5). En otras palabras, el referido Decreto reiteró la necesidad de permiso de la Asamblea para comprometer los bienes de la

Industria Licorera de Boyacá.

* Mediante el Decreto 2157 del 10 de octubre de 2002, que reglamenta los Decretos Ordenanzaes 1688 de 2001 y 453 de 2002 y dicta otras disposiciones en virtud del artículo 336 de la Constitución Política, la Gobernación de Boyacá retoma el control del monopolio rentístico de licores y ordena que se disponga la apertura de licitación pública para entregar, por contrato de concesión, la explotación del monopolio rentístico de los licores, aplicando de forma directa el artículo 336 Constitucional. (fl. 58, cuaderno de pruebas solicitadas a la Doctora María Margarita Zuleta González, anexo 6).

* El 17 de octubre de 2002, el Gobernador de la época, Miguel Ángel Bermúdez Escobar, ordenó al Secretario General de la época, Edgar Ignacio Sainea Escobar, elaborar el pliego de condiciones para el contrato de concesión de licores. (fl. 186, anexo no. 4 rta. requerimiento oficio 425 Dpto de Boyacá)

* La apertura de licitación fue cumplida mediante la Resolución 0281 del 27 de noviembre de 2002, por medio de la cual se ordena la apertura de la licitación pública de concesión no. 002-GB-2002. (fl. 184 anexo no. 4 rta requerimiento oficio 425 dpto de Boyacá).

* Así las cosas, a pesar de las previsiones que fueran efectuadas en la Ordenanza 031 de 2000 y en los Decretos 1688 de 2001 y 453 de 2002, relativas a la necesidad de reglamentación del Monopolio de Licores por parte de la Asamblea Departamental, a la necesidad de autorización por parte de la Asamblea para el uso de los bienes de la Industria Licorera de Boyacá, a la conducta que el mismo Gobernador de la época desplegó radicando el proyecto de ordenanza 058 de 2002 y la autohabilitación sólo temporal para concesionar por dos años el monopolio hasta tanto el mismo fuera reglamentado por la Duma, se expidió el Decreto 2157 del 10 de octubre de 2002, abriendo el proceso licitatorio para un contrato de largo aliento y aplicando directamente el artículo 336 de la Constitución Política, sin que se hubiese expedido reglamentación ninguna por parte de la Asamblea Departamental.

2.3 En relación con la autohabilitación del Gobernador para conceder la explotación del monopolio rentístico de licores en Boyacá, inscrita en el Decreto 1688 de 2001.

* Como ya se precisó anteriormente, el artículo 8 del Decreto 1688 de 2001 contiene una autohabilitación para contratar la

concesión de licores de forma temporal, hasta por dos años, mientras la Asamblea hubiere expedido la reglamentación necesaria para ejercer el monopolio a través de un tercero, distinto a la Industria Licorera de Boyacá. (fl. 37, cuaderno de pruebas solicitadas a la Doctora María Margarita Zuleta González, anexo 4). Dicha autohabilitación está contenida en un Decreto Ordenanzal.

* En relación con la autohabilitación para conceder temporalmente el monopolio de licores, contenida en el Decreto 1688 de 2001, la Superintendencia Nacional de Salud, en oficio suscrito por Esperanza Montoya Correa y remitido al Diputado Pedro Augusto Saavedra Peñaloza de la Asamblea Departamental de Boyacá, conceptuó que la misma podría obedecer a una extralimitación de funciones. (fl. 2 anexo 2).

* En el informe rendido por el ex Gerente de la Liquidada Empresa de Licores de Boyacá, ALVARO DARÍO BECERRA SALAZAR, a la Asamblea Departamental en sesión del 30 julio de 2002, se puede leer el mismo concepto relativo a la extralimitación de funciones por parte del Gobernador. Según el referido funcionario, tal extralimitación se corrigió, estipulando las funciones de la Asamblea en el Decreto 453 de 2001. Señala, además, que una cosa es la liquidación de la Empresa Licorera de Boyacá, y otra cosa el monopolio rentístico, no pudiendo confundirse ambos asuntos. (fl. 1339).

* Sin embargo, la autohabilitación no fue usada por el Gobernador de la época, pues la concesión de licores fue celebrada de forma definitiva y por un periodo de veinte años, y no sólo temporalmente por dos años, mientras la Asamblea Departamental regulaba la explotación del monopolio rentístico, como la autohabilitación lo permitía.

2.4 En relación con la conveniencia y la oportunidad de concesionar la explotación del monopolio rentístico de los licores.

* En la Resolución 154 de 23 de julio de 2003, que resolvió no acoger la petición de suspensión del contrato de concesión o de sus efectos que hiciera el Procurador General de la Nación, el Gobernador refirió los estudios técnicos en los cuales se apoyó el Departamento para la elaboración de la licitación pública que tenía por fin la concesión de la explotación del monopolio rentístico departamental de los licores. Según dicho acto administrativo, los mismos obedecieron a los elaborados por la Superintendencia

Nacional de Salud en donde determinó que debía procederse a la liquidación de la Industria Licorera de Boyacá, a la Resolución 149 de 2 de febrero de 1999, la cual impartió la orden de presentar un Plan de Desempeño para la Industria Licorera de Boyacá, el oficio de la misma Superintendencia del 29 de julio de 2000, y el informe presentado a la Asamblea de Boyacá, elaborado por el Despacho del Gobernador en sesión del 18 de julio de 2002 (fl. 37-40 cuaderno anexo 4 rta. Requerimiento Dpto de Boyacá)

* En oficio denominado "elaboración pliego de condiciones para el contrato de concesión de licores", dirigido por el exgobernador Miguel Ángel Bermúdez Escobar al señor Edgar Ignacio Sainea Escobar, Secretario General de la Gobernación de la época, se menciona la conveniencia y oportunidad del contrato de concesión de la explotación del monopolio rentístico de licores en este sentido:

"Es conveniente y oportuno realizar la presente licitación puesto que contamos con a) un margen de tiempo aceptable para adelantar el proceso de selección respetivo; b) el personal idóneo y disponible para efectuar los procedimientos administrativos del caso, el cual se encuentra ubicado en las siguientes aéreas: Secretaría General, Secretaría de Hacienda; y en la Industria Licorera de Boyacá en Liquidación; c) los elementos físicos adecuados para adelantar el mismo" (fl. 189, anexo no. 4 rta. requerimiento oficio 425 Dpto de Boyacá)

Además, el mismo documento refiere que el estudio se soporta en cuatro elementos:

- 1.** Análisis de la situación real de la INDUSTRIA LICORERA DE BOYACÁ y su estado de liquidación, haciéndose urgente la necesidad de contratar con un tercero la producción, distribución y venta de que trata el monopolio de licores.
- 2.** El estudio técnico: es procedente efectuar la contratación de la producción, distribución y venta de los licores que venía produciendo la Industria Licorera de Boyacá, puesto que se cuenta con la planta física, todos y cada uno de los elementos necesarios para la producción y el mercadeo que asciende en el Departamento de Boyacá a mas de 1.500.000 botellas, por lo tanto es necesario, conforme lo ordena la Constitución, que un tercero entre a suplir el mercado que venía cubriendo la Industria Licorera de Boyacá.
- 3.** Estudio jurídico: Por la naturaleza del objeto a contratar es indispensable adelantar una Licitación Pública, para la celebración de un contrato de concesión.
- 4.** Con la presentación de este estudio queda evidenciada la

existencia de un requerimiento para satisfacer la producción, venta y distribución de los licores que venía realizando la Industria Licorera de Boyacá y que resulta imprescindible adelantar el correspondiente proceso de contratación tendiente a cumplir con los propósitos establecidos para la buena marcha y efectivo cumplimiento de los cometidos de la entidad; por consiguiente, se aconseja adelantar el proceso contractual respectivo y perfeccionamiento del contrato. (fl. 189, anexo no. 4 rta. requerimiento oficio 425 Dpto de Boyacá).

* Está demostrado en el expediente que el motivo de la liquidación de la Industria Licorera de Boyacá no obedeció a la inconveniencia o poca rentabilidad del negocio de los licores, sino a su mala administración. Por ejemplo, en el informe rendido por el ex Gerente de la Liquidada Empresa de Licores de Boyacá, ALVARO DARÍO BECERRA SALASAR, a la Asamblea Departamental en sesión del 30 julio de 2002, puede leerse que el negocio de la producción y venta de licores es en sí mismo muy rentable, calificado por el referido exfuncionario como “espectacular” (fl. 1319); sin embargo, el motivo de la inviabilidad financiera de la Industria Licorera de Boyacá obedeció a malos manejos administrativos con los distribuidores (fl. 1312), un mal manejo de la facturación y el pago del IVA y el IMPOCONSUMO (fl. 1310), y por todo eso, posee una amplia cartera de difícil cobro (fl. 1310). A que igualmente poseía una nómina demasiado grande e ineficiente, que al haberse recortado con el proceso de liquidación, la explotación del monopolio se tornaba viable (fls. 1306-1309).

* A la misma conclusión de la ineficiencia y excesivo número de empleados de la Industria Licorera de Boyacá puede llegarse al leer el oficio del 29 de junio de 2000, rendido por la Superintendencia Nacional de Salud. (fl. 1377-1379).

* A lo largo del plenario se menciona el uso de la Tesis de Grado para optar por el título de Economista de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, denominada “Perspectiva de reactivación empresarial de la Industria Licorera de Boyacá en el marco de la Ley 550 de 1999”, elaborada por las hoy Economistas Flor Ángela Cárdenas Ramírez y Aura Isabel Najjar Martínez, a manera de estudios previos del contrato de concesión. La Sala no logró establecer si efectivamente los mismos hicieron parte del proceso precontractual de marras; sin embargo, sí está demostrado que la entidad territorial no acogió parte de sus conclusiones, en aspectos tan sensibles como la utilidad de la concesión y el tiempo de la misma y que, por el contrario, las cláusulas contractuales riñen de

fondo con las recomendaciones efectuadas por dicho estudio.

La tesis de grado referida propone como algunas de las principales cláusulas que debería tener un contrato de concesión de licores en el Departamento de Boyacá las siguientes:

"Al departamento le corresponde el 40% de las utilidades por unidad vendida dentro y fuera de él, la participación porcentual por la explotación del monopolio, y la participación por el uso de las instalaciones, maquinarias, equipos y demás entregados por el Departamento al concesionario" (fl. 117, anexo 4).

"El contrato se firmará entre las partes anteriormente descritas con un periodo de duración de diez (10) años iniciados el día en que se firme dicho contrato" (fl. 112, anexo 4).

Así las cosas, si la referida tesis hizo parte del proceso precontractual, la Sala no encuentra otro estudio que desvirtúe las referidas conclusiones como las mejores que debían ser adoptadas por la entidad. En caso que la tesis no fuere usada, la Sala encuentra que no existe ningún soporte técnico que permita determinar aspectos como la utilidad del contrato y el tiempo de concesión adoptados.

* A pesar que de forma reiterada se señala en el plenario que se tuvieron por estudios previos de conveniencia y oportunidad los elaborados por la Superintendencia Nacional de Salud, que ordenaban la liquidación de la Industria Licorera de Boyacá, no se encuentra que tales estudios tuvieran por fin la elección motivada de la concesión y sus cláusulas tentativas como la mejor opción para continuar la explotación del monopolio rentístico. De otro lado, puede evidenciarse que la misma Superintendencia tendría el concepto que el Gobernador se extralimitó en sus funciones al contratar la concesión de licores sin contar con el permiso de la Asamblea Departamental. (fl. 1, anexo 10, cuaderno de pruebas solicitadas a la Dra. María Margarita Zuleta Gonzalez).

2.5. Respecto de la conformación de la Unión Temporal Licorandes y Asociados.

* La presente acción fue radicada el día 8 de abril de 2005 (fl. 18 vuelto) y fue admitida mediante auto de fecha 10 de mayo siguiente (fl. 348-353).

En el referido auto admisorio, se ordenó notificar al representante legal de la Unión Temporal Licorandes y Asociados como sujeto pasivo de la acción popular. Sin embargo, como la Unión Temporal no corresponde a una persona jurídica, mediante auto del 6 de mayo de 2008 se dio la integración final y correcta del extremo pasivo (fl. 1604-1609), ordenándose la vinculación al proceso de la totalidad de los miembros de la referida Unión Temporal.

En folios 1835-1844, radicados el 27 de abril de 2010, reposa la contestación de la demanda por parte de la *i.* Promotora Internacional de Negocios, *ii.* Fernando Acevedo Quiñones, *iii.* Comercializadora de Cemento Empresa Asociativa de Trabajo y *iv.* Atlantis Commercial Group, contestación presentada debidamente con el respectivo poder y los certificados de existencia y representación legal de las personas jurídicas señaladas.

* Si bien es cierto la Unión Temporal Licorandes y Asociados fue protocolizada mediante escritura pública 2263 del 4 de diciembre de 2002, y su composición original fue: Equitec S.A. 10%, Comercializadora de Cemento, empresa asociativa de Trabajo 10%, Javier Marín Arboleda 20%, Fernando Andrade Hoyos 20%, Camilo Garzón Silva 20% y Víctor Hugo Ramos Camacho 20% (fl. 1535), mediante documento de modificación al contrato de concesión suscrito el 23 de abril de 2007 entre el Departamento de Boyacá y la U.T. Licorandes y Asociados, la nueva conformación de la Unión Temporal fue la siguiente:

- Promotora Internacional de Negocios S.A 40%
- Equitec S.A. 10%
- Comercializadora de Cemento Empresa Asociativa de Trabajo 10%
- Camilo Garzón Silva 20%
- Fernando Acevedo Quiñonez 20%. (fl. 27 cuaderno incidente de nulidad).

Finalmente, mediante documento de modificación del contrato de concesión no. 01 de 2003 suscrito entre el Departamento de Boyacá y la Unión Temporal Licorandes y Asociados, firmado el 1 de abril de 2009, los miembros Camilo Garzón Silva y Equitec S.A. cedieron sus derechos en el contrato asociativo, resultando de la siguiente manera la nueva unión:

"CLAUSULA TERCERA: A partir de la fecha de suscripción del presente documento modificadorio el CONCESIONARIO UNIÓN TEMPORAL LICORANDES Y ASOCIADOS, estará conformado de la siguiente manera: A) PROMOTORA INTERNACIONAL DE

NEGOCIOS S.A. 40%, FERNANDO ACEVEDO QUIÑONEZ 30%, COMERCIALIZADORA DE CEMENTOEMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO 10%, y ATLANTIS COMMERCIAL GROUP COLOMBIA 20%." (fl. 1171, anexo no. 4 rta. requerimiento oficio 425 Dpto de Boyacá).

2.6. Respecto de la operación del contrato de concesión por parte de la Sociedad Comercial Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I.

* En la cláusula segunda del contrato de concesión se facultó a la Unión Temporal Licorandes y Asociados para que se constituya como sociedad comercial, con el fin de operar la Concesión. (fl. 154).

* En oficio del 5 de septiembre de 2005, remitido al Interventor del multicitado contrato y suscrito por Fernando E. Acevedo Q., Gerente General de la ILB S.A. C.I., puede leerse que, *"el acta o documento donde se designa a la INDUSTRIA DE LICORES DE BOYACÁ S.A. C.I. como la sociedad comercial para que opere la Concesión está implícito en la cláusula segunda numeral 1 dentro del contrato de concesión 00001 de 2003 suscrito entre el Departamento de Boyacá y la Unión Temporal Licorandes y Asociados"* (fl. 10, cuaderno anexo pruebas solicitadas al Departamento, anexo 6).

* La Sociedad Comercial Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I. fue constituida por escritura pública No 00252 de la Notaría 63 del círculo notarial de Bogotá con un capital autorizado, suscrito y pagado de \$200.000.000. (fl. 13-18, cuaderno anexo pruebas solicitadas al Departamento, anexo 6).

* De acuerdo con las Certificaciones expedidas por la Revisora Fiscal de la Sociedad Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I., puede comprobarse que la referida sociedad se encuentra operando el contrato de concesión 001 de 2003 que hubiere sido suscrito entre el Departamento de Boyacá y la Unión Temporal Licorandes y Asociados (fls. 637-638). Así mismo, el Representante Legal de la Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I. pidió autorización al Departamento de Boyacá para la aceptación de la venta de acciones de la referida empresa, en relación al contrato 001 de 2003. (fls. 970-979).

2.7. En relación con el 2% de las utilidades destinadas directamente por el concesionario.

* Está demostrado que el 2% de las utilidades que maneja directamente el Concesionario ha nacido de la autonomía de la voluntad de las partes.

En el pliego de condiciones para la licitación pública 002-GB-2002, que tiene por fin la concesión de la explotación del monopolio rentístico de licores del cual es titular el Departamento de Boyacá, en 3.6 puede leerse: *"RANGO DE UTILIDAD MÍNIMA AL DEPARTAMENTO POR VENTAS. La utilidad mínima para el Departamento de Boyacá por cada botella vendida de aguardiente anisado, ron u otros licores, convertida a 750ml. será del tres por ciento (3%) del valor de su correspondiente impuesto de participación o impuesto al consumo"*. (fl. 1455).

De otro lado, en el punto VII del documento de evaluación de las propuestas técnicas y económicas para la concesión de la explotación del monopolio rentístico de licores del Departamento de Boyacá se lee que la propuesta económica de impoconsumo es de \$5.438.487.506, que propone una participación del 3% del impoconsumo al Departamento de Boyacá y un 2% de participación del impoconsumo para la inversión del Plan de Desarrollo Departamental (fl. 1391).

En el mismo documento señala el Departamento que la propuesta *"propone implementar, facilitar el desarrollo de condiciones favorables que faciliten la conformación de cadenas productivas para sustituir gradualmente la provisión externa de materias primas e insumos a fin de generar un entorno competitivo que propicie procesos productivos que creen sus propias condiciones de reproducción para así convertirse en jalonador del desarrollo departamental, invirtiendo un 2% de las utilidades netas en estos proyectos productivos"*. (fl. 1343).

* Por lo anterior, en la cláusula octava del contrato se encuentra pactado que la utilidad sobre la cuota mínima anual de ventas será del 5%, descontando los impuestos de impoconsumo, e IVA, distribuida así: el 3% para el Departamento de Boyacá y el 2% sobre ventas será destinado por el Concesionario en inversiones correspondientes a externalidades generadas y otros macroproyectos que se concierten con la comunidad y el Departamento, que estén previstas en el Plan de Desarrollo Departamental (fl. 160). Pero como señala la cláusula novena, tal inversión de recursos por parte del concesionario será reducida del 2% al 0.2% cuando la utilidad sea producto de la venta de licores por fuera del Departamento de Boyacá (fl. 161).

* En oficio del 10 de mayo de 2005 remitido al Interventor del Contrato de Concesión No. 001 de 2003 y suscrito por Fernando E. Acevedo Q., Gerente General de la ILB S.A. C.I., puede leerse que el 2% de las utilidades del contrato de concesión, que es directamente administrado por el Concesionario según la cláusula octava del contrato, es computado junto con la sumas giradas al Departamento de Boyacá, teniéndose como una utilidad del Ente territorial (fl. 3, cuaderno anexo 5 de pruebas solicitadas al Departamento). A la misma conclusión se arriba al apreciar el oficio denominado Contestación a Informe solicitado el 27 de abril de 2005 suscrito por Fernando Acevedo Q. Gerente General de la Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I. que se encuentra en copia simple (fls. 375-381).

En el documento denominado Informe de Gestión No. 10 del contrato de concesión para producción, distribución y venta de los alcoholes y licores destilados de los que es titular el Departamento de Boyacá, suscrito por Fernando Edmundo Acevedo Quiñones, Gerente General; Socorro Rojas Balaguera, Revisora Fiscal; Yilber Frank Dueñas Rodríguez, Gerente Financiero; Juan Jairo Avellaneda, Almacenista General; Gustavo Patiño Salas, Gerente Técnico y de Producción; Ricardo Humberto Acevedo Pedroza, Gerente Comercial; y Mónica Alejandra Peña Ramos, Gerente Administrativa, puede leerse lo siguiente:

"De acuerdo a la cláusula octava del contrato de concesión, el contratista se obliga a girar al Departamento de Boyacá el 5% sobre la utilidad en ventas, descontando el impuesto al consumo; este pago se divide en un 3% pagadero en efectivo transcurrido el mes y un 2% restante para inversión a propuestas." (fl.272, anexo no. 4 rta. requerimiento oficio 425 Dpto de Boyacá).

La misma conclusión se arriba al leer el informe de Gestión No 11 (fl. 651, anexo no. 4 rta. requerimiento oficio 425 Dpto de Boyacá), y el informe de gestión No. 12 (fls. 787, anexo no. 4 rta. requerimiento oficio 425 Dpto de Boyacá).

* De todo lo anterior se concluye que el 2% de las utilidades, nacido de la autonomía de la voluntad de las partes y que el concesionario destina directamente de conformidad con el Plan de Desarrollo Territorial, es computado contractualmente como una verdadera utilidad del Departamento, y en ocasiones, se computa como utilidad girada al Departamento, aunque efectivamente es manejado por el Concesionario.

2.8. Respecto de la preclusión de la investigación penal en contra del exgobernador Miguel Ángel Bermúdez.

* Mediante auto del 11 de abril de 2006, la Fiscalía General de la Nación precluyó la investigación penal que adelantaba contra el ex gobernador de Boyacá Miguel Ángel Bermúdez, en razón de las presuntas irregularidades cometidas en la elaboración, adjudicación y celebración del contrato de concesión 001 de 2003 con la Unión Temporal Licorandes y Asociados por la ausencia de estudios previos y por la falta de publicación de la licitación pública en un periódico de amplia circulación en el departamento. (fls. 2431-2444).

La investigación precluyó, en relación con la falta de estudios previos, porque, según la Fiscalía, las irregularidades encontradas no alcanzan la esfera penal en relación con el delito investigado (fl. 2441). Según el ente investigador, el uso de una tesis de grado de unas alumnas de la UPTC y las otras irregularidades encontradas, *"son irregularidades que no deberían presentarse en un proceso serio de liquidación, como efectivamente era la liquidación de la Empresa Licorera de Boyacá, sin embargo, esa irregularidad no alcanza a invadir en terreno penal (...)".* De otro lado, manifestó que *"a favor del Gobernador existe la investigación de la Superintendencia de Salud y por esa circunstancia se ha de concluir que hubo estudios previos de conveniencia y oportunidad, (...) por lo que resulta sin trascendencia penal saber cómo llegó a manos del Gobernador dicho documento, (...)"*

* Así las cosas, del auto de preclusión de la Fiscalía puede concluirse que el motivo de la preclusión de la investigación penal no fue la ausencia de irregularidades en el proceso licitatorio, sino que a pesar de existir, las mismas no obedecían a la esfera de la sanción penal. (fl. 2441)

II.3.- ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

3.1. De los vicios procesales alegados.

3.1.1. Del agotamiento de jurisdicción entre la acción popular de la referencia y la acción contractual con radicado 2007-00473-00.

Aduce la parte apelante que la jurisdicción se encuentra agotada para esta acción popular ya que la unicidad de la función jurisdiccional impide que se continúe tramitando esta cuerda procesal por no ser concluyente, y por estar sometida en último

término a la resolución de un proceso posterior con idénticas partes y pretensiones. No obstante, la Sala considera que las apreciaciones señaladas son inexactas porque no puede predicarse identidad de objeto entre ambas acciones, resultando falsa también la interdependencia planteada.

Ya el Ponente, en decisión recogida en auto del 3 de abril de 2014 (Fls. 2085-2088), se pronunció acerca del agotamiento de jurisdicción a propósito del incidente de nulidad propuesto por el apoderado de la Industria de Licores de Boyacá, y en el que se concluyó que la denominada figura del “agotamiento de jurisdicción” sólo aplica entre procesos que ostenten la naturaleza de acciones públicas.

No obstante, la Sala encuentra conveniente extender más las consideraciones para despachar desfavorablemente el vicio procesal alegado.

El instituto del agotamiento de jurisdicción es una figura procesal por medio de la cual se evita que una misma controversia sea ventilada dos veces ante la jurisdicción, precaviéndose la existencia de dos sentencias sobre un mismo litigio, como la posibilidad que ambas soluciones sean distintas o contradictorias entre sí. Así las cosas, una vez presentada la primera acción, sería procesalmente inviable presentar otra acción que le sea idéntica.

En tal sentido, debe resaltarse que el agotamiento de jurisdicción posee una connotación procedimental y no sustantiva, es decir, el motivo que agota la jurisdicción es el hecho de haberse interpuesto una acción con anterioridad a otra idéntica, y no el estudio de fondo relativo a la “completitud” de las pretensiones que pudiera predicarse de la una o de la otra. Si una acción posterior es más “completa” que una anterior, la posterior se encontraría agotada en su jurisdicción para los aspectos idénticos a la anterior y no en los demás.

Así las cosas, resulta que el agotamiento de jurisdicción deviene por el tiempo en que se interponen las acciones y no de otro tipo de consideraciones relativas a la posible idoneidad de la demanda. El presente argumento de índole temporal sería apto y adecuado para despachar la falta de agotamiento de jurisdicción de la presente acción popular de la referencia en relación con la acción contractual posterior con radicado 2007-00473-00. No obstante, en atención a la suficiencia argumentativa, la Sala explicará, en gracia de discusión, por qué tampoco se configuran, en el presente caso, los presupuestos del agotamiento de jurisdicción.

La jurisprudencia ha señalado que el agotamiento de jurisdicción se configura cuando en un proceso posterior puede verificarse una identidad plena de partes, objeto, y causa, en relación con otra acción anterior. Tales requisitos han sido morigerados para las acciones populares en el aspecto relativo a las partes, por cuanto el primer actor popular que interpone una acción lo hace en nombre de toda la comunidad. En otras palabras, al efectuar el estudio del agotamiento de jurisdicción entre acciones populares resulta irrelevante que las partes sean exactamente coincidentes. Sin embargo, dicha atenuación no quiere decir que se atenúen los otros elementos configuradores del agotamiento de jurisdicción, es decir, la identidad de objeto y de causa, los cuales sí deben configurarse plenamente para que se materialice el concitado instituto procesal.

Ahora bien, podría cuestionarse que la identidad de estirpes entre las acciones presentadas sea un requisito del agotamiento de jurisdicción, para significar que sería viable o factible que exista un agotamiento entre acciones de diversa naturaleza (por ejemplo entre una popular y una contractual, y viceversa), siempre y cuando se configuren los requisitos propios del instituto procesal: en tratándose de acciones que involucren representación difusa de la comunidad, estos serían la identidad de objeto, de causa y de hechos, y en caso de ser acciones relativas a derechos particulares, además de los referidos deberá verificarse la identidad de las partes.

En el escrito de apelación refiere el recurrente un ejemplo donde el Consejo de Estado declaró el agotamiento de jurisdicción entre una acción contractual y una acción popular, porque la acción contractual interpuesta **con anterioridad** a la acción popular, protegió de hecho la moralidad administrativa, dejando sin sentido la presentación de una acción popular posterior para lograr dicho fin. (Sentencia AP-537 de 26 de diciembre de 2002 C.P. María Elena Giraldo Gómez, referida por la parte apelante, fl. 2380). Nótese que en el ejemplo referido se cumplen los supuestos descritos, haciendo especial énfasis, que se cumple la identidad de objetos, pues ambas acciones lograron proteger de fondo la moralidad administrativa.

Sin embargo, en el caso de marras no puede predicarse la misma situación, como quiera que sólo podría verificarse la identidad de partes y de hechos, entre la presente acción y la cuerda contractual referida. Si bien es cierto pudiera pensarse en identidad de pretensiones entre ambas acciones, tal semejanza es sólo aparente, hallándose diferencias concluyentes en cuanto al objeto de las mismas, siendo imposible declarar agotadas las jurisdicciones entre

la acción popular de la referencia y la acción contractual con radicado 2007-00473-00, como se explicará.

Mientras el objeto de la acción popular de la referencia obedece a la inmoralidad administrativa y a la afectación del patrimonio público del ente territorial por el contrato de concesión de licores, la acción contractual de radicado 2007-00473-00 tiene como objeto la nulidad del mismo. Ambos objetos resultan distintos tanto en sus causas como en sus consecuencias. Mientras la inmoralidad administrativa del contrato tendría como fuente una ilegalidad, que no necesariamente debe coincidir con las causales de nulidad del contrato estatal, y la configuración y probanza de una conducta subjetiva reprochable del funcionario, la nulidad del contrato se circunscribe a la configuración de una de las causales expresas y taxativas de nulidad del contrato estatal, sin necesidad de existir una intención subjetiva desviada.

De otro lado, la inmoralidad administrativa y/o la afectación del patrimonio público acaecida en el contrato estatal no tendrían como consecuencia necesaria, en principio, la anulación del negocio jurídico, permitiéndose también medidas distintas y alternas a la anulación, como por ejemplo la suspensión.

Por ello, la acción popular *-que pretende la salvaguarda de derechos colectivos a la moralidad y al patrimonio público -*, y la acción contractual *-que pretende la nulidad de un contrato estatal-*, no se agotan mutuamente la jurisdicción, por obedecer a acciones con objetos distintos. Ello será así a menos que la acción contractual tuviese por fin la protección de los mismos derechos colectivos y fuese radicada con anterioridad a la acción popular.

De otro lado, debe aclararse que la petición de agotamiento de la jurisdicción no puede despacharse en relación con la pretensión originalmente elevada en la acción popular, sino que debe verificarse con la auténtica pretensión albergada en la misma después de la adecuación jurisdiccional efectuada (FIs. 1893-1900). No puede perderse de vista que la Jurisprudencia ha señalado que la acción popular no es, en principio, una acción idónea para declarar la nulidad del contrato estatal.

Por dicha razón, el juez de primera instancia debió adecuar la acción de la referencia, y aunque la misma originalmente pretendiera la nulidad, sólo podía pretender la suspensión, y no por la sola violación objetiva de la legalidad, sino por la configuración de una conducta subjetiva inmoral. En ese sentido, tampoco se hallan los presupuestos para declarar el acaecimiento de la concitada figura.

En conclusión, si bien la parte apelante podría acertar, en gracia de discusión, que una acción popular puede agotar la jurisdicción de una contractual y viceversa, no tiene razón en señalar que tal fenómeno puede ocurrir cuando se trate de la pretensión anulatoria, y por lo tanto, en el caso concreto, es imposible que ambas acciones se agoten mutuamente la jurisdicción, como quiera que no coinciden los objetos de las acciones.

Finalmente, no acierta el apelante al describir que la acción popular de la referencia es dependiente de la acción contractual. Si bien es cierto, el juez de primera instancia condicionó el término de la suspensión del contrato a las resultas del proceso contractual con radicado 2007-00473-00, ello no necesariamente debió ser así, pues la orden de suspensión puede estar ligada a otros eventos futuros o simplemente ser definitiva cuando el juez popular encuentre necesaria dicha medida para la protección de los derechos colectivos.

Nótese que la suspensión provisional decretada y la posible anulación del contrato proceden de títulos jurídicos diversos. Cuando en algún caso, el juez considere imperiosa y necesaria una suspensión definitiva, la eventual nulidad reduciría su espectro a los efectos retroactivos ex tunc de la vigencia contractual, propios de tal acción y que desbordan el espectro de la presente cuerda constitucional, que sólo puede tener efectos hacia el futuro.

En tal sentido, la postura del juez de instancia en el proceso de la referencia resulta menos lesiva para los intereses del contratista particular por conciliar la unicidad jurisdiccional, tan defendida por la apelante, al integrar en forma plena las dos acciones. Es perfectamente viable que la suspensión encuentre término en las resultas del proceso contractual posterior que definirá sobre la nulidad del referido contrato.

Sin embargo debe resaltarse que la orden relativa a la no ejecución del 2% de las utilidades por parte del contratista, es una orden independiente al proceso de nulidad, que subsistiría aún en el evento en que el contrato de concesión 01 de 2003 no fuese anulado en la acción contractual de radicado 2007-00473-00, pues como se dijo, la presente acción es auténticamente independiente y protege intereses distintos a los que pueden tutelarse mediante la cuerda anulatoria, a pesar que el juez, por efectos prácticos y unicidad de la función jurisdiccional, haya decidido ligar el término de la suspensión a las resultas de la acción contractual.

Por todo lo anterior, se evidencia que la declaratoria del agotamiento de jurisdicción resulta improcedente por la falta de identidad en el objeto de las acciones referidas, como por su independencia y autonomía.

3.1.2. De la falta de integración del contradictorio.

La parte apelante eleva una petición a la Sala en torno a la declaratoria de nulidad por no haberse integrado el contradictorio de forma completa. No obstante, como dicha petición no fue elevada manifestando el interés o legitimidad para proponer la nulidad conforme lo exige el artículo 143 del C.P.C., la Sala la descartó como hábil para lograr una invalidez procesal, en auto de fecha 13 de junio de 2013 (fls. 2060-2067). No obstante, para atender la corrección procesal de la presente cuerda, se atenderán los argumentos como reparos contra la sentencia de primera instancia.

La parte recurrente alega que al no haberse citado al proceso la totalidad de los miembros que conformaron la Unión Temporal, al momento de la suscripción del contrato, genera una nulidad insubsanable, pues la conducta subjetiva estudiada y endilgada a los miembros de la Unión Temporal solo puede predicarse de aquellos miembros que suscribieron el contrato de concesión 01 de 2003 y no de los actuales miembros de la Unión Temporal, por cuanto el artículo 890 del Código de Comercio señala que quien cede un contrato se obliga a responder por la existencia y la validez del mismo, y el artículo 1964 de la misma codificación consagra que la cesión de un crédito no traspasa las excepciones personales del cedente.

Es un hecho claro que el presente litigio se desarrolló con la totalidad de los miembros actuales de la Unión Temporal, pero no con la totalidad de los miembros que la conformaban al momento de suscribirse el contrato de concesión. Así las cosas, el problema planteado a la Sala consiste en resolver si era necesaria la comparecencia en el proceso de la totalidad de los miembros que conformaron la Unión Temporal al momento de la suscripción del contrato en estudio, por cuanto se analiza la moralidad administrativa del mismo, o si por el contrario, el litigio se conforma adecuadamente con los miembros actuales de la misma.

Inicialmente, la Sala precisa que en torno a la conformación del contradictorio giran tres instituciones conexas pero distintas, como lo son, la legitimación en la causa, la capacidad para ser parte y la debida representación.

La primera de ellas, la legitimación de la causa, es la relación sustancial que existe entre los extremos de un contradictorio; la consecuencia de la existencia o no del tal presupuesto en un litigio corresponde a las resultas del proceso, es decir, la sentencia favorable o desfavorable de cara a las pretensiones.

La capacidad para ser parte obedece a un presupuesto procesal según la cual una persona puede participar o no en una litis, como extremo pasivo o activo de la misma, independientemente que sobre él recaiga finalmente la relación sustantiva debatida. En caso que en un litigio no se cumpla adecuadamente con el presupuesto procesal referido la consecuencia no será un fallo desestimatorio de las pretensiones, sino uno de naturaleza inhibitoria o una nulidad procesal, prefiriéndose siempre la segunda.

Finalmente, la debida representación es un fenómeno del debido proceso que implica que la persona, capaz para ser parte, se encuentre apadrinada por aquella que auténticamente le representa. La consecuencia de su carencia sería una nulidad procesal.

Como se evidencia, el reparo efectuado por la parte apelante en contra de la sentencia obedece a una mixtura de dos de los fenómenos descritos: un reparo de legitimidad en la causa y otro relativo a la capacidad para ser parte, por cuanto aduce que los miembros antiguos de la Unión Temporal Licorandes y Asociados serían los llamados a responder por la existencia y validez del contrato cuestionado por inmoral, que a los actuales miembros no se les han traspasado las excepciones personales del cedente (legitimidad por pasiva), y por lo tanto, que son aquellos los que debieron ser convocados al proceso para que se configurara correctamente el contradictorio.

Aclarado el problema, la Sala demostrará como el argumento de la parte apelante no tiene vocación de prosperidad.

El tema de la integración del contradictorio de las uniones temporales o de los Consorcios ha sido ampliamente tratado por el Consejo de Estado. Inicialmente, la jurisprudencia administrativa había considerado que estas formas de asociación empresarial no constituían una persona jurídica y, en consecuencia, los llamados a integrar el contradictorio lo eran la totalidad de los miembros que conforman el contrato asociativo a manera de litisconsorcio necesario². Desde esa primera mirada, los legitimados para

² Confrontar Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, siete (07) de diciembre dos mil cinco (2005), Radicación número: 76001-23-31-000-1998-00091-01(27651).

conformar el litisconsorcio necesario son siempre los miembros de la Unión Temporal, por cuanto son ellos los que integran el contrato.

Ahora bien, las personas que han dejado la unión o el consorcio, cediendo su derecho, han dejado de pertenecer al contrato y, por lo tanto, no poseen título jurídico ninguno para ser parte de un eventual litigio y menos para responder, precisamente en atención a la cesión de los derechos que es efectuada en bloque.

En auto del 3 de marzo de 2005, en el marco de una aprobación de conciliación prejudicial, el Consejo de Estado aclaró lo anterior, pues precisó que la integración del contradictorio cuando un sujeto procesal es una unión temporal implica la citación de la totalidad de los miembros responsables del contrato asociativo al momento que se les llame a responder administrativa o judicialmente, pues la cesión de derechos implica un traspaso en bloque de los derechos y obligaciones por parte del cedente al cesionario, dejando al cedente sin capacidad para acudir a juicio como miembro de la Unión Temporal:

*"Resulta claro que la cesión del contrato produce la sustitución en bloque del cesionario en la posición contractual que ocupaba el cedente. (...). La sustitución de los miembros del consorcio, que fue avalada y aceptada expresamente por la entidad contratante, muestra que únicamente estaban legitimados para acudir al trámite conciliatorio la sociedad CONSTRUCCIONES SIGMA LTDA y el señor DAVID SALAS OSORIO, puesto que los miembros cedentes ya no eran parte de la relación contractual y para entonces habían perdido interés jurídico para actuar, de modo que los señores PLINIO JOSÉ MOLINA RAMOS, EDMUNDO MOLINA RAMOS y SIMEÓN ULISES MOLINA RAMOS no tienen legitimación para reclamar sus derechos, pues la entidad había aceptado la cesión y ellos habían ratificado la sustitución consorcial."*³

Por lo anterior, desde una primera mirada, el reparo del apelante parecería no tener vocación de prosperidad, por cuanto los capacitados para ser parte en un proceso judicial son los miembros actuales del contrato asociativo y no los anteriores. No obstante, debe analizarse si el objeto del litigio, es decir, el estudio sobre la moralidad administrativa del contrato de concesión modificaría la regla general de la legitimación en la causa y, por consiguiente, de la capacidad para ser parte y, en consecuencia, se alteraría la debida integración del contradictorio.

³ Sección Tercera, Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra, tres (3) de marzo del dos mil cinco (2005), Radicación número: 73001-23-31-000-2002-00961-01(23875).

La Sala estima que en el presente asunto no se ha modificado la regla general de la legitimación en la causa ni la capacidad para ser parte de las uniones temporales, como quiera que el objeto y consecuencias de la acción popular en nada tiene que ver con las responsabilidades privadas por la cesión del contrato, y las personas llamadas a cumplir la sentencia son aquellas que integran la Unión Temporal en la actualidad.

De acuerdo a lo ya manifestado en antecedencia por la Sala, la acción de la referencia no tiene como propósito único o exclusivo hacer un reparo anulatorio con efectos hacia el pasado y, por lo tanto, no se ejercita un juicio ni de validez ni de existencia contractual en estricto sentido. Desde tal perspectiva, parecería no aplicable la regla contenida en el artículo 890 del Código de Comercio, la cual alude expresamente a la validez o a la existencia del contrato.

Sin embargo, aun cuando se pensara que en el presente asunto se estudia una validez del negocio en un sentido amplio, tampoco se modificaría la regla de la capacidad para ser parte de la unión temporal, pues en dicho escenario lo que se modificaría es la legitimación en la causa y la capacidad para ser parte de un litigio diverso, es decir, del litigio que pudiere nacer entre los miembros cedentes y cedidos de la unión temporal en orden a la responsabilidad civil contractual, asunto que no es pertinente para la acción popular, para el contrato en sí mismo, ni para la relación contractual con la administración.

De otro lado, si llegara a pensarse que sólo los miembros antiguos de la unión temporal están llamados a conocer lo que sucedió al momento de la suscripción del contrato y por ello debieron ser citados al juicio, se encontraría frente a un escenario distinto a aquel derivado de la capacidad para ser parte, pues ello obedecería a intereses probatorios de las partes y no a intereses sustanciales, los cuales debieron ejercitarse oportunamente y en debida forma.

Finalmente, desde la perspectiva de las consecuencias del fallo, tampoco se encuentra razón para modificar la capacidad para ser parte, como quiera que las consecuencias del fallo por inmoralidad del contrato estatal sólo son oponibles a los miembros actuales de la Unión Temporal, por ser los responsables de acatar la suspensión y de modificar los términos de ejecución contractual.

De otro lado la Sala estima que la regla del artículo 1964 del C.C. no es aplicable al caso concreto, por cuanto lo que se cede en el

presente asunto no es un crédito sino un contrato, situaciones esencialmente diversas y que no permiten una aplicación analógica de la norma al caso concreto.

En gracia de discusión, la jurisprudencia reciente de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado ha puntualizado *"... que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales-, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatio ad processum-, por intermedio de su representante".*⁴

Por todo lo anterior, puede comprobarse cómo el litigio de la referencia se encontró debidamente conformado, en cuanto a la capacidad para ser parte, motivo por el cual no hay razón ninguna para pensar en la existencia de una nulidad por indebida conformación del contradictorio y, en consecuencia, no hay lugar a un fallo inhibitorio ni a una nulidad. En otras palabras, en el presente asunto se halla el camino despejado para desplegar el análisis de fondo de la relación sustancial derivada de la legitimidad en la causa que ostentan las partes convocadas a juicio en torno a los derechos colectivos en estudio: la moralidad administrativa y el patrimonio público.

3.2. Tesis general de la Sala acerca del fondo del asunto.

La sentencia apelada será confirmada parcialmente y pero modificará algunos ordinales para declarar la nulidad absoluta del contrato de concesión de licores y ordenar medidas de restitución de los derechos colectivos conculcados.

En atención con los asuntos sustanciales, la Sala encuentra que en el expediente aparece acreditado la vulneración del derecho colectivo a

⁴ Sentencia de Unificación del 25 de septiembre de 2013. Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. No. 25000232600019971393001.

la moralidad administrativa en la actuación administrativa que culminó con la celebración del contrato de concesión 001 de 2003, por las siguientes situaciones:

En primer lugar, por la ausencia de estudios previos de conveniencia y oportunidad para efectuar la concesión de marras, y en segundo lugar, por la falta de permiso expreso por parte de la Asamblea Departamental al Gobernador de turno para contratar la concesión del monopolio rentístico de los licores. Las situaciones señaladas no violan el referido derecho colectivo por la simple ocurrencia de una ilegalidad, sino por encontrarse, además, una conducta desviada en orden al buen servicio público, como se explicará.

En el primer caso, la inmoralidad radica en la falta de un cuidado mínimo en la preparación de un proceso contractual por parte de la entidad pública contratante en un contrato de gran envergadura y de repercusión directa en la salud y en la educación y en el patrimonio del departamento, demostrándose así, por vía indiciaria, un comportamiento subjetivo inmoral y un grave descuido en la mejor prestación del servicio, culpa que por su gravedad se asimila al dolo para efectos civiles.

En relación con lo segundo, se infringe la moralidad administrativa porque está demostrado en el plenario que el exgobernador de la época conocía la necesidad del permiso expreso por parte de la Asamblea para poder contratar la concesión del monopolio rentístico de licores, y aún así, obró en contrario, pudiéndose inducir de aquello el comportamiento desviado en orden a la mejor prestación del servicio.

De otro lado, la Sala precisa que los particulares no pueden considerarse como un extremo individualista de la contratación pública, por el contrario, el contratista privado integra una misma parte con la administración al fungir como colaborador de la misma por ministerio de la Ley.

En tal sentido, sus intereses no se pueden circunscribir a las utilidades, sino que se extienden a la defensa de la legalidad y de la moralidad administrativa en pro del interés general, por lo cual le es oponible la defensa de la moralidad administrativa aunque la causa de la inmoralidad devenga de la administración pública. Más aún, la posibilidad de desarrollar el contrato y generar utilidades está siempre supeditada a la legalidad y no puede pensarse que la libre autonomía para concertar las utilidades en un contrato estatal sea un derecho absoluto que se superponga a los intereses y derechos colectivos.

Finalmente, también se confirmará la orden relativa a la entrega del 2% de las utilidades que el contratista invierte directamente, ya que tal disposición viola el patrimonio público. En un contrato estatal no puede proponerse ni tenerse como utilidad un dinero que no ingrese efectivamente al patrimonio de la persona a favor de quien se genera dicha utilidad, pues entonces no existiría aquella, sino se generaría un beneficio de otra índole, que no puede intitularse como utilidad. Si bien es cierto un contrato genera utilidades en sentido lato (beneficios del servicio), tales utilidades en sentido lato no son equiparables con las utilidades en sentido estricto, que son aquellos réditos dinerarios que deben entregarse a la persona a favor de la cual se generan. Lo anterior adquiere una relevancia mayor en orden a la regulación constitucional que pesa sobre los bienes y rentas que provienen de los monopolios rentísticos.

3.3. De la naturaleza y el alcance de la acción popular.

De conformidad con el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, las acciones populares están dirigidas a proteger los derechos e intereses colectivos definidos expresamente por el constituyente, o por el legislador a través de leyes ordinarias o tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia y debidamente incorporados al sistema jurídico colombiano. Estas acciones proceden cuando tales derechos, también denominados de tercera generación, se vean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares.

En los términos del inciso segundo del artículo 2º de la Ley 472 de 1998, la acción popular es preventiva y restitutoria, en la medida en que se ejercen para *i.* evitar el daño contingente, *ii.* hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos colectivos, o *iii.* restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

En razón de su naturaleza constitucional y la finalidad que persigue, la acción popular posee unas características muy propias y confiere al juez unos poderes muy amplios, como el impulso oficioso del proceso y la posibilidad de proferir fallos ultra y extra petita. Lo anterior, porque el eje central son los derechos colectivos, más allá de los sujetos intervinientes y de sus intereses particulares.

Ello implica que entre la pretensión y el fallo no necesariamente debe existir una conexión plena de congruencia, como sí lo existe con las acciones ordinarias. Antes que otra cosa, debe el juez

atender a la protección de los derechos colectivos, de cara a lo probado y no tanto de cara a lo pedido.

Por lo anterior, la defensa frente a la violación de los derechos colectivos fincada en afirmaciones tendientes a desacreditar la acción en razón de sus defectos, de su falta de amplitud o de su falta de adecuación no son de recibo, como quiera que la acción popular se torna en una acción ligada a su actor, pero independiente del mismo, y si en la probanza se acredita la vulneración de algún derecho colectivo, inclusive diverso al alegado en la demanda, o encuentra el juez que se requieren acciones distintas a las solicitadas por el actor, el fallador debe atender una visión protectora de los derechos colectivos, y no a la demanda inicial.

De otro lado, pese a que la acción popular posee a dos personas como extremos del contradictorio, ello no quiere decir que exista una contención de intereses particulares. Muy por el contrario, tanto la administración, como los ciudadanos tienen el deber y el interés jurídico de salvaguardar los derechos colectivos, motivo que refuerza los poderes oficiosos del juez en pro del interés general. Así las cosas, también hace parte del interés jurídico de los particulares la defensa de los intereses colectivos, como quiera que su titularidad es difusa y compete a toda la sociedad.

Ahora bien, del examen al marco normativo que regula las acciones populares, se concluye que para la prosperidad de las pretensiones deben quedar debidamente acreditados los siguientes elementos:

- * Que exista una real amenaza o vulneración de un derecho colectivo definido expresamente como tal por el constituyente o por el legislador;
- * Que la amenaza o vulneración se haya dado como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas.

Para tal efecto, el fallador deberá *i.* identificar normativa y conceptualmente los derechos colectivos que se consideran amenazados o vulnerados, *ii.* examinar si realmente se encuentra acreditado que existe una amenaza o vulneración, y, finalmente, *iii.* determinar si la amenaza o vulneración proviene de la acción u omisión de las autoridades públicas (imputación).

3.4. Precisión conceptual de los derechos colectivos invocados.

En la demanda popular en estudio, el accionante señala como derechos colectivos vulnerados los descritos en los literales b) y e) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, estos son, *i.* la moralidad administrativa, y *ii.* la defensa del patrimonio público.

3.4.1. De la moralidad administrativa.

Como ampliamente se expone en la sentencia de primera instancia y en la jurisprudencia nacional, la moralidad administrativa es un derecho colectivo relacionado con el recto comportamiento de los funcionarios públicos, ya que es un derecho de todos los asociados poder exigir a los funcionarios un comportamiento transparente en el ejercicio de la función encomendada.

Como el Consejo de Estado lo ha precisado, en los antecedentes normativos de la Ley 472 de 1998 puede encontrarse el alcance originario de dicha prerrogativa difusa:

*"Aunque el derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa no se encuentra definido en la Ley 472 de 1998, pues el legislador al desarrollar las acciones populares y de grupo, sólo reconoció su carácter de derecho colectivo (artículo 4º), en los antecedentes de esta ley al precisar como derecho colectivo "la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos", se consignó la siguiente definición: "Se entenderá por moralidad administrativa, el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario". Lo expuesto permite afirmar que, la moralidad administrativa entre otros, persigue el manejo adecuado del erario público y en general que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente."*⁵

Del aparte transcrito puede observarse un doble alcance del derecho colectivo en cuestión. Por una parte, implica la proscripción de toda conducta corrupta en los funcionarios públicos, y por otra, envuelve la exigencia de un comportamiento diligente y ajustado a la Ley, principalmente en lo concerniente al manejo del presupuesto. Ambos alcances han sido desarrollados por la jurisprudencia nacional, imprimiéndole diversos matices al derecho colectivo referido.

⁵ Sección Cuarta, Consejera ponente: María Inés Ortiz Barbosa, abril veinte (20) de dos mil uno (2001), Radicación número: 52001-23-31-000-2000-0121-01(AP-055).

De otro lado, el devenir jurisprudencial ha catalogado al derecho colectivo a la moralidad administrativa como un derecho “en blanco”, pues la palabra “moralidad” es un concepto amplio en el cual podrían inscribirse una serie de concepciones subjetivas relacionadas con las diversas cosmologías o visiones del mundo. Tal indeterminación ha sido suplida por el juez integrando los elementos fácticos y jurídicos que rodean los casos particulares junto con los criterios objetivos que el ordenamiento jurídico ofrece para determinar lo ético y lo justo para cada caso concreto.⁶

Esa tarea de concretar lo moral para cada caso, ha desembocado en tipificar una doble faceta del derecho colectivo. La primera, relacionada con la conducta objetiva exigida al funcionario público por el ordenamiento positivo, y la segunda, referida a la intención subjetiva del funcionario cuando éste despliega la labor pública. Así las cosas, la parte objetiva corresponderá con la legalidad de las actuaciones del funcionario, y la subjetiva, la pretensión del buen servicio, que implica el obrar sin dolo y/o con una diligencia mínima que excluya una culpa grave.

Por lo anterior, para que se configure una transgresión a la moralidad administrativa, por regla general, la jurisprudencia ha exigido que se acredite en el plenario que el servidor llevó a cabo una actuación egoísta y torticera en pro de su propio beneficio o en atención al interés particular de un tercero cuando desplegó la conducta ilegal, existiendo una relación estrecha entre la inmoralidad administrativa y la desviación de poder.⁷

Sin embargo, la segunda posibilidad, es decir la exclusión de una culpa tan grave que implique la inmoralidad de la conducta por una diligencia inexistente, también ha sido acogida por la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando se evidencia que la magnitud de la ilegalidad cometida transgrede un deber imperativo positivo.

“El concepto de Moralidad Administrativa, en tanto principio constitucional predicable de la función administrativa y, derecho colectivo, ha alcanzado un amplio desarrollo a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues si bien su textura es abierta, su alcance se ha venido decantado a partir de la

⁶ Confrontar Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, ocho (08) de junio de dos mil once (2011), Radicación Número: 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP).

⁷ Confrontar por ejemplo: 1. Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, veintiséis (26) de enero de dos mil seis (2006), Radicación número: 41001-23-31-000-2003-01105-01(AP), y 2. Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, cinco (5) de agosto de dos mil cuatro (2.004), Radicación número: 25000-23-25-000-2002-2854-01(AP).

*definición de una serie de criterios que permiten su protección de manera objetiva. De lo anterior se colige, que el derecho colectivo a la moralidad administrativa, requiere para su protección que: 1. La acción u omisión corresponda al ejercicio de la función pública. 2. Que la acción u omisión necesariamente haya lesionado el principio de legalidad. 3. Que se desvíe el cumplimiento de la función en perjuicio del interés general favoreciendo con ello al servidor público o a un tercero o **4. Que aún sin existir beneficio en favor del servidor público o de un tercero, la desviación del interés general sea de tal magnitud, que transgreda principios o valores instituidos previamente como deberes superiores en el derecho positivo.**⁸ (negrilla por fuera del original)*

En fecha más reciente, y ya en el terreno de las sentencias de unificación, la Sala Plena del H. Consejo de Estado sentó una posición definitiva acerca del derecho colectivo a la moralidad administrativa, para concluir que ésta se vulnera *i.* por el quebrantamiento del ordenamiento jurídico y *ii.* siempre que dicha afectación normativa se derive de un especial comportamiento del funcionario alejado de los fines de la función o de los propósitos de una determinada institución jurídica.

Así, la Sala Plena, mediante sentencia del primero (1) de diciembre de dos mil quince (2015), dictada dentro del expediente radicado con el número 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP), con ponencia del Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, unificó el tema y estableció que son dos los elementos necesarios para que se configure una violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa: uno objetivo y otro subjetivo, los cuales se definieron así:

"...Elemento objetivo: Quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Este elemento puede darse en dos manifestaciones: (i) Conexidad con el principio de legalidad y (ii) violación de los principios generales del derecho.

(i) El primero corresponde a la violación del contenido de una norma jurídica por la acción (acto o contrato) u omisión de una entidad estatal o de un particular en ejercicio de una función pública. El acatamiento del servidor público o del particular que ejerce una función pública a la ley caracteriza el recto ejercicio de la función pública..."

⁸ Sección Tercera, Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, dieciséis (16) de mayo de dos mil siete (2007), Radicación número: 25000-23-25-000-2003-01252-02(AP).

Según la sentencia de unificación, el elemento objetivo, directamente relacionado con el principio de legalidad, tiene los siguientes alcances

"...si bien el principio de legalidad es un elemento fundante de la moralidad administrativa y, por ende, un campo donde se materializa en primer término la violación del derecho colectivo, éste no es el único, pues debe concurrir un elemento subjetivo para que se configure tal transgresión. Por ello, ha sido enfática la jurisprudencia en cuestionar y rechazar aquellas acciones populares erigidas únicamente sobre una argumentación pura de ilegalidad, en las que so pretexto de proteger un derecho colectivo ponen a consideración del juez constitucional un litigio particular, cuyo debate y decisión debiera hacerse mediante el ejercicio de otro instrumento judicial, como los ahora denominados medios de control contenciosos, entre ellos el de nulidad o el de nulidad y restablecimiento del derecho, o la acción de cumplimiento si lo que se pretende es el acatamiento de una norma con fuerza de ley o acto administrativo. Son esos escenarios los propios para ejercer el control jurisdiccional de la legalidad administrativa".

Frente a la segunda manifestación del elemento objetivo se dijo:

(ii) "Pero también forman parte del ordenamiento jurídico colombiano aquellos principios generales del derecho consagrados en la Constitución y la ley, como los concretos de una materia. En este contexto y para efectos del derecho colectivo, la acción u omisión reputada de inmoral en el ejercicio de una función administrativa debe transgredir un principio del derecho, ya sea de carácter general o que se aplique a un tema determinado, de manera que éste se convierte, al lado de la regla, en otro criterio de control para la protección de la moralidad administrativa".

Respecto al elemento subjetivo se precisó que,

"No se puede considerar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa sin hacer el juicio de moralidad de la actuación del funcionario para establecer así, si incurrió en conductas corruptas o arbitrarias, alejadas de los fines de la función pública". (...) "...esa acción u omisión del funcionario en el desempeño de las funciones administrativas debe acusarse de ser inmoral; debe evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero".

Así las cosas, cuando el juez popular define la transgresión de la moralidad administrativa debe hacerlo de cara al buen servicio como principio rector de la función pública, considerando la actuación del servidor de acuerdo con las exigencias objetivas del ordenamiento jurídico y de frente a la diligencia del funcionario, la cual resultará violatoria del derecho colectivo en estudio cuando, además de encontrar configurada la ilegalidad en cualquiera de su doble dimensión, se demuestre también el dolo, la desviación de poder, el favorecimiento propio o de un tercero, o cuando se logre establecer una culpa de tal magnitud que pueda pensarse en la configuración de un dolo civil o culpa grave, por el desconocimiento inexcusable de deberes positivos imperativos.

3.4.2. De la defensa del patrimonio público.

Este derecho colectivo, como se pudo observar en antecedencia, es un derecho colectivo íntimamente ligado con la moralidad administrativa. Así lo ha concluido reiteradamente el Consejo de Estado en múltiples ocasiones *"que la afectación de patrimonio público implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa" por cuanto generalmente supone "la falta de honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas en el manejo de recursos públicos".⁹*

No obstante, el derecho colectivo de la defensa del patrimonio público posee una nota característica, como lo es la debida destinación de los recursos públicos, no sólo en el entendido que éstos se usen para fines públicos, sino además, que los mismos se destinen para los fines destinados por la Ley y el ordenamiento, sin que fondos públicos, con una destinación específica, sean aplicados a situaciones diversas, sin seguir para ello los parámetros exigidos por el ordenamiento constitucional y legal colombiano:

"El derecho colectivo al patrimonio público alude no solo a "la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también a la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado". En tal virtud, si el funcionario público o el particular administraron indebidamente recursos públicos, bien "porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público". El concepto de patrimonio público "cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el

⁹ Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, ocho (8) de junio de dos mil once (2011), Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP).

cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo".¹⁰

Así es que el Consejo de Estado ha concluido que la defensa del patrimonio público posee un doble alcance: lograr la integridad de la conservación del patrimonio público, y que sus elementos sean legal, eficiente y responsablemente administrados.¹¹

En suma, cuando se pretende vulnerado el derecho colectivo al patrimonio público, será trabajo del Juez Popular verificar dos aspectos, por un lado la integridad del patrimonio público, es decir, que no exista detrimento o menoscabo del mismo, y la segunda, una correcta destinación del mismo, conforme los parámetros constitucionales y legales. Nótese que este derecho colectivo, a diferencia de la moralidad administrativa, es uno de naturaleza objetiva y no subjetiva, es decir, basta con demostrar un manejo ineficiente o ilegal del patrimonio para que se consiga su amparo, independientemente que la actuación haya sido desplegada de buena fe y sin inmoralidad ninguna por parte del funcionario encargado.

3.5. De las violaciones a la moralidad administrativa en el sub lite.

3.5.1. De la falta de estudios previos de conveniencia y oportunidad

La Ley 80 de 1993, en sintonía con las legislaciones anteriores, consagró la necesidad de efectuar estudios previos de conveniencia y oportunidad para desplegar la actividad contractual del Estado. Tal exigencia encuentra asidero desde la Constitución misma, como quiera que el artículo 209 de la Carta Política consagró como principios de la función administrativa la moralidad, la eficacia, la eficiencia, la economía y la imparcialidad. Solamente desarrollando una actividad precontractual seria y planificada es posible manejar el presupuesto público como lo ordenan tales principios, es decir, en forma recta, eficaz, eficiente y de forma transparente e imparcial.

De otro lado, el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 señala que la transparencia, la economía y la responsabilidad son los principios rectores de la contratación estatal, principios que se desarrollan

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Confróntese ibídem y Consejo de Estado, Sección Tercera, MP. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, 21 de mayo de 2008. Radicación número: 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP).

mediante el diseño adecuado de los estudios referidos. Ha dicho el Consejo de Estado:

*"Los principios de planeación, economía y transparencia que, entre otros, orientan la contratación estatal, tienen como finalidad asegurar que todas las actuaciones adelantadas por la Administración durante la actividad contractual se cumplan con eficiencia y eficacia; que los procedimientos de selección sean ágiles, agotando los trámites estrictamente necesarios; que **todo proyecto esté precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos requeridos para la viabilidad económica y técnica de la obra**; que en la ejecución del contrato se optimicen los recursos y se eviten situaciones dilatorias que ocasionen perjuicios a una de las partes contratantes."¹²*

Desde tal perspectiva, los estudios previos poseen una relación directa con la moralidad administrativa, pues como ya se precisó, este derecho colectivo está relacionado con la conducta honesta, recta y exigible al servidor público de cara al manejo de la administración, y más aún, de cara al manejo del patrimonio público. En efecto, el artículo 26-4 de la Ley 80, acerca del principio de responsabilidad, dispone que *"Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre **administración de bienes ajenos** y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la **ética** y a la justicia"*.

Precisamente, cuando la Ley 80 consagra la necesidad de los estudios previos, lo hace en desarrollo del principio de planeación, dirigido hacia la correcta administración de lo público.

El artículo 25 de la Ley 80, que desarrolla el principio contractual de economía, señala que *"Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia."*

De otro lado, en el artículo 30 del Estatuto de Contratación se dispone que tales estudios no sólo particularizan el principio de economía, en consonancia con la planeación, sino que son un deber del funcionario público:

¹² Sección Tercera, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469).

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

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

En relación con los estudios previos, en sentencia de constitucionalidad C-300 de 2012, la Corte Constitucional señaló:

"El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos.

Este principio está entonces directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre competencia. De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato -en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios."

Como los estudios previos son un elemento fundamental de la etapa precontractual porque permiten desarrollar una correcta planeación de la función pública y son un deber esperado y exigible al servidor público, se confronta nuevamente la estrecha relación de los estudios previos con la moralidad administrativa.

Más allá que la falta de estudios previos pueda implicar la anulación del contrato, su ausencia es un elemento que demuestra directamente la moralidad o inmoralidad del funcionario que desplegó el proceso contractual, frente a la función pública, pues no puede ser moral el manejo de los recursos públicos sin la mínima planeación para determinar adecuadamente las cláusulas mediante las cuales se comprometerá el patrimonio público.

De lo anterior puede inferirse que los estudios previos no son un requerimiento meramente formal de la etapa precontractual, sino que implican una obligación material que conduce a la administración a determinar técnica y adecuadamente el contrato, en aquellos elementos que posteriormente se transformarán en cláusulas contractuales. Así las cosas, situaciones como el precio del contrato, las obligaciones, la duración del mismo, etc., son situaciones que deben sustentarse técnicamente debiendo desarrollarse estudios para elegir siempre la mejor opción.

Precisamente como los estudios precontractuales tienen por fin la iluminación de las determinaciones de los funcionarios públicos para que se erradique la subjetividad y se afinque la objetividad racionalizada, ha dicho el Consejo de Estado:

"...en materia contractual las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes:

- i) La verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato.*
- ii) Las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja.*
- iii) Las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.*
- iv) Los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto.*
- v) La disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato.*
- vi) La existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores..."¹³*

Por todo lo anterior se concluye que los estudios técnicos poseen un estándar objetivo, y la sola mención de la palabra "conveniencia y oportunidad en algún documento precontractual" o la existencia de

¹³ Sección Tercera, en sentencia de 31 de agosto de 2006, Radicación R- 7664.

documentos que de forma tangencial aborden alguna situación relacionada con el contrato a celebrar, no logran cumplir con la finalidad de los estudios previos, y por lo tanto, hace que los mismos sean inexistentes, pues un estudio incompleto derivará en que alguna exigencia contractual carezca de planeación.

En el presente caso, la entidad demandada ha alegado que sí existieron estudios de conveniencia y oportunidad, y al respecto refiere los estudios de la Superintendencia de Salud que condujeron a la liquidación de la empresa de licores de Boyacá, el informe presentado a la Asamblea de Boyacá por el Despacho del Gobernador en sesión del 18 de julio de 2002, el documento denominado elaboración pliego de condiciones para el contrato de concesión de licores, dirigido por el exgobernador Miguel Ángel Bermúdez Escobar al Secretario General de la Gobernación, Edgar Ignacio Sainea Escobar, y la tesis de grado "Perspectiva de reactivación empresarial de la industria licorera de Boyacá en el marco de la Ley 550 de 1999", elaborada por las hoy Economistas Flor Ángela Cárdenas Ramírez y Aura Isabel Najjar Martínez.

Lo anterior implica determinar si los estudios referidos tienen el alcance necesario para cumplir la función material de los estudios contractuales previos, o si por el contrario sólo suplen formalmente el requisito.

Como ya se concluyó en el acápite de los hechos probados, la Sala estima que los documentos citados no tienen el alcance de suplir materialmente los estudios precontractuales requeridos, por lo siguiente:

Los estudios de la Superintendencia sólo se centran en la necesidad de liquidar la industria licorera de Boyacá, situación diametralmente distinta a la de soportar la elección de la concesión como mejor mecanismo para explotar el monopolio rentístico y la de sustentar la determinación técnica y financiera de las cláusulas contractuales de la concesión como el precio, la duración del contrato, entre otras.

En relación con el estudio presentado a la Asamblea ocurre lo mismo que con los estudios de la Superintendencia. Con ellos sólo se puede soportar tangencialmente la contratación de la concesión, por cuanto sólo permiten evidenciar el mal manejo administrativo con el que se desplegó la actividad comercial de la extinta Industria Licorera de Boyacá, pero no permiten determinar la forma técnica y financieramente adecuada para explotar el monopolio hacia el futuro. Es más, de tal estudio se infiere que el negocio de la explotación del monopolio rentístico es espectacular y debería ser

concesionado en condiciones financieramente atractivas en términos de mercado, para el Departamento.

En relación con el documento suscrito por el Gobernador de la época denominado "elaboración pliego de condiciones para el contrato de concesión de licores", tampoco puede inferirse la existencia de unos estudios de conveniencia y oportunidad pues en ellos sólo se menciona que la gobernación cuenta con un margen de tiempo aceptable para adelantar el proceso de selección respectivo, con los empleados para desplegar el proceso contractual y con las instalaciones para dar en concesión la explotación del monopolio rentístico, pero nada se dice de cuál sería la duración contractual conveniente, del precio o de otros elementos necesarios para poder efectuar el proceso contractual.

En relación con la tesis de grado referida, la Sala no pudo determinar si la misma hizo parte o no del proceso precontractual, pero sí se puede determinar que no fueron seguidas recomendaciones importantísimas efectuadas por el documento académico, como el término de duración contractual de la concesión o el precio de la misma. Así las cosas, si la referida tesis de grado llegare a constituir el único elemento técnico para la determinación de las cláusulas contractuales, se infiere que la entidad no tuvo ningún elemento técnico y financiero de soporte, pues no acogió en dicho punto lo preceptuado por la tesis.

En suma, la Sala no encuentra, en ninguno de los soportes relativos a la conveniencia y la oportunidad de la Concesión de Licores, un estudio serio atinente a las condiciones de rentabilidad, riesgos, mercado, etc., que permita determinar las condiciones en que debería celebrarse el contrato de concesión en estudio. Así las cosas, no se puede establecer si aspectos tan sensibles e importantes como la duración del contrato y las utilidades del Departamento obedezcan a la mejor opción financiera en términos de mercado, tanto para el ente territorial, como para la Salud y la Educación del mismo.

Como ya se dijo en el acápite de la precisión conceptual de los derechos colectivos, la moralidad administrativa posee un doble componente, uno subjetivo y otro objetivo.

En relación con el componente objetivo, la Sala ha podido establecer la vulneración de un deber objetivo esperado del funcionario público, como es la inexistencia material de estudios previos de conveniencia y oportunidad. No obstante, falta por determinar la transgresión del componente subjetivo.

En antecedencia se manifestó que el componente subjetivo de la moralidad administrativa puede vulnerarse de dos formas, la primera de ellas, por un comportamiento doloso en el sentido de la desviación de poder, al acreditarse un comportamiento torticero y egoísta del funcionario, y el segundo, por un comportamiento sumamente negligente que implique una ilegalidad tan grande que envuelva el acaecimiento de un dolo civil.

En el caso de marras ha acaecido la segunda opción. El deber de realizar los estudios previos no puede ser tomado a la ligera por parte de las entidades. El sólo hecho de no dar la relevancia suficiente a la planeación precontractual de un contrato multimillonario que incide directamente en la obtención de recursos para la salud y la educación, se constituye en una transgresión suficientemente grave a la función pública, que se inscribe en el campo de la inmoralidad.

No puede perderse de vista, que por regla general, los monopolios están constitucionalmente prohibidos en Colombia (art. 336 C.P.) y que la excepción constitucional que gira en torno al de los licores destilados implica la especial relevancia que el mismo constituyente confirió a los recursos que podrían derivarse del mismo, para la inversión en salud y educación. Tal situación especial eleva el estándar de cuidado exigido al funcionario público responsable de su disposición, en orden al cuidado y diligencia esperadas. Precisamente la omisión de tal deber de cuidado exigido, por la particularidad de la situación, implica el acaecimiento de una conducta inmoral a título de omisión grave.

Administrativamente es inmoral que la entidad que tiene la oportunidad de explotar un monopolio, como el de los licores destilados, deje de planear la mejor opción para la salud y la educación, y concesione tal negocio, en un contrato de tan largo aliento, sin una justificación financiera suficiente.

Al consagrarse la gradación de culpas en el ordenamiento civil, puede encontrarse la existencia de la culpa grave, leve y levísima, siendo la primera de ellas, equiparable al dolo civil. El artículo 63 del Código Civil señala:

"Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo."

La moralidad administrativa no puede prohiar la negligencia que alcance el grado del dolo civil, pues aunque el dolo civil no sea suficiente para la imputación de una responsabilidad penal, sí lo es para imputar inmoralidad a la conducta del funcionario, pues el descuido grave en el manejo del patrimonio público es *per se* inmoral, más aún cuando el estándar de conducta esperada, para el caso concreto es bastante alto, pues se trata del más alto funcionario público del nivel departamental en un proceso contractual de relevancia constitucional y con importantísimas incidencias en la salud y educación del Departamento.

En el caso concreto, la conducta se inscribe en la culpa grave, porque el grado de omisión es abrumador. Es inexplicable que en los presuntos estudios previos no se logre encontrar el soporte de cláusulas que implican elementos esenciales del contrato de concesión, como es el valor de la utilidad, y elementos tan relevantes como el tiempo del contrato.

El artículo 1501 del Código Civil señala que un contrato posee elementos de su esencia, de su naturaleza o simplemente accesorios, siendo los primeros (los de la esencia) aquellos necesarios para que pueda existir el contrato pactado ya sea porque el acuerdo pueda producir los efectos del contrato querido sin degenerar en otro. Al consultar el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80, sobre el contrato de concesión, puede leerse que sus elementos esenciales son la actividad concesionada y el precio a pagarse por la misma:

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

El Consejo de Estado ha precisado los elementos comunes a la esencia de todo contrato de concesión así:

*"(i) la concesión se estructura como un negocio financiero en el cual el concesionario ejecuta el objeto contractual por su cuenta y riesgo, en línea de principio; (ii) el cumplimiento del objeto contractual por parte del concesionario debe llevarse a cabo con la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente respecto de la correcta ejecución de la obra o del adecuado mantenimiento o funcionamiento del bien o servicio concesionado; (iii) el concesionario recuperará la inversión realizada y obtendrá la ganancia esperada con los ingresos que produzca la obra, el bien público o el servicio concedido, los cuales regularmente podrá explotar de manera exclusiva, durante los plazos y en las condiciones fijados en el contrato; la remuneración, entonces, "puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden" -artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993- y (iv) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato."*¹⁴

De acuerdo a lo anterior, uno de los asuntos mínimos que debía ser resuelto por los estudios previos de conveniencia y oportunidad, por tocar a la esencia del contrato, era establecer cuál era el mejor precio, en condiciones de mercado, para ofrecer la concesión, situación que no se logró evidenciar en el plenario.

Todo lo anterior permite evidenciar que en el asunto de la referencia se ha vulnerado fuertemente el principio de planeación, y que tal vulneración acompaña un comportamiento administrativo inmoral por implicar una negligencia inexcusable en un contrato con serias y fuertes repercusiones en el patrimonio, la salud y en la educación del Departamento, configurándose una omisión inmoral por configurar un dolo civil.

3.5.2. De la falta de autorización expresa al Gobernador de Boyacá para contratar la concesión del monopolio rentístico de los licores en el Departamento.

Señala la parte apelante que el Gobernador no necesitaba permiso para contratar el monopolio de licores por cuatro razones: (i) el Departamento es el titular del monopolio y el Gobernador posee facultad para concesionarlo; (ii) el artículo 84 de la Constitución Política prohíbe exigir autorizaciones adicionales para desempeñar una actividad cuando esta ya ha sido regulada, por lo que el permiso de la Asamblea sólo sería exigible si una norma lo solicitara

¹⁴ Sección Tercera, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390).

expresamente; (iii) no se puede confundir la regulación del monopolio de licores, que sí requiere autorización de la Asamblea, con la contratación de la concesión del monopolio de licores, que se encuentra en la órbita contractual que puede ejercitar el señalado funcionario; finalmente, (iv) la jurisprudencia nacional, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, ha precisado que la autorización expresa para contratar por parte del colegiado territorial debe ser leída en forma restrictiva, es decir, la expedición de una autorización genérica para contratar comprende todos los contratos que no sean expresamente exceptuados por parte de la misma corporación con criterios de razonabilidad.

La Sala estima que si bien algunas premisas presentadas por la parte apelante son ciertas, al descenderse al caso concreto no logran sustentar la falta de necesidad de autorización por parte de la Duma para haber concesionado el negocio, pues en el asunto de la referencia **el espectro regulativo de la Asamblea se confunde con la facultad para conceder el monopolio rentístico en concesión**, tal como a continuación pasa la Sala a exponer.

El artículo 366 Superior señala:

Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

*La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos **estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.***

Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.

Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley.

El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores. (negrillas por fuera del texto original)

Del artículo transcrito se infiere que, pese a la prohibición general de establecer monopolios, la Constitución instituyó dos en torno a los juegos de suerte y azar y los licores. También puede leerse que la Constitución ordenó que dicho monopolio debería ser regulado por un régimen propio contenido en una Ley presentada a iniciativa del Gobierno; y que en caso de ineficiencia de las empresas monopolísticas del Estado, las mismas deberían liquidarse y la actividad entregada a terceros en los términos descritos en la Ley.

Nótese que por delegación expresa del Constituyente, la Ley juega un papel fundamental en el desarrollo del monopolio rentístico. Según la Carta, corresponde a la Ley definir tres temas: (i) la regulación de la explotación del monopolio, (ii) la forma en que deben liquidarse las empresas estatales monopolísticas ineficientes y (iii) los términos en que debe entregarse a los terceros el desarrollo de la actividad. Por lo anterior, para resolver el punto de apelación, no es suficiente acudir a la Constitución, sino debe consultarse la referida regulación.

Sin embargo, como aún no existen leyes post-constitucionales que desarrollen los aspectos ordenados por el Constituyente, la Jurisprudencia Nacional ha determinado que en el asunto de marras opera un fenómeno de regulación preconstitucional, debiendo aplicarse las disposiciones anteriores armonizadas con la nueva Carta Política.

"Pues lo cierto es que luego de la Constitución de 1991, y por regla general ante la ausencia de normas que suplan la ley requerida en el mandato constitucional de monopolio, se hizo necesario acudir a las leyes que antecieron a la nueva Carta Política, tales como la ley 14 de 1983 y el decreto ley 1.222 de 1986, esto es, la llamada legislación preconstitucional como bien lo planteó la Corte Constitucional frente a la subsistencia de éste último decreto ley, al estudiar que no podía entenderse derogado por la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, salvo en aquellas normas que fueran contrarias a ella; así lo plasmó en sentencia C-571 de 8 de junio de 2004."¹⁵

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, sentencia de uno (1) de marzo de dos mil seis (2006), Radicación número: 47001-23-31-000-1996-04901-01(15471).

Como puede leerse en el aparte transcrito, la Ley 14 de 1983 y el Decreto 1222 de 1986 han desarrollado los mandatos constitucionales relativos al monopolio rentístico de los licores.

El artículo 61 de la Ley 14 de 1983 señala:

*"La producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia. En consecuencia, **las Asambleas Departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades**, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en esta Ley."*

Por su parte, el artículo 121 del Decreto 1222 de 1986 reza:

*De conformidad con la Ley 14 de 1983, la producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia. En consecuencia, **las asambleas departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades**, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en los artículos siguientes.*

Finalmente, en el primer inciso del artículo 123 del mismo Decreto señala:

En desarrollo del monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, los departamentos podrán celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio que, dentro de las normas de contratación vigentes, permita agilizar el comercio de estos productos.

Los artículos 61 de la Ley 14 de 1983 y 121 del Decreto 1222 de 1986 definen el monopolio de licores como uno de arbitrio rentístico de los entes Departamentales, y confiere a la Asamblea dos facultades excluyentes: (i) regular el ejercicio del monopolio o (ii) gravar la industria de los licores cuando el monopolio rentístico no convenga. De otro lado, el artículo 123 del mismo Decreto 1222 señala, para el Departamento, un régimen de amplitud contractual para la explotación del monopolio, en la producción, introducción y venta de los licores.

De otro lado, el segundo inciso del artículo 40 de la Ordenanza 031 del 2000 transcribió literalmente el artículo 123 del Decreto 1222 de 1986, por lo que en la misma norma adoptada por la Asamblea puede leerse que el **Departamento** puede celebrar todo tipo de contratos para la agilización del comercio de los productos del monopolio de licores.

Una lectura armonizada de la Constitución con las disposiciones transcritas ofrece el siguiente escenario:

El monopolio rentístico de licores establecido por la Constitución (inciso 5 Art. 336 C.P.) pertenece a los Departamentos por vía de la Ley preconstitucional (Art. 121 D. 1222/1986), pero las utilidades del mismo deberán invertirse preferentemente en salud y educación como ordena la Constitución (inciso 5 Art. 336 C.P.).

Por ello, para el ejercicio del monopolio, el Departamento, según el reparto de competencias, podrá celebrar todo tipo de contratos que agilice la comercialización de los productos (art. 123 D. 1222 de 1986 y Ordenanza 031 de 2000). No obstante, en caso que las empresas monopolísticas del Estado sean ineficientes, las mismas deberán liquidarse, según mandato constitucional (inciso 7 art. 336 C.P.) y deberá entregarse la actividad a terceros (inciso 7 art. 336 C.P.).

En esta última, la expresión "otorgará a terceros el desarrollo de su actividad", que está ligada a la expresión "en los términos que determine la Ley", desde una primera lectura, parecería obligar a la aplicación del artículo 121 del Decreto 1222 de 1986, es decir, la declaratoria de inconveniencia del monopolio y la dejación en libertad de empresa a la actividad de los licores, obteniéndose el beneficio económico para el Departamento por la vía del gravamen a la actividad.

No obstante, una lectura más amplia de los términos "entregar a terceros" permite también pensar que, en ocasiones, pese a la ineficiencia de la empresa monopolística del Estado, el monopolio en sí mismo es conveniente. De esta forma, no tendría sentido declarar la inconveniencia del monopolio, con el consiguiente gravamen a la actividad, sino que podría dársele una segunda aplicación al artículo 123 del Decreto 1222 de 1986, pudiendo utilizarse cualquier mecanismo contractual vigente para agilizar la comercialización de los productos para la redefinición de la forma como ha de explotarse el monopolio.

La Sala desea resaltar el aparte constitucional "entregará la actividad a terceros"; tal expresión en nada implica una falta de alternativas ante la liquidación de la empresa monopolística del Estado, ni una inexistencia de ámbito regulativo de la Asamblea. Por el contrario, **la elección de cualquier alternativa legal, ante la liquidación de la empresa monopolística, implica el ejercicio de la facultad regulativa de la Duma y no el simple ejercicio de la facultad contractual del Departamento.**

Como se advierte, ante la liquidación de la empresa monopolística del Estado, la Asamblea debe, en primer lugar, determinar la conveniencia o inconveniencia del monopolio. En caso de declarar la inconveniencia, deberá dejar la actividad en libertad de empresa y determinar un gravamen a la misma.

En el segundo escenario, la Asamblea deberá señalar los mecanismos para que el Departamento continúe explotando el monopolio, los cuales pueden consistir en la utilización de cualquier mecanismo contractual legal vigente, como la concesión de la producción, la maquilación del producto, el ingreso de licores de otros departamentos, la contratación a terceros de la distribución de los productos, o las combinaciones comerciales que mejor se ajusten a las necesidades del Departamento, pero siempre como una redefinición Ordenanzal del monopolio territorial y no como una mera contratación.

En consecuencia, no es admisible la presunta aplicación directa de la Constitución por el Gobernador, ya que ésta implica incurrir en un falso dilema al pensar que la ineficiencia de la empresa monopolística estatal concluye fatalmente en la concesión de la explotación del monopolio. Por el contrario, dicha determinación por parte del Gobernador implica la usurpación de la función regulativa de la Duma, consistente en elegir la permanencia o no del monopolio y la elección de los mecanismos propios para la explotación, los cuales, una vez elegidos, deberán contratarse conforme las disposiciones legales vigentes.

Tal usurpación de las funciones de la Asamblea se evidencia claramente en el primer artículo del Decreto 2157 del 10 de octubre de 2002, que reglamenta los decretos ordenanzaes 1688 y el Decreto 453 de 2002 y dicta otras disposiciones en virtud del artículo 336 de la Constitución Política, pues el Gobernador señala que por ese acto administrativo el Departamento retoma el control del monopolio rentístico de licores. El hecho de manifestar tal situación, implica la primera decisión que debía tomar la Asamblea, es decir, declarar la conveniencia del monopolio, para que así el

hecho de entregar a terceros la explotación no implicara el dejar en libertad la actividad, con su correspondiente gravamen.

Las conclusiones esbozadas en torno a la facultad regulativa del monopolio, de la distinción entre regular y gravar el monopolio y de la existencia de una distribución de competencias entre la Asamblea y el Gobernador, han sido reseñadas por la Jurisprudencia.

Por ejemplo, el Consejo de Estado ha distinguido la facultad regulativa del monopolio, la cual es delegable al Gobernador, con la facultad de dejar en libertad el monopolio, con el consiguiente gravamen de la actividad, que es una cuestión indelegable por expresa prohibición del artículo 338 de la Constitución:

"La disposición transcrita establece para las asambleas departamentales dos facultades diferentes, una consistente en regular el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados y la otra, consistente en gravar la actividad cuando el monopolio no conviene. En este caso, se repite, la función delegada es la de regular no la de gravar el citado monopolio que, como se dijo, no es pasible de delegación por expresa prohibición del artículo 338 de la Constitución Política. No ocurre lo mismo con la facultad reguladora, habida cuenta que no existe prohibición alguna que impida delegarla. Contrario a ello, la Carta Política en su artículo 300 numeral 9, le permite a las asambleas departamentales delegar pro tempore las funciones que le son propias."¹⁶

El hecho que sea delegable la función regulativa del monopolio, implica per se que pertenece a la Asamblea y que el Gobernador no puede ejercerla sin la referida delegación.

De otro lado, el Consejo de Estado, precisando el alcance competencial inserto en las normas debatidas, señaló que la regulación preconstitucional del monopolio rentístico de licores, si bien no controvierte la Constitución, tampoco puede entenderse como una modificación de las competencias constitucionales vigentes:

"El contenido filosófico de la norma es casi idéntico a la Carta Política de 1991, que se expidió posteriormente, así se mantiene el arbitrio rentístico, la regulación del monopolio o la solución en caso de que la actividad monopolística sea inconveniente, la posibilidad de celebrar contratos para agilizar la comercialización

¹⁶ Sección Primera. MP. Dra. Martha Sofía Sanz Tabón. Sentencia del diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008), Radicación número: 52001-23-31-000-2002-00685-01.

y producción de los licores y ante todo las competencias armónicas entre Asamblea Departamental y el Gobernador, sin que ni siquiera el legislador de 1983 y 1986 hubiera permitido desnaturalizar las funciones de ambas autoridades por el traspaso de las competencias de una al otro. En consecuencia, bajo la Constitución de 1991 y la legislación preconstitucional subsistente, no es de recibo que la Asamblea Departamental establezca una autorización genérica sin ningún control en su redacción, afectando las disposiciones superiores que prevén ante todo una concurrencia armónica de competencias entre la Asamblea Departamental y el Gobernador, por ser contrario a los mandatos invocados por el demandante, constitucionales y legal."¹⁷

Finalmente, el Consejo de Estado, en la Sala de Consulta y Servicio Civil, ha recalcado que no existe una obligación de concesionar la explotación del monopolio cuando se liquida la empresa monopolística estatal, confirmando lo dicho en antecedencia, sobre la amplitud de posibilidades regulativas, y distinguiendo además, que una cosa es el contrato a celebrar (la concesión) y otra es el mecanismo de elección del contratista, es decir la licitación.

*"Las entidades territoriales no están obligadas a utilizar el contrato de concesión típico, como único mecanismo para contratar con terceras personas la realización (explotación) de las diferentes fases del monopolio. Pueden, debidamente facultadas por la ley 14 de 1.983 y para tal fin, utilizar cualquier modalidad de contrato previsto en las disposiciones legales. Sin embargo, por tratarse de la explotación de una actividad monopólica del Estado, para seleccionar el contratista respectivo deben utilizar siempre el sistema de licitación, concurso o invitación públicos. La comercialización, distribución y venta de los productos elaborados por las licoreras, contratadas a través de contratos de distribución exclusiva con sociedades comerciales, hacen parte del monopolio."*¹⁸

De todo lo anterior se infiere que el Gobernador, contratando la Concesión de Licores sin facultad expresa de la Duma, usurpó la facultad regulativa que tenía la Asamblea, pues **adoptó dos decisiones que estaban por fuera de su competencia, la primera, que el monopolio era conveniente, y la segunda, la forma como el Departamento optaría por la explotación del mismo.**

¹⁷ Sección Tercera. MP. Dra. María Elena Giraldo Gómez. Sentencia de uno (1) de marzo de dos mil seis (2006), Radicación número: 47001-23-31-000-1996-04901-01(15471).

¹⁸ Consejera ponente: Susana Montes de Echeverri. Concepto de noviembre siete (7) de dos mil dos (2002), Radicación número: 1458, Actor: Ministro de Salud, Referencia: Monopolio de Licores.

No obstante, hasta este momento la Sala va sólo a mitad de camino, pues ha desentrañado una ilegalidad proveniente de un desconocimiento del ordenamiento jurídico, situación que no llega a ser título suficiente para imputar violación a la moralidad administrativa, pero sí para cuestionar seriamente la validez del negocio jurídico celebrado para la concesión de licores, pues como lo tiene dicho la doctrina autorizada en la materia, determinados contratos estatales requieren de autorización previa de un órgano de la administración para que otro lo pueda válidamente celebrar.

Así, "... por autorización entendemos la declaración de voluntad administrativa constitutiva, de remoción de obstáculos para superar los límites que el orden jurídico pone al libre desenvolvimiento de la actividad estatal. Esencialmente, desde un punto de vista jurídico, consiste en un acto administrativo de control por el cual un órgano faculta a otro a dictar un acto determinado. Los efectos jurídicos se producen ex nunc, desde la emisión del acto autorizado, incidiendo en su validez".¹⁹

Sin embargo, la Sala considera que en las presentes diligencias existen elementos que permiten demostrar que el presente asunto no se trató de una mera infracción normativa competencial, sino de un claro y consciente desconocimiento del deber de someterse al querer de la Asamblea Departamental, lo cual implica la violación a la faceta subjetiva de la moralidad administrativa.

En el acápite de los hechos probados, la Sala evidenció suficientes acontecimientos que permiten inferir que el Gobernador conocía la asignación de competencias descrita y que tenía claro su deber de supeditarse al querer de la Asamblea para la concesión del monopolio, y que sin embargo, prefirió sustraerse a tal obligación y conceder el monopolio de forma directa.

Por ejemplo, el exgobernador radicó ante la Asamblea el proyecto de ordenanza 058 de 2002, que tenía por fin facultarlo para regular por Decreto el ejercicio del monopolio rentístico de licores y para celebrar los contratos necesarios, como la concesión del monopolio de licores con el fin de garantizar la explotación del mismo.

De otro lado, en los Decretos 1688 de 2001 y 453 de 2002, expedidos por el mismo funcionario, se puede leer que la Asamblea debería regular el ejercicio del monopolio y dar autorización para el uso de los bienes de la extinta Empresa Licorera de Boyacá.

¹⁹ DROMI, José Roberto. La Licitación Pública. 2ª Edición. Editorial Astrea, 2002. Pág. 41.

En el Decreto Ordenanzal 1688 de 2001 se encuentra una autohabilitación para concesionar el monopolio rentístico de licores, pero la misma únicamente tenía el alcance temporal de hasta por dos años, facultad que sería ejercida sólo si la regulación de la Asamblea no fuera expedida a tiempo, y hasta tanto la misma fuera expedida.

Si el Gobernador de la época no tuviere claro su deber legal de someterse a la autorización de la Asamblea para poder concesionar el monopolio de licores, y creyera que la competencia radicaba en cabeza suya en razón del artículo 336 de la Constitución, quedaría sin sentido su comportamiento y sus actos administrativos, es decir, no se explicaría por qué radicar un proyecto de ordenanza que lo facultara para contratar el monopolio, que hubiera consignado una autohabilitación temporal para contratar en un decreto ordenanzal, en caso de faltar el permiso de la Duma para tal fin, que hubiere consignado en el mismo Decreto Ordenanzal que la Asamblea regularía la explotación del monopolio rentístico tras la liquidación de la Industria Licorera de Boyacá. Es más, en caso que el gobernador de la época realmente considerara tener la facultad para concesionar sin necesidad de permiso expreso, tendría que concluirse que en los casos referidos estaría buscando desconocer una competencia que le fuera atribuida directamente por la Constitución, pues no se le puede pedir una autorización a quien se cree incompetente para darla.

De otro lado, aunque la referida autohabilitación no fue utilizada en la práctica, pues la concesión efectuada no fue temporal por el término de dos años mientras se expedía la regulación de la Asamblea, el Gobernador tuvo advertencias fundadas sobre la extralimitación de funciones que implicaba la misma, no por el hecho de la autohabilitación sino por concesionar el monopolio sin autorización de la Asamblea.

Como ya se precisó en el acápite de los hechos probados, la Superintendencia Nacional de Salud, en oficio suscrito por Esperanza Montoya Correa y remitido al Diputado Pedro Augusto Saavedra Peñalosa de la Asamblea Departamental de Boyacá, conceptuó que la autohabilitación podría obedecer a una extralimitación de funciones, y en el informe rendido por el ex Gerente de la Liquidada Empresa de Licores de Boyacá, ALVARO DARÍO BECERRA SALAZAR, a la Asamblea Departamental en sesión del 30 julio de 2002, se puede leer que el gobierno compartió la extralimitación y la corrigió en su decreto reglamentario.

Al leer acompasadamente los actos del exgobernador donde reconocía la competencia de la Duma para autorizar la concesión y las advertencias sobre posibles extralimitaciones ante la concesión sin autorización, sólo puede explicarse la actuación posterior sin permiso de la referida corporación, como una violación al principio extrasistemático *ne contra actum proprium venire*, o en buen romance, nadie puede actuar contra acto propio.

El obrar contra la convicción que le llevó a efectuar dos actos distintos demuestra por vía indiciaria un comportamiento desviado que no se despliega en orden a la tutela de la legalidad sino a otros intereses, que aunque no se conozcan, no pueden coincidir con el buen servicio que necesariamente pasa por el respeto de la asignación legal y constitucional de competencias.

Por todo lo anterior, estima la Sala que en la concesión del monopolio, sin contar con el permiso expreso de la Asamblea, se han configurado los dos elementos propios de la inmoralidad administrativa, el objetivo y el subjetivo, pues se cometió una ilegalidad, consistente en la transgresión de las competencias constitucionales y legales propias del tema, y puede inferirse que aquella fue consciente y voluntaria por haber implicado un acción contra acto propio.

3.5.3. Del particular como colaborador de la administración en la contratación pública

Señala la parte apelante que la sentencia de moralidad administrativa por vicios subjetivos propios de la administración no puede ser oponible al particular contratista, so pena de exponer al Departamento a una condena millonaria, en atención a las utilidades esperadas del contrato de concesión.

El artículo 3º de la Ley 80 de 1993 señala lo siguiente:

"Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones. (el aparte subrayado fue derogado por la Ley 1150 de 2007, pero se encontraba vigente al momento de la suscripción del contrato)."

En atención al principio del equilibrio contractual, al hecho de fungir el particular como un colaborador de la administración, a la buena fe, a la confianza legítima y a la garantía de utilidades que el Estado

garantiza, el Consejo de Estado ha desarrollado una amplia línea jurisprudencial en relación con el deber de restablecer las utilidades al contratista cuando se modifica la ecuación contractual o se le impide la ejecución del contrato por causas imputables a la administración. Así lo ha dicho el Consejo de Estado:

"De otra parte, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 establece cuál debe ser el comportamiento de las partes cuando se presenta una alteración en la relación contractual por causas ajenas al contratante que resulta afectado. Esta disposición otorga a las partes la facultad de solucionar aquellas situaciones que en el devenir del contrato pueden poner en riesgo su equilibrio financiero, sencillamente porque el contratista es un colaborador del Estado en el cumplimiento de los cometidos estatales y la satisfacción del interés público, por lo tanto las partes se encuentran comprometidas no solo en realizar todas las actividades necesarias para cumplir el objeto contractual, con lealtad y buena fe, sino también tienen el deber de tomar las medidas necesarias para que aquella parte que ha sufrido una mayor carga en sus prestaciones pueda ser restablecida, puesto que no consulta el ideal ético jurídico de la justicia conmutativa que la parte que fue ajena a los hechos, tenga que sufrir menoscabo en su patrimonio por la conducta de la otra, que conllevó a la alteración de las condiciones que se tuvieron en cuenta al momento de proponer o contratar."²⁰

No obstante, tal idea del contratista colaborador de la administración que tiene derecho a las utilidades esperadas, posee como presupuesto básico que la inejecución del contrato o la alteración del mismo se generen en el marco de la legalidad y de la mejor prestación del servicio, pues en el caso contrario, es decir, que la inejecución o alteración del contrato devenga por una exigencia del ordenamiento jurídico o de la prevalencia del interés público, la razón de ser del contratista colaborador de la administración implica una lectura distinta, como lo es la de tornarse como interesado en la tutela efectiva de los intereses superiores, de la mejor prestación del servicio y de la función social de la propiedad.

*"El objeto de los contratos que celebran las entidades públicas, persigue el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. **Por consiguiente, la causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no***

²⁰ Sección Tercera, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469).

obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado. De acuerdo con esta orientación, los contratos estatales están poderosamente influidos por el fin que ellos involucran, cual es el interés público, lo que determina, por una parte, que no le es permitido a la administración desligarse de la forma como los particulares contratistas realizan la labor encomendada a través del contrato; y de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad. Es decir, con el contrato se pretende la realización de un fin de interés general, pues es un medio que utiliza la administración pública para la consecución de los objetivos Estatales, el desarrollo de sus funciones y la misión que le ha sido confiada, con la colaboración o contribución de los particulares contratistas, los cuales concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual. Es, entonces, la razonable contraprestación económica la que permite que exista un adecuado balance entre el interés público que anima al Estado a contratar y el interés individual que estimula a los particulares colaboradores a obligarse a suministrar los bienes y servicios objeto del contrato para contribuir con el cumplimiento de los fines de la contratación, el cual debe ser calculado y previsto al tiempo de proponer y contraer el vínculo contractual.²¹ (negrilla por fuera del original)

El texto transcrito permite entrever que las utilidades tienen sentido como derivación del interés general, pues el objeto de la contratación no puede ser otro. Precisamente como la inmoralidad administrativa deja sin sustento el fin mismo de la contratación, es que el Juez Popular puede tomar acciones, aún en contra del interés privado del contratista, porque el equilibrio entre el interés público y el interés privado se rompió, no por el extremo de las utilidades que le mueven a contratar, sino por el extremo de la naturaleza misma del contrato estatal.

Tal principio puede inferirse de la Ley 80. Nótese que el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, aquel que consagra al contratista como “colaborador de la administración”, señala igualmente que tal colaboración se da para el logro de los fines estatales e implica una función social que supone la asunción de obligaciones de cara a la satisfacción de los intereses generales. Tales textos normativos no pueden ser de consagración nugatoria sino que deben tener un efecto útil, como lo es la integración del particular con la

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011), Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).

administración como interesados en la protección del ordenamiento jurídico, y en él, en la protección de los derechos colectivos.

Puede observarse en que la Ley 80 de 1993 incluye al menos 6 artículos diversos en donde tal obligación de la función social de la prestación del servicio y la protección de los fines estatales pueden imponerse al contratista particular, en contra de sus utilidades, ya sea por existir algún hecho que le es imputable, por existir algún vicio contractual que entorpezca el interés general o por existir algún hecho sobreviniente que demande la adopción de medidas distintas²².

Por ejemplo, en el artículo 14 se estipulan ciertas facultades con que cuenta la administración para hacer cumplir el objeto contractual, en el artículo 15 la facultad de interpretación unilateral, en el artículo 16 la facultad de modificación unilateral, en el artículo 17 la facultad terminación unilateral en ciertos eventos como las exigencias del servicio público o la situación de orden público, en el artículo 18 la caducidad contractual, en el artículo 44 las causales de la nulidad absoluta del contrato y en segundo inciso del artículo 45 el deber de la administración pública de terminar el contrato en razón de algunas causales de nulidad absoluta.

Llama la atención que, en tales eventos, no es sólo el reproche al incumplimiento del contratista, sino también la protección de la legalidad o del interés general la causa que permite, por vía judicial o administrativa, la modificación, terminación o nulidad del contrato, aún en contra del interés utilitario del aquél, tornándose el fenómeno de la colaboración con la administración en garante de la mejor prestación del servicio y del ordenamiento jurídico.

Desde tal perspectiva, el juicio de moralidad administrativa de un contrato estatal cobra una especial relevancia de cara al particular contratista, pues la moralidad administrativa no es sólo una prescripción de orden legal, sino que también es un derecho colectivo que está tutelado desde la Constitución misma (art. 88 C.P.) y que, por ende, se encuentra inserto de forma natural en todos los contratos que celebra la administración pública. Mal podría preferirse la pretensión legítima de las utilidades sobre la pretensión

²² Al respecto puede consultarse la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera ponente: Myriam Guerrero de Escobar, veinticinco (25) de febrero de dos mil nueve (2009), Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797). En ella el Consejo de Estado estudia las diferencias entre la nulidad del contrato, el deber de la administración de terminar el contrato cuando se configuren ciertos presupuestos especiales de nulidad absoluta y las facultades especiales de los artículos 14 a 17 de la Ley 80 de 1993.

de la moralidad administrativa como principio superior tutelado por la Constitución.

Sería una contradicción que causales de nulidad o de terminación del contrato de orden legal, y tendientes a la protección de intereses legales, sí sean aplicables al particular y que *contrario sensu* no lo sea una cláusula constitucional tan precisa, como lo es la protección de la moralidad administrativa. No puede perderse de vista que los artículos constitucionales que regulan la propiedad o la libertad de empresa, someten ambas situaciones a la función social que implica obligaciones (Arts. 58 y 333 C.P.), en la cual se incluye la protección de los derechos colectivos y en ellos, la protección de la moralidad administrativa y del patrimonio público.

En tal sentido, la Corte Constitucional ha sido enfática en aclarar que la función social que implica obligaciones en el ejercicio de la propiedad privada y en la libertad de empresa, transforma la concepción individualista de la propiedad, anterior a la Constitución, en una que considere el bien común como su fundamento y razón de ser.

En efecto, en la sentencia C-595/99, la Corte Constitucional efectuó un análisis del artículo 669 del Código Civil, en el que el legislador había previsto que el ejercicio de la propiedad privada era arbitrario mientras el mismo no violara el ordenamiento jurídico. La Corte Constitucional advirtió que para la Carta de 1991 la propiedad no podía ser catalogada como arbitraria, ni restringida a la esfera meramente privada del arbitrio de la voluntad, ni siquiera dentro del marco del ordenamiento jurídico, precisamente porque la función social de la propiedad obliga al propietario a ejercitar un uso no individualista de la propiedad, por lo cual le es oponible el bienestar general.

En conclusión, la propiedad privada, y por extensión en la libertad de empresa, no sólo están sujetas al ordenamiento jurídico sino que están sujetas a la función social propia de los principios constitucionales como la moralidad administrativa, que obliga al titular de los derechos patrimoniales a pensar no sólo en clave individualista, sino también en orden al bien común.

Por todo lo anterior, la protección de la moralidad administrativa aparece reivindicada como un interés superior que también debe perseguir el contratista, inserta de forma natural en el contrato estatal, y que le es exigible como colaborador de la administración pública. En esta línea argumentativa, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de zanjar la "aparente tensión" entre el

principio de la buena fe negocial y los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la integridad del patrimonio público, para significar que aquél es derrotable a fin de garantizar la supremacía de los últimos, como manifestación del carácter prevalente y superior del interés general.

*"Esta Corte ha sido enfática en señalar que, el principio de la buena fe no equivale a una barrera infranqueable que pueda aducirse para impedir la eficaz protección del interés público y de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la integridad del patrimonio público, pues, como también lo ha puesto de presente, la protección del interés general y del bien común, que son también postulados fundamentales en el Estado Social de Derecho, imponen al mencionado principio límites y condicionamientos que son constitucionalmente válidos."*²³

En este mismo aspecto, la Sala considera que, inclusive, el principio de la buena fe objetiva, exigible en materia contractual, se encuentra íntimamente ligado con el derecho colectivo a la moralidad administrativa. Si bien podría cuestionarse, en gracia de discusión, que al colaborador contratista le es exigible un comportamiento acorde con la moralidad administrativa, también es cierto que, en todo caso, su comportamiento negocial siempre deberá ajustarse a los postulados de la buena fe negocial, entendida ésta no desde la visión subjetivista, es decir, de aquella creencia de estar actuando conforme a derecho, sino de un deber de comportamiento tal que implique un papel objetivo de garantía de juridicidad, de corrección, de transparencia.

Acerca de la exigibilidad del principio de buena fe por las partes contratantes, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha destacado su importancia y observancia en los contratos estatales así:

"... el ejercicio de la autonomía privada implica para las partes del negocio la observancia de la carga de claridad y precisión, que en materia contractual administrativa, adquiere particular relevancia, por la consideración que los actos y negocios jurídicos que celebren las entidades públicas, están sujetos de ordinario al cumplimiento de precisos requisitos de naturaleza legal, establecidos como una necesaria garantía de la claridad y transparencia que debe mediar en todo el proceso de contratación y sin los cuales, no pueden aspirar las partes a derivar efectos vinculantes del negocio celebrado, más allá del acto de disposición de intereses objeto de regulación.

²³ Sentencia C-088/00.

(...)

Ciertamente que, la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de la corrección, la claridad y la recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato. Pero ello es bien diferente a pretender derivar conductas y deberes que se concretarían en una violación manifiesta de las normas de orden público que disciplinan la actividad negocial de las entidades públicas, dentro de las cuales, desde luego, ocupa lugar preponderante las que regulan los mecanismos de selección y la forma de ejecución de los contratos estatales”²⁴

Y su distinción con la buena fe subjetiva, la misma Corporación precisó:

*“[...] la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues **en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección**, en lo que se conoce como buena fe objetiva.*

*Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que **persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva**, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados.*

(...)

*Y esto que se viene sosteniendo encuentra un mayor reforzamiento si se tiene en cuenta además que esa buena fe objetiva, que es inherente a todas las fases negociales, **supone la integración en cada una de ellas de las normas imperativas correspondientes**, tal como claramente se desprende de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, que prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”*

²⁴ Sentencia de marzo 16 de 1.998. Consejero ponente: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ. Radicación número: 11196. Actor: SOCIEDAD CONSTRUCCIONES DOMUS LTDA.

Por consiguiente la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho "constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario."²⁵²⁶.

De tal manera que la Sala no comparte el alegato de defensa de la parte apelante, pues los vicios en que se incurrieron durante la fase de selección del contratista sí le eran oponibles, toda vez que en esta etapa también es exigible el principio de la buena fe objetiva; vicios que, como quedaron demostrados en precedencia, fueron de tal envergadura y trascendencia que su desconocimiento por el contratista hacen presumir un comportamiento desviado y deshonesto.

Luego, no es de recibo para la Sala la amenaza de demandas millonarias contra el Departamento cuando, precisamente, coonestó con un comportamiento desviado e inmoral por parte de las autoridades públicas que intervinieron en el proceso de selección del contrato de concesión puesto en tela de juicio por la Procuraduría General de la Nación y por otros órganos de control estatal, con unas irregularidades de un tamaño tal imposible de cubrir impunemente. Y es que otras autoridades exclamaban al unísono acerca de los cuestionamientos legales y éticos de quienes intervenían a nombre de la Gobernación, como para tolerar un comportamiento pasivo y de oídos sordos a tan importantes denuncias públicas.

3.6. De la violación al patrimonio público por la destinación directa del 2% de las utilidades del contrato de concesión 01 de 2003 por parte de la Unión Temporal Licorandes.

Señala la parte apelante que la destinación directa del 2% de las utilidades del contrato no viola el patrimonio público porque el referido porcentaje nació y se ejecuta en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes y no viola el interés general. Señala que aunque los recursos referidos proceden del contrato de concesión, no tornan al concesionario en gestor del gasto pues tal dinero no se incorpora al presupuesto del Departamento, siendo imposible denominar al contratista como una sección del presupuesto o como gestor del gasto.

²⁵ Inciso final del artículo 768 del Código Civil.

²⁶ Sección Tercera, sentencia de 19 de noviembre de 2012, expediente 24897.

Si bien es cierto la parte apelante acierta al afirmar que el dinero referido no ingresa líquidamente al patrimonio del Departamento, la Sala estima que dicha situación vulnera el patrimonio público, porque la importancia y la regulación constitucional de las rentas generadas por un monopolio rentístico restringe el espectro de la autonomía de la voluntad al pactarse las cláusulas contractuales referidas a las utilidades que recibe la entidad pública por tal concepto y tornaría efectivamente al contratista en gestor del gasto.

El artículo 336 de la Constitución, en su inciso quinto, señala que las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación. Como puede advertirse, dicha norma constitucional inicia calificando a los ingresos obtenidos en razón del ejercicio del monopolio rentístico de licores del Departamento como **rentas**.

En sintonía con la norma, el artículo 4º de la Ordenanza 031 de 2000, Estatuto de Rentas del Departamento de Boyacá vigente al momento de la suscripción del contrato de concesión, señalaba que los recursos provenientes de la explotación exclusiva del monopolio rentístico de los licores se denominaban **rentas monopolizadas**. Por su parte, el actual Estatuto de Rentas del Departamento, Ordenanza 022 de 2012, señala en su artículo 19 que son **participaciones** el valor o proporción que deriva el Departamento de Boyacá de la explotación del monopolio de licores y los define como un ingreso corriente no tributario.²⁷

Independientemente de la denominación que se les asigne, el artículo 362 Superior asigna una regulación específica a tales recursos así:

*"Los bienes y rentas tributarias o no tributarias **o provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales, son de su propiedad exclusiva** y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares.*

Los impuestos departamentales y municipales gozan de protección constitucional y en consecuencia la ley no podrá trasladarlos a la Nación, salvo temporalmente en caso de guerra exterior." (Negrilla por fuera de texto original)

Desde una primera lectura, dicha norma constitucional parece ser un precepto destinado a la protección de las Entidades Territoriales frente a la Nación, con el fin que ésta no despoje a aquellas de lo

²⁷ La ordenanza 022 de 2012 se encuentra disponible en la página web de la Gobernación.

que les es propio. Sin embargo, dicha lectura obedece sólo a una mirada preliminar o parcial de la referida norma constitucional.

Del texto transcrito también puede inferirse una regla de conducta oponible a los particulares frente a los bienes o rentas que provengan de la explotación de un monopolio, el cual consiste en que los bienes o rentas producidos por un monopolio rentístico son de **su propiedad exclusiva**, entendiéndose que de la expresión propiedad exclusiva se derivan dos atributos en cabeza de la entidad pública de los referidos bienes: la propiedad y la exclusividad.

Al respecto de la propiedad, señala el artículo 669 del Código Civil que *"es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno"*. Debe resaltarse que los atributos consignados por el Código Civil, el gozo y la disposición, son las principales características que de forma exclusiva otorga la Constitución a la entidad pública sobre los bienes y rentas producidos por un monopolio rentístico.

En razón de la exclusividad predicada, la propiedad no puede ser arrebatada por un tercero, ya sea de naturaleza pública o privada, y que en caso que los referidos atributos sean ejercidos por un tercero, éste sólo puede hacerlo en nombre de aquélla, en representación suya y con el respeto de las normas presupuestales y administrativas que rigen la función pública. Por esta situación, el particular que maneja utilidades de la entidad pública, que provengan de un monopolio rentístico, se torna en gestor fiscal.

En suma, por la expresión **propiedad exclusiva** se deriva que los bienes o rentas generados por el monopolio rentístico ingresan, por ministerio de la Constitución, al patrimonio público de la entidad, y por lo tanto, son objeto de la tutela de la acción popular.

La referida cláusula Constitucional cobra una mayor relevancia cuando se ha concesionado un monopolio rentístico, ya que en tal caso el particular maneja bienes y rentas de propiedad exclusiva de la entidad territorial, y por lo tanto, sus actos de autonomía se reducen al marco permitido por la referida norma. No puede perderse de vista que el patrimonio público es un derecho colectivo con dos facetas, la primera, dirigida a la protección de su integridad, es decir, tendiente a que el patrimonio no se disminuya o no se deje de integrar en forma completa, y el segundo, tendiente a salvaguardar la correcta destinación del mismo conforme a las reglas presupuestales vigentes.

En otras palabras, como los bienes y rentas provenientes de la explotación de los monopolios rentísticos de las entidades territoriales son de su propiedad exclusiva, aquellas ingresan automáticamente al patrimonio público y son pasibles de tutela por vía jurisdiccional para verificar su ingreso efectivo, su conservación y su destinación conforme lo manda la Constitución y la Ley.

Así las cosas, la Sala deberá determinar si el 2% de las utilidades referidas en la cláusula octava del contrato de concesión 001 de 2003 incurren en la expresión constitucional **bienes o rentas provenientes de un monopolio rentístico** y por lo tanto le es aplicable la consecuencia constitucional de la **propiedad exclusiva** de la entidad territorial, conformando así el patrimonio público y siendo entonces violatorio del tal derecho colectivo que el particular las destine en forma directa, sin contar con el consentimiento de la entidad pública y sin aplicarles la destinación específica prevista en la Constitución y en los reglamentos; o si por el contrario, la referida cláusula contractual escapa a la tipificación de bienes o rentas provenientes de la explotación de monopolios rentísticos de las entidades territoriales, dejando a un lado las consecuencias previstas.

Como se determinó en el acápite de los hechos probados, la referida cláusula contractual reza que la utilidad sobre la cuota mínima anual de ventas será del 5%, descontando los impuestos de imposable consumo, e IVA, distribuida así: el 3% para el Departamento de Boyacá y el 2% sobre ventas será destinado por el Concesionario en inversiones correspondientes a externalidades generadas y otros macroproyectos que se concierten con la comunidad y el Departamento, que estén previstas en el Plan de Desarrollo Departamental.

De una primera lectura de la cláusula contractual pueden efectuarse las siguientes conclusiones:

- la cláusula se refiere en forma directa a las utilidades del Departamento.
- Dichas utilidades son distribuidas, para su inversión, entre la entidad contratante y el concesionario.
- La porción de la utilidad asignada al concesionario para su manejo debe ser invertida en proyectos previstos en el Plan de Desarrollo Departamental.

Se concluye que la totalidad de las utilidades contractuales del monopolio rentístico de licores corresponden con la expresión "bienes y rentas" provenientes de la explotación de monopolios

rentísticos de titularidad de los entes departamentales, pues la cláusula no distingue que el 3% sean utilidades y el 2% no implique una utilidad sino un beneficio de otra índole.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra utilidad como: "1. f. *Cualidad de útil.* 2. f. *Provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo.*"

Desde tal definición, puede encontrarse que la palabra "utilidad" es un término polisémico que posee varios significados relacionados entre sí. Por un lado, existe una acepción genérica de la palabra utilidad, relativa a provecho y referida al fruto que se deriva de algo. Sin embargo, al trasladarse al campo contractual y negocial, empieza a cobrar una fuerza distintiva mayor, por cuanto la misma deja de asimilarse a una concepción lata, correspondiente a provecho o conveniencia, para corresponder con un fruto de naturaleza económica que se deriva de un cierto negocio jurídico y que debe ingresar al patrimonio del negociante a favor de quien se genera.

Desde tal perspectiva, un contrato puede generar una serie infinita de beneficios, directos o indirectos, en cabeza de los sujetos negociales o de de otras personas beneficiadas, pero la utilidad contractual en estricto sentido será otra, es decir, la ganancia económica contractual de un sujeto negocial.

Como la cláusula octava del contrato de concesión 01 de 2003 se refiere a la utilidad contractual en estricto sentido, no puede dársele el tratamiento de utilidad en sentido lato, y debe concluirse que las mismas obedecen a un beneficio económico del cual es titular el Departamento y no a un beneficio de otra índole.

Por lo anterior, la utilidad contractual que procede directamente de un contrato de concesión de un monopolio rentístico se traduce necesariamente en "bienes o rentas provenientes de la explotación del monopolio rentístico", con la consecuencia constitucional que ello implica, es decir, la propiedad exclusiva de ente territorial, que a su vez condiciona la facultad de disposición exclusiva por parte de la entidad pública.

Si bien es cierto la Sala reconoce que en punto 3.6 del pliego de condiciones para la licitación pública 002-GB-2002 el Departamento de Boyacá había solicitado como utilidad mínima por cada botella vendida de aguardiente anisado, ron u otros licores, convertida a 750m el tres por ciento (3%) del valor de su correspondiente impuesto de participación o impuesto al consumo (fl. 1455), y que

fue el proponente el que adicionó la inversión directa del 2% de las utilidades netas en proyectos productivos conforme el plan de desarrollo, debe precisarse que un ofrecimiento de utilidades adicionales, en un contrato de concesión de un monopolio rentístico, no puede hacerse desconociendo el artículo 362 de la Carta Política, es decir, con destinación de los dineros por parte del contratista, pues se deberá respetar la titularidad exclusiva de la entidad territorial, y la disposición exclusiva de los recursos que de la misma se deriva.

En otras palabras, si bien el licitante de la concesión del monopolio rentístico tiene la capacidad para pactar beneficios extras con el fin de hacer más atractiva la propuesta a la entidad pública, no puede ofrecer utilidades si la condición impuesta es la destinación directa por parte del mismo proponente, pues aquello violenta la prohibición constitucional contenida en el citado artículo 362 de la Constitución.

Tal interpretación se refuerza al constatar la destinación preferente a salud y educación que por mandato constitucional y reglamentario poseen los recursos generados por el monopolio rentístico de los licores. En consonancia con el artículo 336 Superior, el Decreto 4692 de 2005 dispone que *"La destinación preferente de las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores exige su aplicación por lo menos en el 51% a la financiación de los servicios de salud y educación"*, situación que ya había sido regulada, para la fecha del contrato, por la Circular 110 de 2000 de la Superintendencia Nacional de Salud en términos similares, señalando que **la totalidad de los ingresos obtenidos en el monopolio rentístico de licores constituían rentas** y de las mismas debía destinarse al menos el 51% a salud o educación, para cumplir el mandato constitucional.

Por lo anterior, aparece patente que la cláusula octava del contrato viola el derecho colectivo al patrimonio público en sus dos facetas: la integridad y la destinación. La integridad, porque dineros que ingresan en virtud del artículo 362 Constitucional al patrimonio de la entidad pública nunca le son girados, y la destinación, porque el particular desconoce el fin preferente e imperativo que la Constitución le impone para su inversión en tal porción de los recursos: la salud y la educación.

Finalmente, la Sala desea resaltar que la interpretación efectuada no sólo tiene el asidero jurídico referido, sino que puede ser avizorada en el manejo práctico que el concesionario ha concedido a las mencionadas utilidades contractuales. Llama la atención que en

algunos informes que la Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I. ha presentado en diversas ocasiones, referidos en el acápite de hechos probados, se constata que la Industria confiere el mismo tratamiento de utilidades al 2% mencionado con el 3% que efectivamente se entrega a la Entidad Pública. Inclusive es relevante que en dichos informes se sumen ambos rubros para calcular la utilidad de la entidad territorial.

Dicha situación confirma que en la psiquis de las partes contratantes el referido 2% se tiene como una utilidad contractual auténtica del Departamento de Boyacá, pero que a pesar de ello no se entrega a la entidad territorial, pacto que como ya se dijo, vulnera el artículo 362 de la Carta Política en cuanto a la titularidad y destinación exclusiva de los referidos recursos.

En razón de lo anterior, la Sala confirmará su conclusión según la cual la referida cláusula contractual menoscaba el patrimonio público del ente departamental, al desconocer los parámetros constitucionales que definen el alcance y la destinación de las rentas generadas por un monopolio rentístico.

Por todo lo anterior, la Sala encuentra que efectivamente la concesión del monopolio de licores vulneró derechos colectivos, los que deben ampararse en salvaguarda de la moralidad administrativa y el patrimonio público.

Ante la magnitud de las irregularidades que rodearon el negocio de concesión de licores, la Sala ahora se pregunta si las órdenes impartidas por el fallador de primera instancia fueron las correctas para amparar la efectividad de los derechos colectivos en estudio, o si, dada la gravedad de aquellas, el negocio jurídico en sí mismo se tornó espurio y, por ende, merecedor de otro tipo de consecuencia jurídica. Lo anterior, en la medida en que la pretensión originaria estaba encaminada a conseguir la nulidad absoluta de la concesión de licores.

En efecto, el A quo declaró la suspensión del contrato de concesión 001 de 2003 suscrito entre las partes y condicionó la duración de tal suspensión hasta que se definiera la legalidad del referido contrato en el proceso ordinario contractual adelantado en el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, con radicado 2007-473. Sin embargo, para no privar al Departamento de los recursos provenientes del contrato de concesión, decidió que el actual concesionario continuara con la ejecución de sus actividades, hasta que se entregara y cumpliera el cronograma que debería surgir de la elaboración de un estudio técnico para determinar la forma idónea

de ejecutar la explotación económica del monopolio de licores, que reúna no sólo las consideraciones económicas y financieras del caso, sino también todos los condicionamientos constitucionales, legales y reglamentarios pertinentes.

En este estadio de la providencia, la Sala se pregunta si es razonable permitir la ejecución de un contrato estatal hasta tanto se defina la legalidad del mismo, cuando en el sub lite la Corporación ha encontrado que el mismo desconoció normas contractuales de orden público y que, además, infringió postulados constitucionales acerca de la correcta destinación de las rentas generadas por un monopolio rentístico.

Por ello, la Sala abordará el estudio de si es viable que en sede de acción popular se declare la nulidad absoluta de un contrato estatal cuando el mismo ha vulnerado la moralidad administrativa y el patrimonio público por el desconocimiento de normas superiores.

3.7. Nulidad absoluta del contrato estatal y la competencia del juez popular.

En primer lugar, se debe señalar que las nulidades en materia contractual son instituciones propias del derecho privado; sin embargo, por un fenómeno de transformación administrativa, el derecho civil y el derecho comercial como normatividad igual se puede aplicar al derecho público por un tema de incorporación, en este caso, los institutos del derecho privado cambiarán no en su esencia sino en la forma en que se regula, atendiendo al interés general que se encuentra al interior de la contratación pública.

Atendiendo a lo anterior, ha de advertirse que para el estudio de los artículos 40 y subsiguientes de la Ley 80 de 1993, se debe tener en cuenta lo regulado tanto por el Código Civil como por el Código de Comercio, en lo que respecta al tema de las nulidades en los actos negociales o contratos.

Así las cosas, desde tiempos memorables, las nulidades han sido consideradas como sanciones de tipo legal que se aplican a conductas que resultan contrarias al ordenamiento jurídico. Las nulidades son entonces un vicio que invalida el acto o contrato; en relación con el tema, la doctrina ha señalado lo siguiente:

"La invalidez del negocio es la reacción negativa del ordenamiento frente a determinadas trasgresiones de normas fundamentales, imperativas, llamadas a encauzar el ejercicio de

*la autonomía privada, que se expresan en la exigencia de llenar ciertos requisitos o de cumplir ciertos trámites, o en la prohibición de determinadas actividades o giros o estipulaciones (...)*²⁸.

Frente a este mismo tema, el Código Civil dispone, en su artículo 1740, 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 o estado de las partes"*. Ahora bien, se debe señalar que no todos los vicios conducen a la misma nulidad, como quiera que la nulidad puede ser absoluta o relativa.

En relación con la nulidad absoluta, se debe señalar que dicha institución tiende a castigar lo que resulta contrario a la ley, tal como lo señala el Código Civil, al sostener que dicha sanción se aplica cuando faltan los requisitos que la ley prescribe para la validez del acto o negocio jurídico, se ejecutan actos ilícitos o hay incapacidad de las personas que intervienen en el respectivo negocio. Al respecto, el artículo 1741 *ibídem* señala:

*"ARTICULO 1741. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la **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 acuerda, son nulidades absolutas.*

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato".

Ahora bien, de conformidad con lo señalado en el artículo 1742 de la misma codificación, dicha nulidad se caracteriza porque la misma puede ser declarada de oficio por el juez; hecha la declaración judicial, se retrotraen los efectos del contrato declarado nulo y se extinguen desde su inicio, lo cual implica que las partes deben ser restituidas al estado en el que se encontraban de no haberse celebrado el contrato, salvo que las partes hayan tenido conocimiento de la ilicitud del objeto. Así lo señala el artículo 1746 *ibídem*:

²⁸ Hinestroza Fernando, Tratado de las obligaciones Tomo I.

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

Una vez visto lo relacionado con las nulidades en el derecho privado, se pasa a analizar el tema a partir de los contratos estatales.

Así, en primer lugar, cabe señalar que las nulidades contractuales obedecen a la trasgresión del principio de legalidad que regula los contratos celebrados por la Administración, dicha legalidad implica que el legislador ha determinado una serie de pasos, etapas y requisitos que se deben cumplir para la celebración y ejecución del contrato estatal cuya inobservancia generaría que el respectivo negocio jurídico naciera a la vida jurídica viciado de nulidad.

Conforme a lo anterior, la legislación civil colombiana consagró como causales de nulidad absoluta los vicios de los actos jurídicos de mayor gravedad, tal es el caso del objeto o causa ilícita, como consecuencia de la inobservancia del ordenamiento jurídico imperante para el momento.

Ahora bien, en materia de contratación estatal, el legislador, además de establecer pasos y etapas para la celebración y ejecución del contrato estatal, también adoptó una serie de principios vinculantes y orientadores: así se consagró en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 cuando señala: *"Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollaran con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa"*, estructurando de esta manera principios sobre los cuales deben sujetarse las entidades públicas y los contratistas en su relación contractual, buscando de igual manera que se establezcan garantías para que la contratación se consolide como un eficaz instrumento para el cumplimiento del fin que persigue, esto es, es el interés general.

Así las cosas, y para efectos de sancionar las conductas tanto de la Administración como de los contratistas, cuando las mismas desconozcan los principios, garantías, reglas y, en general, el ordenamiento jurídico al cual se encuentran sometidos para efectos de buscar el fin primordial de la contratación estatal, que no es otro que la satisfacción del interés general, la Ley 80 de 1993 dispuso la normativa en materia de nulidades de los contratos estatales.

Es así como el artículo 44 *ibídem* establece las causales de nulidad absoluta en los contratos de la Administración; al respecto señala lo siguiente:

"ARTICULO 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

- 1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*
- 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;*
- 3. Se celebren con abuso o desviación de poder;*
- 4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*
- 5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley".*

Conforme a la norma trascrita, se puede establecer que la Ley 80 de 1993 señala en forma expresa los eventos en los que se produce la nulidad absoluta de los contratos estatales, frente a lo cual acoge las causales del derecho común y agrega unas causales específicas en razón de la naturaleza pública de la gestión administrativa contractual.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 45 de la Ley 80 de 1993²⁹, la nulidad absoluta debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y la misma no es susceptible de saneamiento por ratificación de las partes. Así las cosas, como quiera que la ley ha radicado bajo la competencia del juez administrativo la decisión sobre la nulidad absoluta del contrato celebrado con las entidades estatales, el legislador ha impuesto a la administración el deber legal de dar por terminado el contrato mediante el respectivo acto motivado, tal como lo señala el artículo antes mencionado.

Significa lo anterior que las nulidades absolutas son sanciones que prevé la ley para aquellos negocios jurídicos que contravienen normas de orden público, lo que implica que dichas nulidades buscan proteger

²⁹ Art. 45 De la nulidad absoluta: La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación. En los casos previstos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

intereses de carácter general, y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y que, por lo mismo, las facultades del juez se incrementan como quiera que las mismas pueden ser declaradas de oficio en salvaguarda del principio de legalidad.

En relación con el tema, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

"Al respecto esta sala ha dicho que las nulidades citadas responden a situaciones de orden estrictamente jurídico y por circunstancias particularmente graves de vulneración del ordenamiento jurídico, pues evidencian que el contrato estatal adolece de irregularidades en su configuración, de tal magnitud, que en el evento de permitir su ejecución se estaría propugnando o removiendo el afianzamiento de un atentado contra la regularidad jurídica, desatendiendo los mandatos que regulan la actividad administrativa, entre ellas la actividad contractual (...)"³⁰.

Corresponde ahora dilucidar si la jurisdicción contencioso administrativa, en sede de la acción popular, puede declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato estatal cuando el mismo no solamente ha transgredido normas de orden público, sino que, además, ha infringido los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público.

Es claro que en la actualidad, bajo la égida de la Ley 1437 de 2011, es impensable que el juez popular anule el contrato estatal, por expresa prohibición del artículo 144, dispositivo que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-644 de 2011, al considerar que *"Se trata de una medida legítima del órgano legislativo que busca armonizar la regulación legal de los distintos medios de control judicial de la administración al establecer que en este tipo de acciones no es procedente anular contratos o actos de la administración, en tanto que para ello están las acciones contencioso administrativas correspondientes, o medios de control, como los denomina la Ley 1437 de 2011 a partir de su artículo 135"*.

Sin embargo, cabe advertir que la acción popular de la referencia fue instaurada en el año 2005, y, por consiguiente, no resultaría aplicable la limitación legal acerca de la competencia del juez popular para la anulación de los contratos estatales. En efecto, es importante destacar

³⁰ Subsección C. Sentencia del 31 de enero de 2011. Radicación No. 17767. Consejero ponente: Olga Medina Valle De la Hoz.

que lo regulado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- sólo es aplicable a los procesos judiciales que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia del referido código, es decir, a partir de 2 de julio de 2012, tal como lo prevé el artículo 308 del CPACA.

Teniendo claro entonces que no es aplicable al presente caso la limitación legal contenida en el inciso 2 del artículo 144 del CPACA, importa dilucidar ahora sí, al amparo de la normatividad y la jurisprudencia vigentes y aplicables a las acciones populares instauradas con anterioridad al 2 de julio de 2012, resulta posible que el juez popular adopte dicha sanción contractual -la de nulidad absoluta-, bien como respuesta a una pretensión concreta o inclusive de oficio.

Pues bien, la Sala considera que la respuesta a dicha interrogante es afirmativa, es decir, a favor de la competencia del juez popular para la anulación del contrato estatal cuando se acredite fehacientemente, no solo el desconocimiento del ordenamiento jurídico, sino la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público.

Así, a partir del año 2005, en fallo de fecha 5 de octubre, la Sección Tercera del Consejo de Estado avaló la procedencia de la acción popular para conseguir la anulación del contrato estatal. En dicha oportunidad manifestó lo que sigue:

"... existe una clara tendencia mayoritaria que admite la posibilidad de que la existencia o la ejecución de contratos estatales pudiera amenazar o vulnerar los derechos y los intereses colectivos, así como la procedencia, en estos casos, de la acción popular"³¹ (subrayas del texto en cita).

*No obstante lo expuesto, **debe advertirse que, tratándose de la procedencia de la acción popular para discutir la validez de los contratos estatales no existe en la actualidad divergencia de criterios, como quiera que desde que asumió su conocimiento exclusivo la Sección Tercera ha guardado coherencia con el planteamiento expresado desde un comienzo.** Con todo, a partir de la casuística, corresponderá al juez popular evaluar la existencia o no de violación del derecho colectivo invocado, al tiempo que habrá de determinar la medida procedente por adoptar, toda vez que la violación del mismo no está necesariamente determinada por la ilegalidad del contrato. Así, en aras de la clara definición de la línea jurisprudencial vigente, se reitera que cuando quiera que otros jueces hayan avocado el conocimiento del contencioso*

³¹ "HERNÁNDEZ, Alier, Las acciones...op. cit".

contractual, el juez popular puede tomar medidas diferentes como es, vgr., la suspensión de la ejecución del contrato, "hasta tanto se defina la legalidad en este último proceso"³² (...) –se destaca-

Retomando la idea expresada líneas arriba según la cual la contratación es expresión de la función administrativa, al tenor de lo dispuesto por el artículo 9 de la ley 472, las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. Dispositivo legal reiterado por el artículo 15 eiusdem que atribuye a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competencia para conocer de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares originadas en "actos, acciones, u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas" (...).

*En definitiva, si se acude al contexto mismo de la ley 472, como a sus antecedentes arriba reseñados, se ilustra el sentido indicado. **Una lectura sistemática que establezca correspondencia y armonía entre cada uno de sus dispositivos (arts. 9, 15, 34 y 40) permite concluir que los contratos estatales son susceptibles de evaluación por parte del juez popular cuando quiera que se amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso -incluso- examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta**, en tanto que esta hipótesis se acompasa mejor a las otras preceptivas que gobiernan la materia (Código Civil, Código de Comercio y ley 80 de 1993), en tanto que sólo ésta puede ser declarada oficiosamente, a tiempo que - con su ocurrencia- resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo³³.*

³² "CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2002, Exp. AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, en el mismo sentido Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. AP 537, C.P. María Elena Giraldo Gómez".

³³ "La jurisprudencia del Consejo de Estado, hasta el momento, parece referirse únicamente a la posibilidad de declarar la nulidad absoluta, excluyendo la relativa; esa conclusión se conforma mejor con la preceptiva legal en esta materia que sanciona la generalidad de las irregularidades con la nulidad relativa y reserva la absoluta para casos excepcionales, tanto en el código civil y en el de comercio como en la ley 80 de 1993; permite el saneamiento, sin exclusiones, de la primera, bien por ratificación de las partes o por el transcurso del tiempo, mientras que restringe el de la segunda, a veces de manera absoluta, en otras de manera parcial; mientras la nulidad relativa debe ser pedida, en todos los casos, por las partes, su declaración, desde que está vigente el artículo 2º de la ley 50 de 1936, puede ser declarada por el juez sin necesidad de petición de parte, la cual puede ser formulada también por "todo el que tenga interés en ello" y por el ministerio público.// Está, pues, proscrita legalmente toda posibilidad de que el juez, cualquiera él sea y por lo tanto también el de la acción popular, declare oficiosamente una nulidad relativa, y no se atisba tampoco la posibilidad de que una irregularidad de esa naturaleza pudiera amenazar o quebrantar los derechos colectivos, circunstancia que, en la práctica, deja vigente únicamente la hipótesis de la nulidad absoluta." (HERNÁNDEZ, Alier. Las acciones populares...op. cit.). // En otro documento el mismo autor plantea las dificultades que enfrenta el tema en materia contractual: "... mientras en relación con los actos se ha instituido únicamente la nulidad, sin calificativos, para los contratos existe la nulidad absoluta y la relativa que tienen causales y fundamentos distintos y la legitimación para pedir las varía en uno y otro casos; la competencia para conocer de las controversias contractuales (y ésta de la nulidad es una de ellas), no siempre está radicada en la sede del juez administrativo : esa es la regla general del artículo 75 de la ley 80 de 1.993 lo cual no impide que algunas de ellas estén sujetas al conocimiento de la jurisdicción ordinaria (...)si el propósito que mueve al actor es el interés general de restablecer el orden jurídico

Con todo, no debe perderse de vista que la Sala ha advertido - criterio que se reitera en esta oportunidad- que cuando cursa proceso ante el juez natural del contrato, el juez popular, porque entiende que es suficiente garantía para el derecho colectivo, debe ser muy cuidadoso al adoptar las medidas del caso (...)³⁴.

Y ya en sede de sentencia de unificación, en el año 2013, cuando ya estaba en vigor el CPACA, la Sala Plena del Consejo de Estado³⁵ amparó la competencia del juez popular para anular los contratos estatales cuando estos vulneren o desconozcan los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio público:

Para la Sala, es prioritario que el juez impregne a la acción popular de los principios de unidad y coherencia del orden jurídico que emanan del carácter normativo supremo de la Constitución, de manera que el derecho objetivo, el derecho colectivo y la acción aseguren los principios rectores de la actividad administrativa, particularmente aquellos que como la moralidad administrativa se erigen, además, como derechos colectivos y su control se confía al actor popular dentro del marco del ejercicio de una acción apropiada para facilitar su ejercicio y garantizar su eficacia.

Así las cosas, aunque el constituyente confió el desarrollo de la acción popular a la ley, ésta no puede menos que otorgar al juez todas las facultades para asegurar sustancialmente la eficacia de los derechos colectivos protegidos constitucionalmente, de forma que pueda corregir las irregularidades que los lesionan, restableciéndolos cuando hayan sido vulnerados e incluso restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible, como efectivamente lo prevé la Ley 472 de 1998.

violado, puede pedirse por cualquier persona (siendo, desde este ángulo una acción popular), la nulidad de los contratos, si es relativa sólo se puede pedir por las partes, y, si es absoluta, pueden hacerlo, además, el ministerio público o un tercero con interés directo. No hay decisiones judiciales que hayan elaborado aproximaciones generales sobre este punto; sin embargo, tomando en cuenta la legislación existente, se podría aventurar la tesis de que, siendo la regla general que compete al juez del contrato pronunciarse sobre su validez, la situación varía cuando se trata de la nulidad absoluta, pues, en los términos del artículo 87 del C.C.A., "El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso" y, siempre que en él (en el proceso) "intervengan las partes contratantes o sus causahabientes".// Según lo han entendido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y la Sección Tercera del Consejo de Estado, siempre que se cumpla esa doble condición, el juez administrativo dispone de la prerrogativa de declarar la nulidad absoluta del contrato en cualquier proceso, y no solo en los procesos contractuales, lo cual, estimo, que admite la posibilidad de que tal cosa ocurra en el proceso originado en una acción popular." (HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alíer, La presunción de legalidad de los actos administrativos y de validez de los contratos estatales en las acciones populares, conferencia dictada en el Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, 26 de octubre de 2001, en Revista del mismo Instituto, 2002).

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 5 de octubre de 2005, proferida en el proceso número 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP). C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

³⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Fallo del 2 de diciembre de 2013, proferido en el proceso número 16001 23 31 000 2005 02130 01 (AP). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

(...)

Como lo ha reiterado esta Corporación, la acción popular es un mecanismo judicial de rango constitucional, principal e independiente, en orden a que los procesos y ejecuciones de la contratación estatal se lleven con la más estricta observancia de valores supremos. Se pretende, por tanto, con esta acción, corregir las irregularidades que lesionan principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos a la moralidad y al patrimonio público, con el fin de superarlos, restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible.

No se trata, entonces, de que el juez popular realice un juicio de legalidad formal, pues ello le corresponde al de nulidad, sino que propenda por la protección de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público sin los límites de las acciones ordinarias, dado que se trata de proteger derechos de contenido difuso, ensombrecidos por deshonestos y repudiables oportunismos individuales.

De modo que si se le resta facultades al juez de la acción popular, pueden resultar igualmente ineficaces las constantes reformas legislativas que procuran conjurar las insospechadas formas de corrupción enquistadas en la actividad de contratación, en amplios sectores de la administración pública.

(...)

De manera que resulta del caso garantizar la tarea del juez de la acción popular en la moralización de los procesos de contratación, en defensa de su transparencia, conforme con lo preceptuado en los artículos constitucionales 2º, 88 y 209.

Desde esta óptica, considera la Sala que:

i) el juicio a cargo del juez popular, de cara a la eficaz protección de los derechos colectivos, se ubica allende del principio de legalidad, controlado por las acciones ordinarias establecidas para hacer efectivas disposiciones puntuales y requisitos concretos, no así principios y valores que corresponde al juez analizar en cada caso, en orden a restablecer derechos de carácter difuso que el legislador no puede puntualizar con perspectivas generales;

ii) el ámbito de las acciones ordinarias que sirven al control de legalidad no puede condicionar el ejercicio ni la procedencia de las acciones populares. Concurriendo en un mismo caso la protección de la moralidad, la defensa del patrimonio público y la legalidad, debe preferirse la acción popular para el amparo integral del derecho colectivo, sin perjuicio de la eficacia que para el caso concreto podría predicarse de las acciones previamente iniciadas para controlar la legalidad;

iii) en ese mismo orden, la nulidad absoluta de los contratos no es un asunto exclusivo del control de legalidad, sino que ella debe imponerse con mayor razón por la violación de los valores supremos a que está sujeta la actividad de la administración; bajo el entendido de que, si bien en el pasado solo la acción de nulidad se erigía para proteger derechos, principios y valores

legales y constitucionales, desde la expedición de la carta política actual los derechos colectivos exigen una acción que no les reste eficacia, la que comprende, además, la nulidad absoluta proveniente de irregularidades que contravienen el derecho público garante de los interés colectivos;

iv) *la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio y de los demás derechos colectivos obligan tanto en la etapa precontractual, como durante la celebración, ejecución y liquidación de los contratos, de suerte que las acciones populares, establecidas para hacerlos efectivos, operan en todos los casos, sin que resulte del caso la tradicional distinción entre actos precontractuales y contractuales, que se pregona en el ámbito de las acciones ordinarias; y*

v) *el régimen jurídico de la acción popular no se agota en la Ley 472 de 1998, sino que está integrado por las distintas normas constitucionales y legales, con estricta sujeción al principio de jerarquía normativa.*

Así, en criterio de la Sala, debe tenerse en cuenta que, además de las amplias facultades que le otorga la Ley 472 de 1998 al juez de la acción popular para hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, el derecho común y el estatuto de contratación estatal imponen al juez que, en los asuntos de su competencia, se pronuncie sobre la nulidad absoluta de cara a los actos o contratos que contravienen el derecho público de la nación³⁶, pues por tratarse de irregularidades que no admiten saneamiento procede su declaración de oficio o a petición de parte³⁷.

Quiere decir, entonces, que en atención a la naturaleza de la acción, su origen constitucional, la clase de derechos e intereses que protege y los efectos de las medidas que puede adoptar, el juez de la acción popular no limita su decisión a los hechos, pretensiones y excepciones alegadas y probadas por las partes, como se infiere de los poderes que le otorgó la Ley 472 de 1998.

Y, por las razones que se han dejado expuestas, huelga reiterar que, a través de la acción popular, se puede dejar sin efectos³⁸ o anular, los contratos estatales violatorios de la moral administrativa y que ponen en peligro el patrimonio público, como lo viene señalando de tiempo atrás la Corporación.

³⁶ Conforme con las disposiciones del Código Civil, el objeto ilícito constituye nulidad absoluta del contrato -art. 1741- y "[h]ay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación" -art. 1519-. Por su parte, el Código de Comercio prescribe que es nulo absolutamente el negocio jurídico "cuando contraría una norma imperativa" -art. 899-. Y en estos mismos casos es nulo el contrato estatal, de conformidad con la Ley 80 de 1993: "[l]os contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común..." -art. 44-.

³⁷ Así lo prescribe el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936: "[l]a nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria" -se destaca-.

³⁸ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de diciembre de 2003, exp. AP (IJ-1204), consejero ponente: Camilo Arciniegas Andrade.

Inclusive, recientemente la Sala Plena del Consejo de Estado ha tenido oportunidad, en dos (2) ocasiones, de avalar la competencia del juez popular para anular contratos estatales.

En efecto, en un primer caso³⁹, aunque no se refirió explícitamente a la materia, sí encontrado ajustado al ordenamiento jurídico un fallo popular proferido por este Tribunal Administrativo, en el año 2009, en el que declaraba la nulidad absoluta de cláusulas de un contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público en la ciudad de Tunja, inclusive la nulidad absoluta de un OTROSÍ al referido contrato para la operación y mantenimiento del sistema de semaforización en la misma ciudad. En esta oportunidad, el Consejo de Estado avaló las medidas *ultra* y *extra petita* adoptadas en segunda instancia por el Tribunal Administrativo para amparar de manera integral los derechos a la moralidad administrativa y el patrimonio público.

En un segundo caso⁴⁰, la Corporación sí se refirió expresamente sobre la posibilidad de anular un contrato estatal en sede de la acción popular. Inclusive, en sede revisión de un fallo popular, de oficio, declaró la nulidad absoluta de un contrato de arrendamiento de un bien de uso público con los siguientes argumentos:

"Vistas así las cosas, es menester también pronunciarse en torno a la viabilidad de declarar la nulidad de contratos estatales, siempre que se encuentre vulnerado un derecho colectivo, en escenarios propuestos bajo la arista de una acción popular y al amparo de la remisión que se hace al Código Contencioso Administrativo⁴¹, en cuanto fuere esta Jurisdicción la competente para conocer de la controversia⁴².

Resulta pertinente aclarar que la sentencia proferida por esta Sala, el 13 de febrero de 2018, en el proceso número 25000-23-15-000-2002-02704-01 (SU), en relación con la procedencia de

³⁹ SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA SEIS ESPECIAL DE DECISIÓN. Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO. Sentencia del cinco (5) de junio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 15001-33-31-001-2004-01647-01(SU)(REV-AP). Actor: CONTRALORÍA MUNICIPAL DE TUNJA. Demandado: MUNICIPIO DE TUNJA.

⁴⁰ SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Magistrado Ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ. Sentencia del catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 05001 3331 003 2009 00157 01. Actor: Fredy Morales Suaza y Otros. Demandado: Municipio de Támesis (Antioquia).

⁴¹ Artículo 44 de la Ley 472 de 1998.

⁴² Se hace la claridad de la remisión normativa, toda vez que en vigencia de la Ley 1437 de 2011 no hay lugar a discutir tal aspecto pues existe previsión expresa del Congreso de la República en torno a esa hipótesis no puede el juez anular el contrato, puesto que para conjurar el riesgo o vulneración del derechos o derechos colectivos de que se trate, tiene a su disposición la adopción de cualquier medida que resulte eficaz para lograr ese objetivo.

estudio de legalidad de actos administrativos en este tipo de acciones en vigencia del régimen del Decreto 01 de 1984, no es aplicable al caso sub examine, dado que lo debatido en el asunto de la referencia recae sobre un objeto distinto, esto es, sobre un contrato y no un acto administrativo. Así, aún cuando en esa providencia se aludió tangencialmente a la procedencia de la acción popular contra contratos, se tiene que constituye un obiter dicta y no hace parte integrante de la ratio decidendi de aquél fallo, por lo que, en tal carácter, no vincula la decisión de la Sala en esta oportunidad.

(...)

... la Sala concluye que el contrato celebrado es de los que no permite el ordenamiento jurídico, pues el objeto lo constituye claramente un bien de uso público, que es el parque principal del Municipio de Támesis (Antioquia), y sobre tal bien se está concediendo de manera expresa y exclusiva el uso y goce propios del negocio jurídico de arrendamiento de inmuebles, aspecto éste que no consulta el alcance de la naturaleza del bien objeto de ese negocio jurídico.

Lo expuesto redundante en la vulneración del derecho colectivo del goce del espacio público dado que, al haberle hecho entrega al señor Escobar Moncada del Parque Central de Támesis en arrendamiento, se consolidó el ejercicio de los derechos de uso y goce propio del contrato suscrito, restringiendo el acceso a dicho bien de la forma como consta en el acervo allegado al proceso.

(...)

... Corolario de lo anterior es que el contrato de arrendamiento que se controvierte en esta sede, desconoce el derecho colectivo en la manera indicada, además de haber transgredido normas de imperativo cumplimiento todo lo cual redundante también en un contrato celebrado con objeto ilícito, circunstancia que lleva a que se adopten las medidas conducentes a su protección en los términos del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, que consistirán en la declaración de nulidad del contrato suscrito por el Municipio de Támesis y el señor Mario de Jesús Escobar Moncada, lo cual a su vez da lugar a que sea restituido dicho inmueble al ente territorial, libre de cualquier elemento que perturbe el derecho amparado”.

Frente al caso en estudio, la Sala encontró que, contrario a lo alegado por la entidad demandada, en el proceso precontractual del asunto de marras no existieron estudios de conveniencia y oportunidad que avalaran el negocio jurídico. Y es que, como ya se dijo, los estudios previos no son un requerimiento meramente formal de la etapa precontractual, sino que implican una obligación material que conduce a la administración a determinar técnica y adecuadamente el contrato, en aquellos elementos que posteriormente se transformarán en cláusulas contractuales. Precisamente como los estudios precontractuales tienen por fin la iluminación de las

determinaciones de los funcionarios públicos para que se erradique la subjetividad y se afinque la objetividad racionalizada.

Como ya se concluyó en el acápite de los hechos probados, la Sala estimó que los documentos que aparentaban dar soporte al proceso de negociación no tuvieron el alcance de suplir materialmente los estudios precontractuales requeridos.

En efecto, se dijo que los estudios de la Superintendencia sólo se centraban en la necesidad de liquidar la industria licorera de Boyacá, situación diametralmente distinta a la de soportar la elección de la concesión como mejor mecanismo para explotar el monopolio rentístico y la de sustentar la determinación técnica y financiera de las cláusulas contractuales de la concesión como el precio, la duración del contrato, entre otras.

En relación con el estudio presentado a la Asamblea ocurrió lo mismo que con los estudios de la Superintendencia. Con ellos sólo se podía soportar tangencialmente la contratación de la concesión, por cuanto sólo permitían evidenciar el mal manejo administrativo con el que se desplegó la actividad comercial de la extinta Industria Licorera de Boyacá, pero no permitían determinar la forma técnica y financieramente adecuada para explotar el monopolio hacia el futuro.

En relación con el documento suscrito por el Gobernador de la época denominado "elaboración pliego de condiciones para el contrato de concesión de licores", tampoco pudo inferirse la existencia de unos estudios de conveniencia y oportunidad pues en ellos sólo se menciona que la gobernación cuenta con un margen de tiempo aceptable para adelantar el proceso de selección respectivo, con los empleados para desplegar el proceso contractual y con las instalaciones para dar en concesión la explotación del monopolio rentístico, pero nada se dijo de cuál sería la duración contractual conveniente, del precio o de otros elementos necesarios para poder efectuar el proceso contractual.

En relación con la tesis de grado referida, la Sala no pudo determinar si la misma hizo parte o no del proceso precontractual, pero sí se pudo determinar que no fueron seguidas recomendaciones importantísimas efectuadas por el documento académico, como el término de duración contractual de la concesión o el precio de la misma. Así las cosas, si la referida tesis de grado llegare a constituir el único elemento técnico para la determinación de las cláusulas contractuales, se concluyó que la entidad no tuvo ningún elemento

técnico y financiero de soporte, pues no acogió en dicho punto lo preceptuado por la tesis.

En suma, la Sala no encontró, en ninguno de los soportes relativos a la conveniencia y la oportunidad de la Concesión de Licores, un estudio serio atinente a las condiciones de rentabilidad, riesgos, mercado, etc., que permita determinar las condiciones en que debería celebrarse el contrato de concesión en estudio. Tampoco se pudo establecer si aspectos tan sensibles e importantes como la duración del contrato y las utilidades del Departamento hubieren obedecido a la mejor opción financiera en términos de mercado, tanto para el ente territorial, como para la Salud y la Educación del mismo.

Además, la Sala encontró acreditado que el Gobernador de la época contrató la Concesión de Licores sin facultad expresa de la Duma y usurpó la facultad regulativa que tenía la Asamblea, pues adoptó dos decisiones que estaban por fuera de su competencia, la primera, que el monopolio era conveniente, y la segunda, la forma como el Departamento optaría por la explotación del mismo.

Finalmente, la Sala concluyó que la cláusula octava, sobre el 2% de las utilidades del contrato de concesión 001 de 2003, menoscabó el patrimonio público del ente departamental, al desconocer los parámetros constitucionales que definen el alcance y la destinación de las rentas generadas por un monopolio rentístico.

Al respecto, en pretérita oportunidad, la Sección Tercera – Subsección A del Consejo de Estado señaló:

"... un contrato de concesión de un servicio público esencial como el que se celebró, dada su naturaleza y alta relevancia por el impacto social que está llamado a generar, indefectiblemente debe estar soportado en estudios técnicos y de factibilidad que permitan establecer en primer orden la verdadera necesidad de la colectividad y, a partir de allí, las opciones o modalidades existentes para satisfacerla y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja, las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios a contratar, los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de su celebración, la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, o profesionales, en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante, todo ello

con el fin de que el ente territorial logre materializar el principio de selección objetiva a través de la escogencia de la mejor oferta, pues solo de esa manera, esto es, solo a partir de la precisa identificación de las necesidades de la colectividad en esa materia, podrá establecer quién se encuentra en mejor posibilidad de satisfacer el bien público”.⁴³

Por lo anteriormente expuesto, la Sala concluye que el contrato de concesión es inválido de nulidad absoluta al haber incurrido en la causal general de *"omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ello"*, prevista en el artículo 1741 del Código Civil, y en la especial prevista en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

II.4.- LA CONCLUSIÓN Y EL SENTIDO DE LA DECISIÓN.

Como se manifestó, la Sala encontró que efectivamente la concesión del monopolio de licores vulneró derechos colectivos, los que deben ampararse en salvaguarda de la moralidad administrativa y el patrimonio público. Por ello, comparte la conclusión general de vulneración y afectación de los referidos derechos a la que llegó el A quo.

Sin embargo, se apartará parcialmente de las decisiones adoptadas en el fallo apelado al estimarlas insuficientes en procura de proteger cabalmente la moralidad administrativa y el patrimonio público. A juicio de la Sala, no resulta razonable prohijar la ejecución de un contrato estatal viciado de nulidad absoluta hasta tanto se dilucide la acción ordinaria contractual.

Por ello, ante la magnitud de las irregularidades que rodearon el negocio jurídico de licores para el Departamento de Boyacá, la Sala declarará la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 0001 del 15 de enero de 2003 cuyo objeto consistió en la producción, distribución y venta de licores destilados, y ordenará al Gobernador de Boyacá, para que en un término no mayor a ocho (8) días, contabilizados a partir de la ejecutoria de esta providencia, expida el correspondiente acto administrativo de terminación del contrato en los términos del artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

⁴³ Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E). Sentencia del 16 de julio de 2015. Radicación número: 76001-23-31-000-2002-04055-01(41768).

Así mismo, la Sala ordenará al Gobernador de Boyacá que inicie de manera inmediata y sin dilación alguna las actuaciones administrativas necesarias para determinar técnica y financieramente la forma de explotación económica del monopolio de licores que más convenga al Departamento y promueva, en un término no mayor a seis (6) meses a la ejecutoria de esta providencia, el trámite respectivo ante la Asamblea Departamental a fin de obtener la autorización que ha de requerirse, según las conclusiones del referido estudio y conforme al ordenamiento constitucional y legal en la materia.

En tanto se adelanta lo anterior, y una vez en firme el acto de terminación del contrato y restituido los bienes inmuebles y muebles de la concesión pertenecientes al Departamento, el Gobernador de Boyacá podrá adoptar directamente las medidas contractuales necesarias y provisionales para explotar el monopolio de licores en la forma que más convenga a los intereses generales del Departamento de Boyacá. En todo caso, la vigencia de dichas atribuciones no podrá superar el término estrictamente necesario para adelantar lo consignado en el párrafo precedente y por un lapso no superior a doce (12) meses a partir de la firmeza de esta providencia.

En todo caso, a partir de la ejecutoria de la presente sentencia y de forma inmediata a la misma, el concesionario de licores deberá suspender cualquier tipo de inversión o ejecución de recursos correspondientes al dos por ciento (2%) sobre ventas que trata la cláusula octava del contrato de concesión, dineros que deberán ser girados directamente al Departamento de Boyacá, quien a su vez dará cumplimiento a lo ordenado en el artículo 336 Constitucional.

Ahora bien, en relación con los efectos de la declaratoria de nulidad, los mismos consisten en desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada, para que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del contrato anulado, es decir, retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con anterioridad a la celebración de los mismos, lo que implica que produce efectos *ex tunc*, como si el negocio jurídico jamás se hubiere celebrado.

Ahora bien, atendiendo a que las cosas vuelven al estado en el que se encontraban con anterioridad a la celebración del contrato, ello implica que cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del mismo, es decir, que la declaratoria de nulidad absoluta no impide que se efectúe el pago de las prestaciones ejecutadas del contrato declarado nulo por objeto o causa ilícita, siempre y cuando se

pruebe que la entidad se ha beneficiado de las mismas, es decir, cuando las prestaciones hayan servido para satisfacer un interés general, en tal evento, el reconocimiento se hará hasta el monto del beneficio que la administración haya obtenido, tal como lo dispone el artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

En este punto, resulta importante reiterar que, parte de la jurisprudencia, se limita a interpretar de manera literal el contenido del artículo 48 del Estatuto de la Contratación Estatal, ordenando en varias providencias las restituciones mutuas a que hubiere lugar por el solo hecho de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, sin advertir que dichas restituciones derivadas de la declaración judicial de nulidad tiene un límite importante según lo establece el artículo 1746 del Código Civil, al disponer que ellas se realizan *"sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o la causa ilícita"*. En ese sentido, el artículo 1525 *ibídem* establece *"No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas"*.

Lo anterior implica que la regla general que establece el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, puede ser rechazada en eventos en los cuales exista una intención de fraude hacia el ordenamiento jurídico, y en particular, hacia los procedimientos de la contratación estatal por parte de los involucrados en el respectivo contrato. En otras palabras, se debe analizar la intención deliberada de las partes contratantes de soslayar el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, más allá de ordenar las restituciones mutuas a que haya lugar como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta del contrato estatal, el juez administrativo debe analizar el comportamiento de las partes contratantes, para determinar si actuaron de buena fe o lo hicieron conociendo que el negocio jurídico se encontraba viciado de alguna irregularidad y aun así permitieron que naciera a la vida jurídica.

una vez hecha la anterior aclaración, la Sala encuentra que en el asunto de la referencia y pese a la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión de Licores, no hay lugar al reconocimiento de las prestaciones mutuas, atendiendo a la mala fe con la que actuaron las partes del negocio.

Por ello, la Sala ordenará al concesionario la devolución inmediata de todos los bienes inmuebles (edificios, acueductos, redes, tanques de almacenamiento, etc.) y muebles (maquinaria, equipos herramientas, etc.) entregados por el Departamento de Boyacá, pertenecientes a las plantas de Tunja, Moniquirá y Frutensa.

Para tal efecto, en audiencia pública, el Juzgado de primera instancia y con la participación de los miembros del comité de verificación que se designará en esta providencia, a más tardar en un plazo de un (1) mes contabilizado a partir de la firmeza de esta sentencia, garantice la restitución de todos los bienes al Departamento de Boyacá.

Finalmente, la Sala ordenará remitir copia de la presente providencia con destino al expediente de controversias contractuales radicado No. 15001233100020070047301, que actualmente cursa en la Sección Tercera del Consejo de Estado, MP Dr. JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS, en segunda instancia.

Del Comité de Verificación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, y para efectos de vigilar el cumplimiento de las órdenes dadas en la presente sentencia, se conformará un Comité de Verificación conformado por:

- El Juez Noveno Administrativo de Tunja, quien lo presidirá;
- El Procurador Judicial Administrativo asignado en esta acción popular para la segunda instancia.
- El Gobernador de Boyacá, quien podrá delegar a uno de los Secretarios del Despacho.
- Un delegado de la Defensoría del Pueblo;
- El representante legal de la Unión Temporal Licorandes Asociados, hoy INDUSTRIA DE LICORES DE BOYACÁ S.A.

El Comité de Verificación, en audiencia pública, deberá reunirse por lo menos una (1) vez cada dos meses. En todo caso, el primer Comité de Verificación deberá reunirse para garantizar la restitución al Departamento de Boyacá de los bienes inmuebles y muebles, tangibles e intangibles, de la concesión de licores.

Finalmente, se ordenará compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, a la Contraloría General del Departamento de Boyacá y a la Procuraduría General de la Nación para que se investiguen los posibles delitos y faltas en los que pudieron incurrir quienes celebraron el Contrato de Concesión de Licores No. 0001 del 15 de enero de 2003, desconociendo los principios y la normatividad que regula la contratación estatal.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 1 del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- CONFIRMAR los ordinales **primero, segundo, tercero, octavo, décimo y décimo primero** de la Sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Tunja, 16 de Junio de 2011, según las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- MODIFICAR los ordinales **cuarto, quinto, sexto, séptimo y noveno** de la sentencia apelada, los cuales quedarán así:

CUARTO: DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA del contrato de Concesión de Licores No. 00001 de 2003, cuyo objeto consistió en la producción, distribución y venta de licores destilados.

QUINTO: 1.- ORDENAR al Gobernador de Boyacá que un plazo no mayor a ocho (8) días contabilizados a partir de la ejecutoria de esta providencia, expida el correspondiente acto administrativo de terminación del contrato de Concesión de Licores No. 00001 de 2003 en los términos del artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

2.- ORDENAR al Gobernador de Boyacá que en forma inmediata y sin dilación alguna inicie las actuaciones administrativas necesarias para determinar técnica y financieramente la forma de explotación económica del monopolio de licores que más convenga al Departamento de Boyacá, y promueva, en un término no mayor a seis (6) meses a la ejecutoria de esta providencia, el trámite respectivo ante la Asamblea Departamental a fin de obtener la autorización que ha de requerirse, según las conclusiones del referido estudio y conforme al ordenamiento constitucional y legal en la materia.

SEXTO: En tanto se adelanta la orden anterior, y una vez proferido y notificado el acto de ejecución de terminación del contrato y restituido los

bienes inmuebles y muebles de la concesión pertenecientes al Departamento, el Gobernador de Boyacá podrá adoptar directamente las medidas contractuales necesarias y provisionales para explotar el monopolio de licores en la forma que más convenga a los intereses generales del Departamento de Boyacá. En todo caso, la vigencia de dichas atribuciones no podrá superar el término estrictamente necesario para adelantar lo consignado en el numeral anterior y por un lapso no superior a doce (12) meses a partir de la firmeza de esta providencia.

SÉPTIMO: ORDENAR a la UNIÓN TEMPORAL LICORANDES ASOCIADOS, hoy Industria de Licores de Boyacá, a **RESTITUIR** al Departamento de Boyacá, en audiencia pública que deberá adelantarse ante el Juzgado de Primera Instancia en los términos previstos en esta providencia, todos los bienes inmuebles (edificios, acueductos, redes, tanques de almacenamiento, etc.) y muebles (maquinaria, equipos herramientas, etc.) entregados por el Departamento de Boyacá, pertenecientes a las plantas de Tunja, Moniquirá y Frutensa.

NOVENO: Con el propósito de hacer seguimiento a las órdenes impartidas y garantizar el cumplimiento de las mismas, **CONFORMAR** un Comité de Verificación integrado así:

- El Juez Noveno Administrativo de Tunja, quien lo presidirá;
- El Procurador Judicial Administrativo asignado en esta acción popular para la segunda instancia.
- El Gobernador de Boyacá, quien podrá delegar a uno de los Secretarios del Despacho.
- Un delegado de la Defensoría del Pueblo;
- El representante legal de la Unión Temporal Licorandes Asociados, hoy INDUSTRIA DE LICORES DE BOYACÁ S.A.

El Comité de Verificación, en audiencia pública, deberá reunirse por lo menos una (1) vez cada dos meses. En todo caso, el primer Comité de Verificación, con la dirección del juez de primera instancia, deberá reunirse para garantizar la restitución al Departamento de Boyacá de los bienes inmuebles y muebles, tangibles e intangibles, de la concesión de licores, en un plazo no mayor a un (1) mes contabilizado a partir de la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO.- COMPULSAR copias de los fallos de primera y segunda instancia a la Fiscalía General de la Nación, a la Contraloría General del Departamento de Boyacá y a la Procuraduría General de la Nación para que se investiguen los posibles delitos y faltas en los que pudieron incurrir quienes celebraron el Contrato de Concesión de Licores No. 0001 del 15 de enero de 2003, desconociendo los principios y la normatividad que regula la contratación estatal.

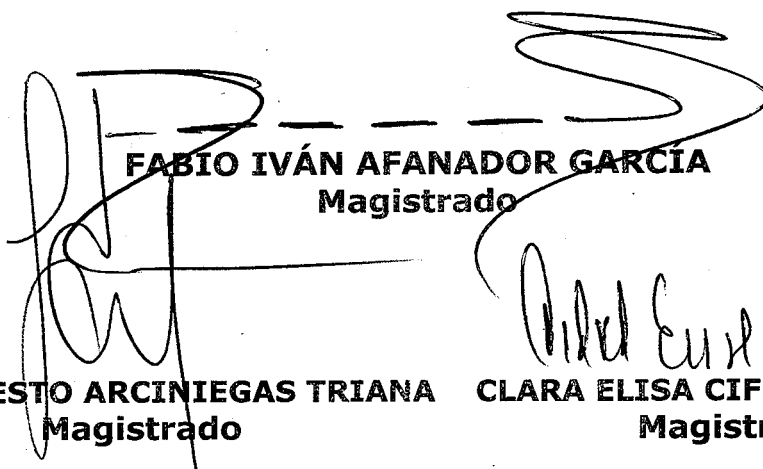
CUARTO.- REMITIR copia de la presente providencia con destino al expediente de controversias contractuales radicado No. 15001233100020070047301, que actualmente cursa en la Sección Tercera del Consejo de Estado, MP Dr. JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS, en segunda instancia.

QUINTO.- Reconocer personería para actuar en este proceso como apoderado principal de la Superintendencia de Salud al Dr. HANS JOACHIM WALDMANN GAMBOA, abogado, identificado con C.C. No. 79.910.469 de Bogotá y T.P. No. 170.186 del C.S. de la J.

SEXTO.- Por Secretaría, devuélvase el expediente al Juzgado de Origen para lo de su competencia dejándose las constancias de rigor.

Esta Sentencia fue estudiada y aprobada en Sala de Decisión No. 1, de la fecha.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado


LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado


CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO

El auto anterior se notifica por estado
No. 24 de hoy, 14 FEB 2019

EL SECRETARIO