145.
85
91

ACCION DE NULIDAD

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

- SALA PLENA -

MAGISTRADO PONENTE: DOCTOR HERNANDO ESLAVA BARON

Tunja, octubre quince de mil novecientos ochenta y tres.

REF: Proceso de acción de nulidad radicado ba - jo el No.3905 adelantado mediante apodera- do por el doctor ALFONSO SALAMANCA LLACH - representante de la Beneficencia de Boyacá.

* *

El doctor ALFONSO SALAMANCA LLACH en calidad de representante legal de la BENEFICENCIA DE BOYACA, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 66 del C.C.A., demanda la nulidad del contrato administrativo de concesión, suscrito en Tunja el mes de diciembre de 1.977, en cuanto la Beneficencia de Boyacá contrató con la sociedad Organización Hotelera GERMAN MORALES e HIJOS LTDA, el uso y explotación del Hotel HUNZA, de propiedad de la citada Beneficencia, ubicado en la ciudad de Tunja y el cumplimiento de la sentencia dentro del término señalado en el artículo 121 del C.C.A., procediendo en tal plazo a la - liquidación del contrato y restitución de bienes conforme a la ley y el mismo contrato (fls. 25 a 44 cuad.1).

La relación de los hechos fundamentales de la demanda da cuenta de la naturaleza jurídica de la Entidad contratante y la forma - como el Gobernador del Departamento de Boyacá de entonces, como Presidente de las Juntas Directivas de la Beneficencia e Idaboy y en asocio de los representantes de éstos Institutos celebró y suscribió el contrato con la citada Organización Hotelera, para uso, explotación y administración de varios Hoteles de propiedad de Idaboy y del Hotel Hunza, situado en Tunja de propiedad de la Beneficencia, en el mismo documento contractual, en el cual, cada Instituto se - considera contratante independiente y sin obligaciones solidarias - algunas entre ellos y el concesionario. Después de un amplio análisis de distintas cláusulas del contrato; de dar cuenta del cambio - de Régimen Fiscal del Departamento y de transcribir lo pertinente - de dos actas de sesiones de la Junta Directiva de Idaboy deduce que la Beneficencia no estudió ni autorizó el contrato; que la autori - zación final del contrato se dió el 12 de diciembre de 1.977; que -

144
28 84
1-3

hay contradicción del Gobernador en cuanto a la naturaleza del contrato que se iba a celebrar; que no hay constancia de licitación - ni para arrendar, ni para contratar por administración delegada o mediante concesión; que no aparece constancia de la ratificación y autorización del contenido y texto del contrato por parte de la - Junta de la Beneficencia; que el contrato se celebró por "contra - tación directa"; que no se conocen actas del Consejo de Gobierno - emitiendo concepto favorable para la celebración del contrato; que no se pactó cláusula de reversión, ni de imposición de multas y - tampoco se publicó en el Organo Oficial del Departamento y que el valor del contrato se fijó en cuantía de $4 320.000.oo (fls. 25 a 30 cuad. 1).

Al analizar el aspecto de tránsito de legislación para establecer las normas aplicables al contrato, puesto que éste se desarrollo dentro de la vigencia de los dos Códigos Fiscales de Boyacá, - el actor considera aplicable las normas vigentes hasta el 12 de diciembre de 1.977: Ordenanza 67 de 1.966, y así, señala como violados distintos preceptos de tal ordenamiento fiscal, con amplia exposición del concepto de la violación. Sin embargo, al anotar el caso de criterio diferente por parte del Tribunal al respecto, expone la violación de varias normas del Código Fiscal hoy vigente: Ordenanza 32 de 1.977. También considera transgredidos, con su fundamento, algunos artículos de la Ordenanza 22 de 1.963 (fls. 30 a - 42 cuad.1).

Subsanada la irregularidad relacionada con la representación legal de la Organización Hotelera "GERMAN MORALES e HIJOS LTDA", - entidad contratante (cuad.2), continúo la tramitación legal del proceso (fls. 77 y siguientes cuad.1), sin constitución de parte impugnadora alguna.

La parte actora presentó escrito de alegato, sosteniendo los puntos de vista de la demanda (fls. 74 a 98 cuad.1).

El señor Agente del Ministerio Público luego de analizar la naturaleza del contrato; de considerar algunos aspectos sobre la - acción pertinente y otros, relacionados con el estatuto Ordenanzal

aplicable al caso e irregularidad del contrato, solicita la declaratoria de su nulidad absoluta, no solo como coadyuvancia de la demanda sino por la facultad otorgada en el artículo 72 del C.C.A., con apoyo en la Ley 50 de 1.936 (fls. 126 a 130 cuad.1).

- - - - - - - - - -

Agotada la tramitación del proceso conocido en PRIMERA INSTANCIA, sin observar causal de nulidad alguna que afecte lo actuado, la Sala procede a decidir mediante las consideraciones siguientes:

a).- Previamente al análisis de mérito del asunto, y en razón de que el actor para obtener la anulación del contrato no ejercita la acción de plena jurisdicción, sino la de nulidad, es preciso observar que aquél está legitimado para proponer la pretensión por la vía procesal que lo hizo, porque la entidad demandante, por ser parte en el contrato controvertido, en su carácter de contratante directo, tiene interés jurídico para que la justicia intervenga en la definición del derecho que cree asistirle; interés, que le confiera legitimación para ejercitar la acción de nulidad del contrato. Esta es concepción jurídica vigente de la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, respecto de la legitimación para proponer la acción de nulidad de los contratos administrativos.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA SECRETARIA

b).- Del acervo probatorio documental aportado al expediente se encuentra demostrado lo siguiente:

1o.- Que la Beneficencia de Boyacá celebró con la firma Organización Hotelera GERMAN MORALES e HIJOS LTDA un contrato que denominaron de concesión, para la explotación técnica del Hotel Hunza de la ciudad de Tunja, que se dice es de propiedad de la Beneficencia, contrato que está contenido en el mismo documento en que el Instituto de Desarrollo de Boyacá "IDEBOY", también celebra contrato de concesión con la citada firma Hotelera, para explotación técnica de otros Hoteles que también se afirma, son de propiedad del Instituto (fls. 4 a 15 vto. cuad.1).

2o.- Que en el mismo contrato se establece la independencia absoluta de cada uno de los Institutos contratantes en cuanto a - los efectos y obligaciones contractuales.

3o.- Que el contrato no tiene fecha de suscripción y sólo - aparece una constancia de aprobación fiscal por la Contraloría - General de Boyacá del 26 de diciembre de 1.977 (fls. 13 vto., 15 vto. y 14 cuad.1).

4o.- Que el acta No.009 del 2 de noviembre de 1.977 de la - Junta Directiva de Ideboy respecto a "CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOS HOTELES SOCHAGOTA Y HUNZA", expresa que el señor Gobernador informa "sobre los antecedentes de este contrato, la necesidad - que se presentó de declarar desierta la licitación por no dar cumplimiento la que se presentó a las normas fiscales y adelantar el estudio del contrato con la firma GERMAN MORALES e HIJOS.....". - Habla de ingresos para IDEBOY, lo mismo que del plazo de cinco - años del contrato y otras sugerencias relacionadas con IDEBOY, para terminar aprobando el contrato y autorizando su celebración - (fl. 19 a 20 cuad.1).

5o.- Que el acta No.011 del 12 de diciembre de 1.977, también de la Junta Directiva de IDEBOY, anota como asunto pendiente la - "Modificación Concesión Hoteles por 10 años" y da cuenta de la decisión de no efectuar contrato de administración delegada, sino - de concesión (fl. 22 cuad.1).

6o.-.El contrato en su cláusula DECIMA SEPTIMA, indica CONDICIONES PARA SU VALIDEZ, entre las cuales expresa, con relación a la Beneficencia de Boyacá, que deberá estar ratificado o autorizado en su contenido y textos por su Junta Directiva (fl. 12 - vto. cuad.1).

c).- El contrato objeto de la nulidad tiene el carácter de contrato administrativo de concesión, como aparece de la modalidad de contratación.

d).- Antes de analizar las formalidades propias del contrato controvertido es indispensable determinar sí se cumple el fac-

tor COMPETENCIA, de medular importancia para la validez del contrato, entendida en derecho público como la aptitud de obrar de las personas públicas o de sus organismos.

La Beneficencia del Departamento de Boyacá, no solo por jurisprudencia sino en virtud de la norma que la constituyó: Ordenanza No.22 de 1.963 (fls. 117 a 121 cuad.1), jurídicamente tiene el carácter de establecimiento público departamental, con autonomía administrativa, y patrimonio propio e independiente de los bienes y fondos del Departamento.

Está administrada por una Junta Directiva y un Síndico General (artículo 4o.).

Si bien, dentro de las funciones conferidas al Síndico se encuentra la de celebrar contratos, es una facultad que sólo puede ejercer mediante la autorización administrativa impartida por la Junta Directiva, exigencia que sin duda se desprende del ordenamiento del artículo 13 de la citada Ordenanza al expresar: "Todo con el propio dictámen favorable de la Junta Directiva....", pues tal expresión, inequívocamente implica autorización, ya que solo el "dcitámen favorable de la Junta Directiva" completa la COMPETENCIA del Síndico para celebrar el contrato.

Lo anterior significa que la COMPETENCIA del Síndico para contratar, está integrada por dos condiciones: 1o.- La disposición Ordenanzal que le confiere tal facultad y 2o.- La Autorización de la Junta Directiva para la celebración del contrato. Si falta cualquiera de estas condiciones, falla el factor COMPETENCIA necesario para la validez del contrato.

Al remitirnos al conjunto probatorio aportado al proceso en busca de la aludida COMPETENCIA del Síndico de la Beneficencia para celebrar el contrato acusado, se echa de menos la autorización de la Junta Directiva de la Beneficencia para celebrarlo, elemento integrante de la COMPETENCIA, como se dijo, pues no se encuentra por parte alguna el dictámen favorable de la Junta Directiva exigido por el artículo 13 de la Ordenanza 22. Existe una decisión gené

rica de efectuar contrato de concesión de Hoteles, en el acta 011 del 12 de diciembre de 1.977 (fl. 22 cuad.1), pero de la Junta - Directiva de IDEBOY, Organismo totalmente distinto y ajeno a la - Beneficencia de Boyacá y en consecuencia, carente de absoluta eficacia como autorización al Síndico de la Beneficencia para la celebración del contrato, capaz de completar la COMPETENCIA necesaria que le permitiera suscribirlo válidamente.

La falta advertida es ostensiblemente violatoria del artículo 13 de la Ordenanza 22 de 1.963, en la forma alegada por el - actor, y cobra singular importancia, puesto que vulnera directamente la COMPETENCIA del Síndico para celebrar o suscribir el aludido contrato. Fuera de que se complementa la violación de tal - norma con la ausencia probatoria de la aprobación del contrato - por parte del Ministerio de Salud Pública, exigida allí mismo.

e).- Antes de proseguir cualquier otro análisis, conviene - precisar el estatuto fiscal del Departamento aplicable al contrato, habida cuenta de que el 13 de diciembre de 1.977, entró en vigencia la Ordenanza 32 de 1.977, que contiene el nuevo Código Fiscal de Boyacá y el contrato, que carece de fecha de suscripción, sin embargo aparece aprobado por la Contraloría del Departamento el 26 de diciembre de 1.977 (fl. 14 cuad.1), es decir, después de entrar a regir la citada Ordenanza.

Así las cosas, en virtud de que el contrato de concesión como todos los contratos administrativos, no son de formación instantánea sino que requiere de varios actos, como son los preparatorios, los constitutivos y los de perfeccionamiento, si nos remitimos a los actos preparatorios, partiendo del principio de que - el Síndico de la Beneficencia suscribió el contrato porque la Junta de IDEBOY, en acta del 12 de diciembre de 1.977 (fl.22 cuad.1), decidió que se efectuara el contrato de concesión, ya que ésta - decisión, en el fondo, subrogó lo dicho en el acta 009 del 2 de - noviembre de 1.977 (fls. 19 a 20 cuad.1), tendríamos que el único acto preparatorio realizado, respecto del contrato de concesión - que se suscribió antes de la vigencia del nuevo Código Fiscal, sería la presunta autorización contenida en la citada acta y otorga-

da el último día de vigencia del Código Fiscal anterior, pues como antes se dijo, el nuevo comenzó a regir el 13 de diciembre, y así, el resto de actos preparatorios, necesariamente debían ajustarse ya a las prescripciones del nuevo Código y con mayor razón, los actos subsiguientes: constitutivos y de perfeccionamiento, - pues al entrar en vigencia el nuevo Código Fiscal (Ordenanza 32 - de 1.977) el 13 de diciembre de dicho año, el contrato todavía no no encontraba en la etapa de los actos de <u>perfeccionamiento</u>, para que le fuera aplicable el Código anterior, como lo prescribe el - artículo 234 del Estatuto Fiscal vigente: Ordenanza 32 de 1.977, al decir que: "Los contratos que a la fecha de vigencia de ésta - Ordenanza <u>se estuvieren perfeccionando</u>, podrán continuar su tramitación de acuerdo con las normas antes vigentes...."(subraya la - Sala), ya que como se advirtió, sólo se había dado un solo paso de la etapa de los actos preparatorios: la presunta autorización, nada más, quedando pendiente los demás actos de dicha etapa requeridos para el contrato de concesión, por ejemplo, la licitación póblica (artículo 132), lo mismo que los actos constitutivos y de perfeccionamiento. Del contenido de la norma fiscal transcrita se deduce que al entrar en vigencia la Ordenanza, los actos preparatorios y de constitución de los contratos que no se hubiesen verificado quedaban sometidos a las exigencias del nuevo Estatuto Fiscal.

f).- Determinado que el ordenamiento fiscal rector del contrato que nos ocupa era la Ordenanza 32 de 1.977, encontrámos que el artículo 220 consagra NULIDADES ABSOLUTAS de los contratos, - entre las cuales, contempla el caso de que "<u>se celebren por funcionarios que carezcan de competencia para ello</u>" (se subraya). Vimos como el Síndico de la Beneficencia al suscribir o celebrar el contrato sin el cumplimiento de las prescripciones del artículo 13 de la Ordenanza 22 de 1.963, resultó que lo hizo sin haber adquirido la COMPETENCIA para ello; falta que de conformidad con el citado artículo 220, constituye NULIDAD ABSOLUTA del contrato, lo que por sí solo es suficiente para declararla sin más consideraciones.

Sin embargo, al detenernos un poco en las normas fiscales -

vigentes que concretamente rigen para los contratos de concesión: artículos 131 a 133 de la Ordenanza 32 de 1.977, encontrámos que el artículo 132, expresamente exige que: "Los contratos de concesión previstos en el presente Código, se adjudicarán siempre en - licitación pública" (se subraya). Esta norma, señalada por el actor como violada (fl. 41 cuad.1), no aparece en el proceso que - haya tenido cumplimiento, pues no existe demostración alguna al - respecto, lo cual, permite deducir que al celebrarse o suscribirse el contrato sin tal formalidad se infringió la citada norma.

Ahora bien, la FALTA DE LICITACION PUBLICA, el artículo 220, ordinal e) de la Ordenanza 32, también la contempla como causal - de NULIDAD ABSOLUTA DE LOS CONTRATOS.

g).- La presencia de las causales de nulidad absoluta advertidas: Falta de competencia y de licitación pública, necesariamente imponen la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, sin necesidad de estudiar si se cumplieron o nó, las demás formalidades propias del contrato de concesión a que alude el demandante, y ésto, no solo por ser nulidades absolutas expresamente contempladas en la norma fiscal, sino por el carácter de orden público que ostentan tanto el factor competencia como la licitación pública, por lo cual, su quebrantamiento implica causal de nulidad absoluta dentro de las prevenciones del artículo 2o. de la Ley 50 de - 1.936, como lo sostiene la jurisprudencia, que da lugar a su declaratoria, aún de oficio por el juez, lo mismo que a petición - del Ministerio Público, como en nuestro caso, él lo impetró (fl. 130 cuad.1).

En resumen: las infracciones de los artículos 13 de la Ordenanza 22 de 1.963 y 132 de la Ordenanza 32 de 1.977, alegadas por el actor, por configurar causales de nulidad absoluta expresamente determinadas en el artículo 220 de la Ordenanza 32 de 1.977, y ser contrarias al orden público, por sí solas bastan para que el Tribunal declare la nulidad absoluta del contrato en lo pertinente demandado por la parte actora, con las consecuencias propias - de tal decisión.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, admi

137 121
77 5
21
28

NOTIFICACION POR EDICTO: Para notificar legalmente el fallo anterior, se fija edicto en lugar público de la Secretaría del Tribunal por el término de cinco días, hoy veintidós de octubre de mil novecientos - ochenta y tres, siendo las ocho de la mañana.

nistrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

AARON CESAR LOPEZ VARGAS
SECRETARIO

PRIMERO.- DECLARAR NULO de NULIDAD ABSOLUTA, el contrato de CONCESION suscrito en Tunja en 1.977, en cuanto la BENEFICENCIA DE BOYACA contrató con la ORGANIZACION HOTELERA GERMAN MORALES e HIJOS LTDA, el uso y explotación del HOTEL HUNZA, de propiedad de la citada Beneficencia ubicado en la ciudad de Tunja.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la declaración anterior procédase a la liquidación del contrato, en lo pertinente, de conformidad con la Ordenanza 32 de 1.977 y reintégrense los bienes y elementos recibidos por el contratista, por parte de éste a favor de la Beneficencia de Boyacá, todo dentro del término señalado en el artículo 121 del C.C.A.

N. S.

El proyecto de este fallo fué discutido y aprobado por el - Tribunal en Sala Plena en su sesión del trece de octubre del año - en curso según Acta No. 126.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y COMUNIQUESE

HERNANDO ESLAVA BARON
MAGISTRADO

VICTOR CORREDOR RODRIGUEZ
MAGISTRADO

AARON CESAR LOPEZ VARGAS
SECRETARIO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA SECRETARIA

NOTIFICACION AL SEÑOR AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO -FISCAL TERCERO-

Hoy diez y siete de octubre de mil novecientos ochenta y tres, el suscrito Secretario del Tribunal Administrativo de Boyacá, notifico personalmente-- el fallo anterior, al señor Fiscal Tercero. Impuesto firma.

El Notificado,

DR. JORGE MENDEZ PERILLA
Fiscal 3o.

El Secretario,

AARON CESAR LOPEZ VARGAS