

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, diecinueve (19) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 76001-23-33-000-2012-00076-01 (61.054)
Demandante: ECONERGÉTICOS SAS
Demandado: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL, PORTUARIO,
BIODIVERSO Y ECOTURÍSTICO DE BUENAVENTURA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - APELACIÓN
DE SENTENCIA
Asunto: NULIDAD ABSOLUTA DE CONTRATO DE
ARRENDAMIENTO DE BIEN DE USO PÚBLICO

Síntesis del caso: las partes suscribieron un contrato de arrendamiento sobre un puerto marítimo construido sobre terrenos de uso público (terrenos de baja mar y playas), a pesar de que el arrendatario pagó varios cánones de arrendamiento el ente territorial no entregó el predio; no obstante, el a quo no abordó ese incumplimiento porque declaró la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 4 de septiembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante la cual se dispuso lo siguiente:

PRIMERO.- Declarar la nulidad absoluta del contrato de arrendamiento no. 110903 del 19 de diciembre de 2011, suscrito entre Ecoenergéticos SAS y el Distrito de Buenaventura, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Denegar las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta Sentencia.

TERCERO.- Condenar a la parte vencida en el proceso al pago de las costas de esta instancia, las cuales deberán ser liquidadas por la Secretaría de esta Corporación, de conformidad con el artículo 366 del CGP, cuando aparezcan que se causaron y en la medida de su comprobación.

CUARTO.- Fijar como agencias en derecho la suma equivalente al 0,07% de las pretensiones denegadas en la Sentencia, de conformidad con lo establecido en el numeral 3.1.2 del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003.” (índice 2 SAMAI - negrillas y mayúsculas sostenidas del original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito radicado el 19 de julio de 2012 (fl. 88 vltto. cdno. ppal.), la compañía Ecoenergéticos SAS, en ejercicio del medio de control jurisdiccional de controversias contractuales presentó demanda (fls. 81 a 88 cdno. ppal.) en contra del Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura con las siguientes súplicas:

“PRIMERA: que acorde con el artículo 141 del CPACA se declare que el **DISTRITO DE BUENAVENTURA**, representado legalmente por el Señor **ALCALDE DISTRITAL**, no ha cumplido el **CONTRATO DE ARRENDAMIENTO** no. 110903 del 19 de diciembre de 2011, suscrito con **ECOENERGÉTICOS SAS (...)** y cuyo **OBJETO** [siguen objeto del contrato, linderos del inmueble y plazo de ejecución].

SEGUNDA: que como consecuencia de lo anterior, el **DISTRITO DE BUENAVENTURA**, representado legalmente por el Señor **ALCALDE DISTRITAL**, devuelva **INDEXADAS** las sumas de dinero que ha recibido por concepto de pago de arrendamiento desde el mes de diciembre de 2011 al mes de abril de 2012 a razón de \$16.500.000 por mes y lo que se siga causando, es decir a la fecha \$82.500.000.

TERCERA: que por el incumplimiento del contrato conforme a los hechos al no haber hecho entrega del inmueble hasta la fecha, se aplique la sanción que en la cláusula **OCTAVA** del contrato se había previsto en caso de incumplimiento por el **ARRENDATARIO**, esto es la suma \$60.000.000.

CUARTA: las dos anteriores sumas de dinero (\$82.500.000 y \$60.000.000), se sumarán al valor de \$1.800.000.000 que es el valor total del contrato acordado dentro del mismo contrato como consta en el mismo y en el **CERTIFICADO** del Señor **TESORERO GENERAL DEL DISTRITO DE BUENAVENTURA** con fecha 2 de enero de 2012, para un total de la **PRETENSIÓN DE:** \$1.942.500.000 o las sumas reconocidas en la **SENTENCIA** las cuales devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes al fallo que homologue el acuerdo **Q** conciliatorio, y moratorios al vencimiento de dicho término.” (índice 2 SAMAI - negrillas y mayúsculas fijas del original).

2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante expuso, en síntesis, lo siguiente:

1) El 19 de diciembre de 2011, las partes suscribieron el contrato de arrendamiento número 110903 para que el particular demandante pudiera usar parte de un terreno

de propiedad del ente territorial demandado por diez (10) años –hasta el 18 de diciembre de 2021– por el pago de un canon mensual de \$15.000.000 más IVA.

2) A pesar de que el arrendatario pagó los cánones de diciembre de 2011 a abril de 2012, el arrendador no ha entregado el inmueble.

3. Contestación de la demanda e intervenciones del litisconsorte necesario por pasiva y de los terceros

1) El Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura (fls. 101 a 104 cdno. ppal.) propuso las excepciones de *i) "ilicitud del objeto contratado"* y *ii) "ilegalidad del contrato"*, toda vez que el espacio dado en arrendamiento es de uso público.

2) Por su parte, la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Dirección General Marítima (DIMAR) –litisconsorte necesario por pasiva– (fls. 323 a 333 cdno. ppal.), la Superintendencia de Puertos y Transporte –tercero con interés– (fls. 353 a 361 cdno. ppal.) y la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (CVC) –tercero con interés– (fls. 381 a 393 cdno. ppal.) advirtieron que no fueron parte de la relación contractual objeto de debate.

4. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en providencia del 4 de septiembre de 2017 declaró la nulidad absoluta del contrato de arrendamiento y negó las pretensiones de la demanda (fls. 518 a 552 cdno. ppal.) con los siguientes fundamentos:

1) El inmueble dado en arriendo está construido sobre un terreno de bajamar de propiedad de la Nación y por ser un bien de uso público el ente territorial demandado no podía celebrar negocios ya que ni siquiera podía disponer de este, en consecuencia, el contrato de arrendamiento es nulo por objeto ilícito.

2) A pesar de la nulidad del contrato no es posible ordenar el reintegro del dinero pagado por el arrendatario, porque no hay evidencia que permita afirmar que el ente territorial era el titular de la cuenta bancaria en la que se hicieron los pagos.

5. Recurso de apelación

La parte demandante (fls. 563 a 580 cdno. ppal.) manifestó su inconformidad con los siguientes argumentos:

- 1) El *a quo* en ningún apartado estudió las pretensiones de incumplimiento, por el contrario, anuló el contrato a pesar de que ello no fue objeto de la demanda.
- 2) El contrato no adolecía de nulidad absoluta, pues, ninguna prueba indicaba que la parte dada en arriendo al demandante era un bien de uso público, inclusive esa franja de terreno estaba ocupada por otra persona –Asociación de Madereros del Litoral Pacífico– en virtud de un contrato de arrendamiento anterior.
- 3) Las consignaciones bancarias por concepto de pago de canon de arrendamiento se hicieron en favor del ente territorial demandado, aspecto que nunca fue puesto en tela de juicio por parte del arrendador.

6. Actuación surtida en segunda instancia

Por auto del 3 de mayo de 2018 (fl. 587 cdno. ppal.) se admitieron los recursos de apelación y el 28 de junio del mismo año (fl. 589 cdno. ppal.) se corrió traslado para alegar de conclusión, en dicho término la parte demandante (fls. 590 a 613 cdno. ppal.) insistió en las razones de su apelación y el agente del Ministerio Público solicitó que se confirme la declaratoria de nulidad absoluta del contrato porque recayó sobre un bien de uso público, lo cual no excluía la restitución de los recursos entregados por el demandante hasta el monto del beneficio que hubiere obtenido la demandada; mientras que la parte demandada y los demás intervinientes guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) el caso concreto y, 3) condena en costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

Presentada la demanda oportunamente¹, corresponde a la Sala determinar, conforme a la apelación de la parte demandante, si se debe revocar la decisión de primera instancia porque, a juicio del impugnante, el contrato no adolecía de nulidad absoluta y, en cualquier caso, el arrendatario debía recuperar lo pagado por concepto de cánones de arrendamiento.

La Sala modificará el fallo impugnado en lo relacionado con el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas, pues, se acreditó que la entidad recibió los pagos hechos por el arrendatario, en lo demás confirmará la decisión apelada porque las razones de apelación no permiten concluir algo distinto a lo expuesto y decidido por el *a quo*.

2. El caso concreto

2.1 La nulidad absoluta del contrato de arrendamiento

1) El demandante cuestionó que no se abordara el incumplimiento contractual pretendido con la demanda, pues, en lugar de ello se estudió la nulidad absoluta del contrato que no hacía parte de las súplicas.

Al respecto, es pertinente destacar que el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), disposición que en términos generales coincide con las previsiones de los artículos 2² de la Ley 50 de 1936 y 1742 del Código Civil, prevé que la nulidad absoluta del contrato puede ser declarada cuando aparezca plenamente demostrada, siempre que en el proceso de que se trate intervengan las partes contratantes o sus causahabientes –como ocurre en el *sub lite*–; incluso la jurisprudencia ha precisado que “*el juez no solo tiene la facultad sino el deber de declarar la nulidad absoluta total o parcial de un contrato, aun sin petición de parte, cuando esté demostrada en el proceso la causal prevista en la ley*”³.

¹ La demanda es oportuna, porque se presentó el 19 de julio de 2012 (fl. 88 vlt. cdno. ppal.) durante la vigencia del plazo de ejecución del contrato.

² “*La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrario; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley.*”.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2015, exp. 29.742, CP Ramiro Pazos Guerrero.

Así las cosas, si el contrato adolece de nulidad absoluta es innecesario estudiar las súplicas relacionadas con su incumplimiento, pues, por causa de la anulación desaparece el negocio que las sustentaba.

2) Adicionalmente, el actor aseguró que la sentencia apelada pasó por alto que, en realidad, el contrato de arrendamiento no era nulo, pues, solo una parte del predio era de uso público; al respecto, es necesario precisar lo siguiente en relación con la descripción, ubicación y características del inmueble:

a) El 15 de enero de 1988, a través de la Resolución número 24, el Director General Marítimo y Portuario otorgó en concesión por veinte (20) años a la CVC “*un lote de terreno de propiedad de la Nación, ubicado en la esquina nororiental del puente El Piñal*” (fl. 401 cdno. ppal.) en los siguientes términos

“[Segundo considerando] Que el lote de terreno se encuentra enmarcado por las siguientes coordenadas planas, de acuerdo con el plano a escala 1:10000 del puerto de Buenaventura. Partiendo del punto A situado a la orilla del estero El Piñal [siguen coordenadas] y en dirección sureste en una longitud aproximada de 158 metros hasta el punto B [siguen coordenadas] y en dirección sureste en una longitud aproximada de 155 metros hasta el punto C [siguen coordenadas] y en dirección suroeste en una longitud aproximada de 200 metros hasta el punto D [siguen coordenadas] y en dirección noroeste una longitud aproximada de 165 metros hasta el punto A de partida.

[Tercer considerando] Que sobre el lote anteriormente descrito se efectuarán las siguientes construcciones:

a) Adecuación y relleno de 1,5 hectáreas de terreno de bajamar.

b) Un muelle maderero que contará con las siguientes instalaciones y servicios:

- 1) Un muelle de 100 metros de longitud.*
- 2) Una bodega cubierta de 2000 metros cuadrados.*
- 3) 8200 metros cuadrados de patio al descubierto para almacenar madera.*
- 4) Una cafetería de 260 metros cuadrados.*
- 5) Oficinas para la administración del muelle.*
- 6) 4500 metros vías internas.*
- 7) Cerramiento en malla para todo el contorno de las instalaciones.*
- 8) Servicios de agua, electricidad, combustible y uso múltiple. (...).*

RESUELVE

Artículo 1º. Otorgar en concesión a la Corporación Autónoma Regional del Cauca (CVC) , por el término de veinte (20) años, los terrenos de propiedad de la Nación descritos en el segundo considerando de esta resolución y autorizar la construcción en ellos de la infraestructura y el muelle maderero detallados en el tercer considerando de conformidad con los planos y

estudios presentados con la solicitud” (fl. 401 cdno. ppal. - mayúsculas fijas del original).

b) El 7 de mayo de 1987, la CVC y las Empresas Públicas Municipales de Buenaventura suscribieron el convenio número 487 para que esta última administrara por dos (2) años los predios del puerto maderero, de conformidad con lo pactado a continuación:

“Objeto del convenio. Por el presente convenio las Empresas se comprometen a administrar provisionalmente los predios adquiridos por la CVC en la zona seleccionada para construir el muelle maderero y de cabotaje en la ciudad de Buenaventura, así como a utilizarlos en el servicio de descargue y depósito que requieran los usuarios particulares, dentro de sus labores de transporte marítimo y terrestre de madera entre dichos predios y otros lugares.” (fl. 414 cdno. ppal.).

c) El 10 de marzo de 1993, las Empresas Públicas Municipales de Buenaventura y la Asociación de Madereros del Litoral Pacífico (Amadelpa) celebraron un contrato de arrendamiento, vigente hasta el 6 de mayo de 1994, sobre el puerto maderero con la siguiente descripción:

“[El puerto maderero] consta de dos (2) módulos perimetrales de losa con un área de 855 m², una zona de patios de almacenamiento de maderas en tránsito, con un área aproximada de 1500 m, una oficina construida en madera para administración con sus respectivas instalaciones de energía, agua, servicios sanitario y dos (2) líneas telefónicas; ubicado en el casco urbano del Municipio de Buenaventura sector de El Piñal, sin número de identificación, con los siguientes linderos: POR EL FRENTE, con la autopista Simón Bolívar que de Cali conduce a Buenaventura y la línea férrea, POR EL LADO IZQUIERDO con un área destinada para futura ampliación del muelle maderero y de cabotaje, POR EL LADO DERECHO con la baja marea y POR EL FONDO con la baja marea.” (fl. 421 cdno. ppal. - mayúsculas fijas del original).

d) El 7 de junio de 1996, la CVC y el Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura suscribieron el contrato de comodato número 7006 por el cual se le entregó al ente territorial, por cinco (5) años, el puerto maderero del sector del Piñal con la siguiente descripción:

“NORTE: en extensión de 91,50 m correspondientes a los muelles de concreto no. 1, 2, 3 con el brazo de mar que da acceso al canal de Punta del Este. SUR: en una extensión de 89,50 m, en parte 21,50 m con el nuevo puente actualmente en construcción y en parte con 68 m con la autopista Simón Bolívar, lado derecho en dirección Cali - Buenaventura. OCCIDENTE: en una extensión de 44,3 m con las mejoras, propiedad de la Sra. Bertha Nelly de Grain. ORIENTE: en una extensión de 59 m, en parte 40,5 m del muelle no. 1 que da al brazo de mar que separa la isla y el continente y en parte 18,5 m con el nuevo puente que une la isla y el

continente, actualmente en construcción. ÁREA: el predio está constituido por dos zonas: 1) 1275 m² de muelles en concreto correspondientes a los muelles no. 1, no. 2 y no. 3. 2) 3419 m² de terreno terminado en relleno de balasto compactado y destinado para depósito de madera. Igualmente esta área consta de sistema eléctrico constituido por 12 lámparas de mercurio que dan un alumbrado de todo el muelle y de los respectivos controles de cuchillas y cajas de breakers.” (fl. 417 cdno. ppal. - mayúsculas fijas del original).

e) El 17 de julio de 2000, el Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura y la Asociación para el Desarrollo Maderero de la Costa Pacífica (Ecomaderas) celebraron un contrato de arrendamiento sobre el puerto maderero, por doce (12) meses, prorrogables por términos sucesivos de tres (3) meses de conformidad con el artículo 2014⁴ del Código Civil, así:

“EL ARRENDADOR [Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura] da en arrendamiento al ARRENDATARIO [Asociación para el Desarrollo Maderero de la Costa Pacífica] el muelle maderero y de cabotaje, situado en la margen izquierda en el extremo último del puente alterno al del Piñal, en el sentido de ida hacia la ciudad de Cali, cuyos linderos y medidas generales son las siguientes: POR EL NORTE, en extensión de 132 m con el canal de acceso; POR EL SUR, en extensión de 89,5 m con puente vía alterna lado derecho en dirección Buenaventura - Cali, POR EL ORIENTE, en extensión de 40,5 m con el estero El Piñal, con un área total aproximada de 4132,16 m².” (fl. 423 cdno. ppal. - mayúsculas fijas del original).

f) El 19 de diciembre de 2011, el Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura y la compañía Ecoenergéticos SAS suscribieron el contrato de arrendamiento número 110903 – el cual suscitó la presente controversia– con el siguiente objeto, plazo y precio, previas estas consideraciones:

“a) Que el Distrito de Buenaventura, como consecuencia de la liquidación de las Empresas Públicas Municipales de Buenaventura, recibió los activos y pasivos de estas; b) que entre los bienes de las mencionadas extintas empresas se encontraba el bien inmueble donde se encuentra funcionando el muelle maderero a la altura del puente El Piñal de esta ciudad y que fuera entregado su uso a título de arrendamiento a la Cooperativa de Madereros del Pacífico; c) que realmente el bien inmueble al que nos hemos venido refiriendo al ser dado en arrendamiento a la mencionada Cooperativa, pese a los beneficios particulares que emanan de las actividades en el muelle realizadas, para el DISTRITO no se generó ningún beneficio, pues a tal punto que ni siquiera le eran abonados los cánones de arrendamiento en las condiciones pactadas, factor este que determinó adelantar el procedimiento de ley que permitiera al ente territorial restituir

⁴ “Terminado el arrendamiento por desahucio, o de cualquier otro modo, no se entenderá en caso alguno que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario, es una renovación del contrato. Si llegado el día de la restitución no se renueva expresamente el contrato, tendrá derecho el arrendador para exigirla cuando quiera.”.

el inmueble con la finalidad de convertirlo en bien útil desde el punto de vista social, en cuanto sea posible produzcan a través del arrendamiento unos rubros con los que sea posible asumir cometidos de orden social en favor de la comunidad; d) que bajo esos criterios tenemos entendido que con la cesión del uso y goce de parte del inmueble a una empresa legalmente constituida y funcionando en la ciudad, no solo se logra resolver lo atinente al pago de un canon de arrendamiento sino que también se puede alcanzar mejorar los índices de desempleo en cuanto al representante legal de dicha empresa se compromete a proveer los empleos de la misma con personal de esta ciudad; e) que considerando la actividad a desarrollar por EL ARRENDATARIO es totalmente lícita y cuanta con los permisos y autorizaciones competentes, es pertinente ceder a título de arrendamiento una franja del lote de terreno que hace parte del llamado muelle maderero y que no veía siendo objeto de explotación; f) que el arrendatario teniendo en cuenta la clase de establecimiento de comercio a establecer sobre la franja de terreno que se le cede a título de arrendamiento ha solicitado que se le haga por el término de diez (10) años en el entendido que siempre el canon se irá incrementando, circunstancia por las que celebramos el presente contrato de arrendamiento que se rige de manera genérica por las disposiciones contenidas en el Código de Comercio y demás normas suplementarias pertinentes, y de modo específico por las siguientes cláusulas:

CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO. En cumplimiento del presente contrato, EL DISTRITO se compromete a entregar al ARRENDATARIO a título de arrendamiento y EL ARRENDATARIO recibir a ese mismo título el uso y goce de un lote de terreno que hace parte del globo de terreno de mayor extensión donde funciona el muelle maderero ubicado al inicio de la parte continental del puente El Piñal en el barrio del mismo nombre correspondiente a la comuna cinco de esta ciudad y que de manera específica el lote de terreno se encuentra distinguido con los siguientes linderos: por el NORTE, con el estero que comunica al barrio Punta del Este; por el SUR, con la calle 6; por el ORIENTE, con la carrera 22 y por el OCCIDENTE, con el canal del puente el Piñal, según plano arquitectónico anexo a este contrato [en el expediente no reposa dicho plano arquitectónico] y que hace parte de los documentos de este instrumento. PARÁGRAFO. EL ARRENDATARIO desde ya mediante este contrato faculta al DISTRITO para los efectos que pueda determinar los linderos y medidas precisas del inmueble que mediante este acto cede en arrendamiento cuando lo estime conveniente para adelantar alguna actividad o acción de cualquier índole.

CLÁUSULA SEGUNDA. PLAZO. El plazo de duración del presente contrato es por el término de diez (10) años, contados desde el día 19 del mes de diciembre de 2011 hasta el día 18 del mes de diciembre de 2021.

CLÁUSULA TERCERA: PRECIO. El valor o precio del canon de arrendamiento por períodos mensuales las partes han acordado fijarlo en la suma de quince millones de pesos (\$15.000.000) más el impuesto al valor agregado (IVA), suma esta que los arrendatarios pagarán al DISTRITO, de manera anticipada, a más tardar dentro de los cinco (5) primeros días de cada período mensual, en una cuenta corriente o de ahorros de propiedad del DISTRITO cuyos datos se los suministre la Directora Financiera o en su defecto el Tesorero Distrital, abierta en una de las entidades financieras de Buenaventura, cuya consignación deberá hacerla llegar a las mismas dependencias dentro de un plazo improrrogable de dos días después de cumplido el tiempo límite para pagar.” (fls. 6 y 7 cdno. ppal. - mayúsculas fijas del original).

g) El 29 de diciembre de 2011, el ente territorial demandado adelantó una “*diligencia de restitución de bien de uso público*” (fl. 17 cdno. ppal.) para que el anterior arrendatario (Asociación de Madereros del Litoral Pacífico) hiciera devolución al ente territorial demandado el inmueble que se alinderó como se transcribe a continuación:

“Se trata de una loza en forma de L invertida, la cual se encuentra ubicada sobre la autopista o Calle 6ª (sexta) en sentido Cali - Buenaventura, colindando así: en el NORTE bajamar, con 133,30 metros lineales, por el SUR con la Calle 6ª (sexta) 133,30 metros lineales, ORIENTE, terrenos municipales que actualmente encuentran ocupados con stop de madera y una extensión de 11,20 metros lineales, por el OCCIDENTE bajamar con 41 metros lineales, lo cual arroja un área aproximada de 1.812 metros cuadrados. Encontramos en mediaciones a este muelle 20 (veinte) construcciones aproximadamente de las cuales 3 (tres) en ferro concreto, 2 (dos) contenedores metálicos y 15 (quince) construcciones en madera, las cuales ocupan el costado sur de las losas o muelle en mención” (fl. 18 cdno. ppal.).

h) El 24 de junio de 2013, la Oficina de Planeación y Ordenamiento Territorial de Buenaventura indicó que el predio dado en arriendo a la compañía demandante era de uso público, como se indica a continuación:

*“Una vez revisado el predio o bien objeto de aclaración o precisión para determinar su naturaleza, se pudo aclarar, que el mismo **es un predio límite con el mar, que la gran mayoría de su extensión es un muelle o embarcadero, construido en ferro-concreto, donde las columnas están construidas en el mar y hacen parte de playas con las más bajas mareas, razón para determinar conforme a la Ley, que es un bien de uso público.***

De conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 2324 de 1984, art. 166, Terrenos de baja mar es: ‘LOS QUE SE ENCUENTRAN CUBIERTOS POR LA MÁXIMA MAREA Y QUEDAN DESCUBIERTOS CUANDO ÉSTA BAJA’. Lo que significa, que es jurisdicción de la Dirección General Marítima (DIMAR) y para su intervención, construcción u ocupación necesita previa autorización de esta entidad, la que salvaguarda el bien de uso público conforme a lo establecido en la Carta art. 63 CP.” (fl. 1 cdno. 2 - mayúsculas fijas del original y negrillas de la Sala).

i) El mismo día, en relación con el predio objeto del litigio, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca indicó lo siguiente:

“[R]especto a los antecedentes de titularidad del lote donde funciona el muelle maderero, ubicado al inicio de la parte continental del puente El Piñal en el barrio del mismo nombre en la ciudad de Buenaventura, este se encuentra construido en terrenos de bajamar de propiedad de la Nación.” (fl. 3 cdno. 2).

Expediente: 76001-23-33-000-2012-00076-01 (61.054)

Actor: Ecoenergéticos SAS

Controversias contractuales

Apelación de sentencia

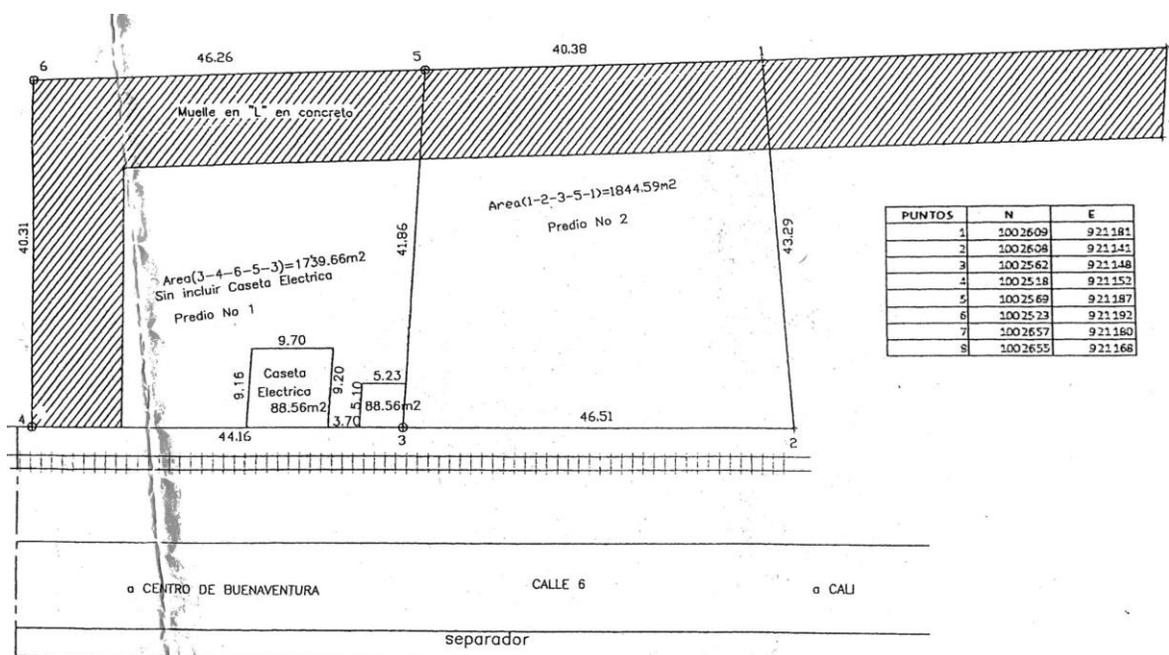
j) El 25 de junio de 2013 se llevó a cabo una diligencia de inspección judicial, la visita al predio se desarrolló en los siguientes términos:

“El despacho se desplaza hacia el inmueble ubicado en la ciudad de Buenaventura y donde fuimos atendidos por la señora Martha Córdoba [empleada de la compañía demandante], quien procede a describir los linderos del bien inmueble: se toman 2 fotos de la parte SUR, que colinda con la calle 6ª y donde se observa un contenedor y una válvula restringida de Ecopetrol; por el OCCIDENTE se toman 3 fotos, donde colinda con el Canal del Puente del Piñal; por el NORTE se toman 3 fotos, donde colinda con el Barrio Punta del Este y por el ORIENTE colinda con la carrera 22, se toman 4 fotos. Por el OCCIDENTE manifiesta la [empleada de la compañía demandante] que la parte arrendada a ellos, solo llega hasta donde se observa el primer poste de energía y donde hay un muro a nivel del suelo; con el fin de dar claridad a los linderos se aporta copia del plano del inmueble arrendado.

Frente a esta afirmación el Distrito de Buenaventura sostiene que precisamente el objeto a entregar todavía no se ha determinado, porque el inmueble aún no se ha entregado a Ecoenergéticos y que precisamente ese es el objeto del litigio. De igual forma manifiesta que el proyecto consiste en un muelle de explotación de crudo. El Despacho observa que en la actualidad el terreno es usado para desarrollar la actividad maderera, como se puede observar en las fotografías anexas.

No siendo otro el motivo de la presente diligencia, se termina y firma por los que en ella intervinieron, una vez leída y aprobada en todas sus partes. Se anexan en total 16 fotos y una copia del plano.” (fls. 34 y 35 cdno. 2 - mayúsculas fijas del original).

k) El siguiente plano topográfico fue aportado en la diligencia por una empleada de la empresa actora:



3) Examinadas las anteriores pruebas, es evidente que las medidas, las coordenadas y los límites del terreno en cuestión no concuerdan ni son precisos. Ninguna evidencia permite identificar claramente la parte del terreno que está involucrada en el contrato de arrendamiento entre las partes.

Ni siquiera el negocio firmado por las partes especificó la zona que ocuparía la compañía actora, ya que únicamente se indicó, sin dar mayores detalles, que el ente territorial le entregaría *“el uso y goce de un lote de terreno que hace parte del globo de terreno de mayor extensión donde funciona el muelle maderero”* (cláusula primera).

Además, en la inspección judicial tampoco se determinó qué porción del inmueble le correspondía al ahora demandante, el plano que contempla una división fue entregado por una de las empleadas de la sociedad actora y el ente territorial se opuso a esa propuesta.

4) Así las cosas, no es posible afirmar que la franja del arrendatario era ajena a los bienes de uso público señalados por el *a quo*, por el contrario, todas las evidencias concuerdan en señalar que el puerto maderero tiene una parte construida en terrenos de bajamar y otra en la playa⁵.

Vale aclarar que en las pruebas se identifica toda la estructura como un muelle; no obstante, vista la descripción del inmueble se advierte que en realidad corresponde a un puerto marítimo que incluye, precisamente, el mencionado puerto maderero, según la definición que sobre el particular hace el artículo 5⁶ de la Ley 1 de 1991.

⁵ *“Definiciones. Para todos los efectos legales se entenderá por: (...) 2. Playa marítima: zonas de material no consolidado que se extiende hacia la tierra desde la línea de la más baja hasta el lugar donde se presenta un marcado cambio en el material, forma fisiográfica o hasta donde se inicie la línea de vegetación permanente, usualmente límite efectivo de las olas de temporal. (...) 4. Terrenos de bajamar: los que se encuentran cubiertos por la máxima marea y quedan descubiertos cuando ésta baja.”*

⁶ El artículo 5 de la Ley 1 de 1991 define el puerto como *“el conjunto de elementos físicos que incluyen obras, canales de acceso, instalaciones y de servicios, que permiten aprovechar un área frente a la costa o ribera de un río en condiciones favorables para realizar operaciones de cargue y descargue de toda clase de naves, intercambio de mercancías entre tráfico terrestre, marítimo y/o fluvial. Dentro del puerto quedan los terminales portuarios, muelles y embarcaderos.”*

En esa medida, según lo dispuesto en el artículo 166⁷ del Decreto 2324 de 1984, los terrenos de bajamar y las playas son bienes de uso público, por lo tanto, intransferibles a cualquier título a los particulares, en efecto, “*las playas y los terrenos de bajamar, en tanto baldíos reservados (inadjudicables) y bienes de uso público (inenajenables e imprescriptibles) de la Nación, carecen de vocación para acceder a propiedad privada*”⁸; no obstante, el Estado puede otorgar concesiones, permisos y licencias para su uso y goce –aspecto que se retomará más adelante–.

En consecuencia, como el inmueble objeto del contrato que suscitó el presente litigio es un puerto marítimo construido totalmente en terrenos de uso público las partes no podían válidamente disponer de este a través de un contrato de arrendamiento, por lo tanto, para anular el contrato no es necesario determinar la parte exacta del terreno arrendado, ya que toda la propiedad estaba fuera del comercio.

Ahora, en gracia de discusión podría considerarse que el arrendamiento se refiere al puerto y no directamente a un bien de uso público (terrenos de bajamar y playas) lo cual excluiría la posibilidad de declarar la nulidad absoluta del contrato; no obstante, esa distinción resulta artificiosa, porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal, sería inaceptable la tesis de distinguir entre la estructura y el terreno sobre el que está construida, piénsese, por ejemplo, en los bienes por destinación, de los cuales son predicables las características del inmueble al que pertenecen, en consecuencia, no es posible aceptar una distinción en ese sentido, ya que esto abriría la posibilidad de alquilar bienes de uso público a particulares, con todas las implicaciones que esto conlleva.

5) Adicionalmente, no es posible sostener que el contrato de arrendamiento celebrado por las partes es válido por el hecho de que el inmueble fuera arrendado en anteriores oportunidades, pues, esta circunstancia no cambia el hecho de que el terreno sigue siendo un bien público.

⁷ “*Bienes de uso público. Las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes solo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y a las disposiciones del presente Decreto. En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni subsuelo.*”

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de marzo de 2013, exp. 2001-00051-01(AP), CP Enrique Gil Botero.

6) En este punto, es relevante destacar que la jurisprudencia ha señalado que no se pueden arrendar los bienes de uso público, entre otras razones, porque ese contrato otorga al arrendatario el derecho de usar el bien de forma exclusiva, o cual es incompatible con las características propias de este tipo de bienes, tal como lo señaló la Sección Tercera de esta Corporación en los siguientes términos:

“[L]os bienes de uso público no son susceptibles de ser arrendados por las razones siguientes:

Por disposición constitucional dichos bienes son inembargables, imprescriptibles e inalienables, vale decir, se encuentran fuera del comercio, y se caracterizan por su afectación a una finalidad pública, esto es, están destinados a ser usados y disfrutados por la comunidad, sin ninguna discriminación, en forma directa, libre, impersonal, individual o colectivamente y, en general, gratuita.

Si bien el contrato de arrendamiento conlleva actos de administración y no de disposición, por cuanto quien arrienda no transfiere el dominio del bien, dicho acuerdo se caracteriza porque confiere al arrendatario el derecho de uso y goce exclusivo, el cual se encuentra amparado por la ley frente a cualquier clase de perturbación o impedimento, de conformidad con los arts. 1988, 1989 y 1990 del Código Civil. De manera que no es posible conferir a una persona el uso y goce exclusivo de un bien de uso público, porque es contrario a su propia naturaleza y finalidad, toda vez que por disposiciones constitucionales y legales, los derechos a su uso y goce pertenecen a toda la comunidad.”⁹ (se resalta).

En otra oportunidad, la Sección Tercera precisó lo siguiente:

“[L]as particularidades propias de los bienes de uso público impiden que ellos puedan constituirse en objetos materiales de un contrato de arrendamiento, pues la prohibición constitucional y legal consistente en que respecto de bienes de esta naturaleza se configuren situaciones jurídicas en provecho exclusivo de determinadas personas –menos aún situaciones jurídicas de carácter real y más claramente proscrito todavía, derechos reales de titularidad de particulares– torna jurídicamente imposible que concurra uno de los elementos que determina la función económico-social del contrato de arrendamiento, cual es el referido a que el precio que paga el arrendatario lo entrega al arrendador a cambio de que se le conceda el uso y goce exclusivo de la cosa arrendada. En la medida en que esa exclusividad resulta insostenible jurídicamente cuando se trata de bienes de uso público, es evidente que éstos no pueden constituirse en objeto material de contratos de arrendamiento.”¹⁰ (negritas adicionales).

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2001, exp. 16.596, CP Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 14.390, CP Mauricio Fajardo Gómez.

7) Por lo anterior, como bien lo señaló el *a quo*, el contrato de arrendamiento firmado entre las partes para el uso de una parte del puerto maderero de Buenaventura se encuentra viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito de conformidad con lo previsto en el artículo 1519 del Código Civil, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sección:

“[E]stá viciado de objeto ilícito el contrato que se celebra contraviniendo el derecho público, como ocurre cuando un ente público se obliga a entregar un bien de uso público a un particular para su uso y goce, con desconocimiento del derecho constitucional y legal que le asiste a todo administrados, de conformidad con lo previsto en los artículos 63 de la Constitución Política, 674 del Código Civil y 5 de la ley 9 de 1989.”¹¹.

8) Adicionalmente, el contrato también desconoció el artículo 5¹² de la Ley 1 de 1991 que prevé que la ocupación y utilización temporal de los terrenos de bajamar y de las playas para la operación de un puerto –como el que ocupa la atención de la Sala– solo es posible mediante un contrato de concesión portuaria.

En consecuencia, el contrato de arrendamiento no solo es nulo por recaer sobre bienes de uso público, sino también por transgredir, entre otras, las disposiciones que obligaban a instrumentalizar el negocio a través de una tipología contractual específica.

En esa medida, las partes no siguieron el procedimiento previsto por la ley para la concesión portuaria (artículos 9 a 13 de la Ley 1 de 1991), desconocieron que solo una sociedad portuaria podía fungir como concesionario (artículo 6 *ibidem*) y que la autoridad competente para suscribir el negocio era el Instituto Nacional de Concesiones, además, no acordaron la contraprestación según la metodología existente para el efecto (artículo 7 de la Ley 1 de 1991).

Por lo anterior, se confirmará la declaración de nulidad absoluta del contrato hecha en la primera instancia.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 12.249, CP Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹² “Concesión portuaria. La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos.”.

2.2 El pago de las prestaciones ejecutadas

1) Una vez verificada la nulidad absoluta del contrato, se advierte que, además de hacerlo desaparecer desde el momento mismo de su celebración, también genera otros efectos, pues, según el artículo 48¹³ de la Ley 80 de 1993, se deberán reconocer y pagar las prestaciones que hubieren sido ejecutadas hasta el momento en que se ordene la declaratoria judicial de nulidad.

El reconocimiento y pago resulta procedente inclusive en aquellos casos en que la declaratoria de nulidad haya sido ocasionada por objeto o causa ilícita, siempre y cuando se hubiere probado que la entidad estatal contratante hubiere obtenido un beneficio de la contratación, como ocurre en este caso, pues, la entidad demandada recibió un dinero sin ejecutar ninguna prestación para ello.

2) En este caso particular, la sociedad actora afirmó en la demanda que pagó los cánones de arriendo de diciembre de 2011 a abril de 2012 y para el efecto aportó cinco (5) consignaciones cada una por valor de \$16.500.000, pruebas que no fueron tachadas por la parte demandada, en consecuencia, no podría restárseles valor por el solo hecho de que en la casilla correspondiente al titular de la cuenta bancaria de destino aparezca como beneficiario “*encargo fiduciario*” (fls. 13 a 16 cdno. ppal.) y no el ente territorial demandado, precisamente, porque dicha entidad no las desconoció ni las puso en tela de juicio, por el contrario, aceptó que recibió el dinero.

3) Así las cosas, quedó debidamente acreditado que el arrendatario ejecutó la prestación relacionada con el pago del canon en esos meses, por lo cual se condenará al municipio demandado a reintegrar debidamente indexados los montos que recibió.

Para traer a valor presente las cifras se tomará como inicial el índice de precios al consumidor vigente al momento en que el arrendatario efectuó cada pago y como índice final el último disponible al momento de esta sentencia (septiembre de 2023), así:

¹³ “De los efectos de la nulidad. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria. Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.”

Expediente: 76001-23-33-000-2012-00076-01 (61.054)

Actor: Ecoenergéticos SAS

Controversias contractuales

Apelación de sentencia

Fecha de pago	Monto	Índice inicial	Índice final	Total
04/01/2012	\$ 16.500.000	76,75	136,11	\$ 29.261.433
20/01/2012	\$ 16.500.000	76,75	136,11	\$ 29.261.433
24/02/2012	\$ 16.500.000	77,22	136,11	\$ 29.083.333
24/03/2012	\$ 16.500.000	77,31	136,11	\$ 29.049.476
25/04/2012	\$ 16.500.000	77,42	136,11	\$ 29.008.202
				\$ 145.663.878

En consecuencia, el Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura adeuda \$145.663.878 a la compañía Ecoenergéticos SAS.

3. Condena en costas

En los términos de los artículos 188 del CPACA y 365 (numeral 1) del Código General del Proceso, no se condenará en costas a la parte demandante, porque prosperó parcialmente su recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º) Modifícase el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia del 4 de septiembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el cual queda así:

SEGUNDO.- Condénase al Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura a pagar la suma de ciento cuarenta y cinco millones seiscientos sesenta y tres mil ochocientos setenta y ocho pesos (\$145.663.878) en favor de la compañía Ecoenergéticos SAS.

Dése cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2º) Confírmase en lo demás el fallo apelado.

3º) Abstíñese de condenar en costas en la segunda instancia.

Expediente: 76001-23-33-000-2012-00076-01 (61.054)

Actor: Ecoenergéticos SAS

Controversias contractuales

Apelación de sentencia

4º) Ejecutoriada la presente sentencia, por la secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen para lo su cargo, previas las correspondientes constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Sala
(Firmado electrónicamente)
Aclaración de voto

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)
Salvamento de voto

Constancia: la presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 2 de la Ley 2213 de 2022